



Les Sanctions en Droit du travail : Etude comparative entre le droit français et le droit malien du travail

Yacouba Sangare

► To cite this version:

Yacouba Sangare. Les Sanctions en Droit du travail : Etude comparative entre le droit français et le droit malien du travail. Droit. Université de Cergy Pontoise, 2012. Français. .

HAL Id: tel-00796952

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00796952>

Submitted on 27 Nov 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE CERGY-PONTOISE
FACULTE DE DROIT

ECOLE DOCTORALE DE DROIT ET SCIENCES HUMAINES

THESE

Pour obtenir le grade de Docteur d'Etat en Droit

LES SANCTIONS EN DROIT DU TRAVAIL

(Etude comparative entre le droit français et le droit malien du travail)

Présentée et soutenue publiquement

Par Monsieur SANGARE Yacouba
Le 16 novembre 2012

Sous la direction du Professeur Alain COEURET

JURY

Mr : **Alain COEURET** : Professeur et Directeur de recherche à l'Université de Cergy-Pontoise

Mr : **Bernard BOSSU** : Professeur à l'Université de Lille2

Mr : **Frank PETIT** : Professeur d'Université à l'Avignon

Mr : **COULIBALY** : Inspecteur du travail à Bamako et Maître de conférences Faculté de Droit de l'Université de Bamako (Mali)

Remerciements

Je remercie tout particulièrement Monsieur le Professeur **Alain COEURET** pour les conseils, l'aide et l'attention dont il a fait preuve à mon égard et sans lesquels la réalisation de cette thèse aurait été impossible.

- Mes remerciements sont aussi adressés aux Professeurs **B. BOSSU, Frank PETIT et Mr COULIBALY**, qui malgré un programme très chargé, ont accepté de me faire l'honneur d'être membre du jury de ma thèse.

- A mes amis de près et de loin, Odile GABRIELLE-CALIXTE, Biram DIOUF, BELLO, Mohamed SERANE et sa famille, Élisée, Ami, Xavier et Christel, sans oublié Amadou et Mariam, RAMATA et Birama SAMAKE...

- Je n'ose pas terminer sans remercier mon oncle Macky SANGARE qui m'a offert l'opportunité de faire des études supérieures en France, tante Ami, Samba BA, Aya, Synaly OUATTARA, Neza, toutes les familles respectives et à ma belle famille OUSKIOU.

- Mes remerciements vont aussi à ma chère cousine Mme KABA Mariam MARIKO, à ma tante Assanatou.

Dédicaces

A feu mon Père Mountaga SANGARE qui est dans sa dernière demeure. Il a tout fait pour que je puisse aller à l'école dans de meilleures conditions. Que la terre lui soit légère et que Dieu le Tout Puissant l'accueille dans son Paradis.

A ma mère Djénéba, elle a consacré toute sa vie à ses enfants. Elle nous a inculqué le goût du travail et dont les prières nous accompagnent partout. Je lui dis merci et je souhaite pouvoir répondre à ses attentes.

A mon épouse Mme Latifa SANGARE qui m'a assisté jour comme nuit pour que je puisse mener à bon terme cette thèse.

Dédicace à tous mes frères et sœurs, Hasna, Barou, Amadou Oumar, Maimouna, Mah dite Mathini, Tidiane, Ousseyni, Amadou Ousmane, Beydi, Safi, Tidiane, Alpha, Feity, Assa, Nana, Aya, Madani, Bakary, Arouna, Bassidi, Alou

Avertissement

LES OPINIONS EMISES DANS CETTE THESE SONT PROPRES AU CANDIDAT. PAR CONSEQUENT, L'UNIVERSITE N'ENTEND NI LES APPROUVER NI LES DESAPPROUVER.

Liste des principales abréviations

Aff.	Affaire
A.j	Actualité juridique
Al.	Alinéa
Art.	Article
A.N.R.M	Assemblée Nationale de la République du Mali
Ass.	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre civile
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre Commerciale
C.A.	Cour d'Appel
Cah.Dr.Ent.	Cahier de Droit de l'Entreprise
Cass.soc.	Cour de Cassation, chambre sociale
C.Civ.	Code Civil
C.com.	Code de Commerce
C.D.D	Contrat à durée déterminée
C.D.I	Contrat à durée indéterminée
C.Tr.	Code du Travail
Cah.Prud'h.	Conseil de Prud'hommes
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.D.E.H.	Cour Européenne des Droits de l'Homme
C.pén.	Code pénal
Civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Chr.	Chronique
C.J.E.U	Cour de Justice de l'Union Européenne.
Coll.	Collection
Com.	Cour de Cassation, chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
C.C	Conseil constitutionnel
Crim.	Cour de Cassation Chambre criminelle

D.D.H.C.	Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen
D.	Recueil Dalloz
D.O.	Droit Ouvrier
D.S.	Droit Social
Ed.	Edition
L.F.S.S.	Loi de Financement de Sécurité Sociale
Gaz. Pal.	Gazette du palais, Paris
Ibid.	Ibidem (au même endroit)
I.N.P.S.	Institut National de Prévoyance Sociale (Mali)
I.R.	Informations Rapide, recueil Dalloz
J.A.	Juge administratif
J.C.P.	Juris-classeur périodique (la semaine juridique)
J.O.	Journal Officiel
JurisData	Banque des données juridiques
J.S.L.	Jurisprudence Sociale Lamy
Jurisp.	Jurisprudence
L.	Loi
L.P.A.	Les Petites Affiches
Liaison. Soc.	Liaison
C.P.C.	Code de Procédure Civile
Obs.	Observation
Op.cit.	Opère citato, ouvrage cité
O.I.T	Organisation Internationale du travail
Préc.	Précité
Préf.	Préface
P.V.	Procès verbal
Q.P.C	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Rapp.	Rapport
R.D.T.	Revue de Droit du Travail
R.G.O	Régime Général des Obligations (Mali)
Rép.Trav.	Revue de droit du travail. Dalloz

R.P.D.S.	Revue Pratique de droit social
S.S.L.	Semaine Sociale Lamy
Somm.	Sommaire
SO.M.I.EX.	Société Malienne d'importation et d'Exportation
T.A.	Tribunal du Travail (Mali)
T.P.S	Travail et Protection Sociale
T.G.I.	T.G.I
TI.	Tribunal d'Instance
V.	Voir
U.E.S.	Union Economique et sociale.

Sommaire

Introduction : ----- **-----1**

Première partie Les sanctions non **répressives en droit français et en droit** **malien du travail -----** **-----25**

TITRE I : LES SANCTIONS CIVILES-----27

Sous Titre I : Les sanctions civiles dans **les relations individuelles du travail-----** **-----31**

Chapitre I : La requalification et la nullité : les sanctions communes d'une **illicéité affectant l'acte juridique-----36**

Section 1 - La requalification : sanction du défaut de formalisme du contrat de **travail à durée déterminée :-----38**

Section 2 - La nullité protégeant tous les salariés-----70

Section 3 - La violation du statut protecteur du salarié la : nullité demandée **mais différemment applicable dans les deux systèmes** **juridiques-----143**

Chapitre II : La nature réparatrice de la sanction (en droit du travail en **France et au Mali)-----168**

Section 1 - La réparation en nature : la remise en état-----172

Section 2 - La réparation par équivalent-----207

Sous Titre II : Les sanctions civiles dans les relations collectives du travail au Mali et en France ----- **-----260**

Chapitre I: La sanction de la formation et les effets de la convention collective-----**262**

Section 1 - Le droit à la négociation collective-----266

Section 2 - Le défaut de mise en œuvre de la procédure de l'obligation de négociation collective annuelle, un vide dans le droit malien-----275

Section 3 - Les actions-----278

Chapitre II : Les sanctions civiles liées aux libertés collectives des salariés ----- **-----285**

Section 1 - La Sanction du non- respect de la liberté syndicale-----286

Section 2 - Les sanctions en matière d'institutions représentatives du personnel-----30

SOUS-TITRE III : Mise en œuvre des sanctions-----312

Chapitre I - Le règlement non juridictionnel des différends-----315

Section 1 - Dans les relations individuelles du travail-----316

Section 2 - Dans les relations collectives du travail-----326

Chapitre II: les juridictions compétentes-----340

Section 1 - La comparaison des règles applicables au procès-----342

Section 2 - Le tribunal du travail du Mali et le conseil de prud'hommes-----356 français

Section 3 - Les autres juridictions pouvant intervenir en droit du travail---370

TITRE II : LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES-----385

Chapitre I : Définition des sanctions administratives en droit du travail français et malien-----390

Section 1- La constance dans les deux Droits :-----391

Section 2 - l'illustration des sanctions:-----396

Chapitre II : la mise en œuvre des sanctions administratives :-----428

Section 1 - Les organes non juridictionnels :-----429

Section 2- Les types de recours :-----439

Section 3 - Le rôle du juge administratif dans le contentieux en droit du travail-----439

Partie II : Les sanctions pénales----- **-----462**

Titre I : Les incriminations----- **-----469**

Chapitre I : La place des sanctions pénales-----471

Section 1 - Les infractions liées à l'emploi et aux conditions de travail-----472

Section 2 - Les atteintes aux droits des personnes : cas de la discrimination-488

Section 3 - Le délit d'entrave-----509

Chapitre II : Les responsabilités-----525

Section 1 - Les personnes physiques-----526

Section 2 - Personne morale : l'entreprise-----531

Titre II : La mise en œuvre de la **sanction pénale-----**560

Chapitre I - Les acteurs-----561

Section 1 - Les organes communs au Mali et à la France-----562

Section 2 - L'exception française-----571

Chapitre II - Les poursuites-----574

Section 1 - L'exercice des poursuites par le ministère public-----574

Section 2 -L'action des victimes-----577

Section 3 - l'action des associations : Le Défenseur des droits en France et le
PAMODEC » (Projet d'Appui à la Mise en Œuvre de la

Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits
Fondamentaux au Travail) au Mali :-----593

CONCLUSION-----601

Introduction

1. L'expression « droit du travail » est aussi récente que la matière juridique qu'elle recouvre. Longtemps, il ne fut question dans les programmes universitaires officiels que de « législation industrielle » et dans le langage commun, que de « droit ouvrier ». Mais par-delà cette évolution terminologique, le droit du travail demeure le droit du travailleur « subordonné » puisque échappent à son application les travailleurs « indépendants » qui exercent une activité professionnelle sans être soumis à une quelconque autorité. Le besoin d'une réglementation spécifique ne se fait sentir que pour le travail « subordonné » car lui seul implique l'assujettissement d'une personne à une autre et requiert, de ce fait un traitement juridique particulier, propre à éviter que la partie la plus forte n'abuse de sa situation¹.

2. En France, l'abondance des textes depuis la III^{ème} République a conduit le législateur à les rassembler dans la mesure du possible dans un document unique, le Code du travail, qui existe depuis 1910. Mais ce n'est qu'en 1973 que le législateur, dans un souci d'ordre et de classification a conduit à intégrer dans un premier Code du travail, la plupart des textes législatifs qui n'étaient pas codifiés². En 2008 une nouvelle codification a été réalisée³.

¹ Michel Despax, « le droit du travail » que sais-je ? P.U.F. Paris 1981.

² Le Code du travail français est un recueil organisé de la plupart des textes législatifs et réglementaires applicables en matière de droit du travail, et qui concerne essentiellement les salariés sous contrat de travail de droit privé, les salariés du secteur public étant généralement soumis à des statuts particuliers. La jurisprudence a toutefois étendu certaines dispositions du Code aux salariés du public ; par exemple arrêt ville de Toulouse sur le SMIC, CE, 23 avril 1982, n°36851.

³ Le nouveau Code adopte une numérotation à quatre chiffres et une structure subdivisée en parties, livres, titres et chapitres.

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de « simplification du droit » a habilité le gouvernement à promulguer un nouveau Code du travail par ordonnances dans un délai de dix-huit mois. Selon les promoteurs de cette démarche, il s'agit, à droit constant, d'harmoniser la législation et d'intégrer dans le Code des lois qui en sont encore absentes. Ce travail n'ayant abouti dans les délais, la loi numéro 2006-1770 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié a prévu d'instaurer un nouveau délai de neuf mois. Plus de détails sur : <http://www.juritravail.com/archives-news/conflits-et-sanctions/434.html> juritravail.com.

Il se compose d'un chapitre préliminaire et huit parties :

- * Chapitre préliminaire relatif au dialogue social

- * Première partie : Les relations individuelles de travail

- * Deuxième partie : Les relations collectives de travail

- * Troisième partie : Durée du travail en France | Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale ;

- * Quatrième partie : Santé et sécurité au travail ;

- * Cinquième partie : L'emploi

3. Il n'est donc pas extraordinaire que le Mali, comme les autres pays de l'Afrique francophone, ait besoin d'un certain délai pour faire son droit du travail. Avant l'indépendance des pays d'Afrique noire francophone, le droit du travail se présentait, dans ces territoires, comme une mosaïque de textes épars inspirés davantage par la protection des intérêts nationaux des puissances coloniales que par ceux des travailleurs locaux. Le droit du travail au Mali comme dans les autres pays francophones d'Afrique au sud du Sahara est tributaire du droit français. Le Code du travail du Mali indépendant tire ses origines de la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un Code du travail des territoires relevant de la France d'Outre-mer.

Ce Code fut considéré comme un véritable monument juridique. D'une part, parce qu'il embrassait l'ensemble des relations du travail. D'autre part, parce qu'il était applicable à tous les pays d'Afrique noire sous souveraineté française. Au lendemain de l'indépendance, tous les pays d'Afrique noire francophone adoptèrent un Code du travail national inspiré du Code de 1952, pour les pays naguère sous souveraineté française. Il permit aux travailleurs africains d'affirmer leur personnalité. Cette évolution a été présentée comme une récompense de l'Afrique pour sa participation à la seconde guerre mondiale et à la libération de la France.

Au lendemain de son accession à l'indépendance en 1960, la République du Mali a adopté le 9 août 1962 la loi n° 62 - 67 ANRM instituant un Code du travail et la loi n° 62- 68 du 9 août 1962 portant Code de prévoyance sociale. Inspiré du C.T.O.M. de 1952 et des conventions collectives en vigueur, il était cité comme un Code contraignant pour l'employeur et protecteur pour le travailleur. Ce Code a subi de nombreuses modifications par l'ordonnance n° 24

* Sixième partie : La (formation professionnelle) tout au long de la vie

* Septième partie : Dispositions particulières à certaines professions et activités

* Huitième partie : Contrôle de l'application de la législation du travail

du 25 février 1977, la loi n° 84 -57 ANRM du 29 décembre 1984, et celle n° 88 -35 ANRM du 8 février 1988.

Ce dernier remaniement a été considéré comme un obstacle à l'investissement et à la création d'emplois dans le secteur privé à cause de sa rigidité. A la faveur des événements du 26 mars 1991 et compte tenu de l'option en faveur du libéralisme économique prise par les pouvoirs publics, une refonte du Code du travail de 1988 est intervenue par l'adoption de la loi n° 92- 020 du 23 septembre 1992 qui est toujours en vigueur.

On rappellera que le 26 mars 1991 est la date à laquelle le Mali a mis fin à vingt-deux ans du régime militaire pour mettre en place des institutions démocratiques. Ainsi de nouveaux textes ont vu le jour dont le Code du travail 1992. Ce nouveau Code a pour objet d'offrir un cadre juridique approprié à l'exécution d'un programme de réforme économique du Mali et à l'exercice des droits sociaux constitutionnellement reconnus. Ces évolutions font approcher le Code du travail malien du droit du travail français : droit au travail, liberté du travail, liberté d'entreprise, droit de grève.

4. Le régime du licenciement a été différencié comme c'est le cas en France : licenciement pour motif personnel et pour motif économique. Le licenciement des représentants du personnel a été encadré. Le reste des dispositions légales qui figuraient dans le Code du travail de 1988 au Mali relatives aux pouvoirs des services du travail quant aux contrôles des conditions et milieu du travail, aux actions de conseils et d'information et à la protection des représentants du personnel de l'entreprise, ont été maintenues.

La conciliation par l'Inspecteur du travail des intérêts des travailleurs et des employeurs est maintenue. De nouveaux avantages matériels pour les travailleurs ont été prévus : indemnité spéciale du licenciement pour motif économique, indemnité de précarité pour la fin du contrat à durée déterminée.

Les services de l'administration du travail sont chargés de veiller à l'application du présent Code à travers les Directions Régionales du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle ou les inspections régionales qui relèvent de Direction Nationale du Travail, de la Direction Nationale de l'Emploi et de la Direction Nationale de la Formation Professionnelle.

Contrairement au Code du travail français dont la mise à jour est régulièrement faite, au Mali le Code du travail de 1992 reste inchangé. Cela est dû au fait que le Code du travail est en France reflet de la société. Il s'adapte à « tous les événements sociaux économiques et jurisprudentiel du pays ». Cela a été le cas de la loi de 1973 sur la définition de la cause réelle et sérieuse du licenciement, la loi de 2002 dite « loi Aubry » sur la nullité licenciement en absence du plan de sauvegarde de l'emploi.

5. Aux termes de l'article 19 de la Constitution du Mali, « le droit au travail est reconnu et est égal pour tous. Le travail est un devoir pour tout citoyen mais nul ne peut être contraint à un travail déterminé que dans le cas de l'accomplissement d'un service exceptionnel d'intérêt général, égal pour tous dans les conditions déterminées par la loi ».

Ces dispositions constitutionnelles, conformes à l'esprit des conventions N°29 O.I.T sur le travail forcé et n°105 sur l'abolition du travail forcé, trouvent leur prolongement dans le Code du travail ou les conventions collectives pour le secteur privé, le statut général des fonctionnaires et divers statuts particuliers ou autonomes pour les agents du secteur public.

L'étude du droit du travail porte sur la politique de l'emploi, les institutions, les sources et les techniques que le droit du travail met en œuvre, l'étude du lien du travail, la représentation des travailleurs, les conflits du travail et les modes de résolution de ces conflits lorsqu'ils sont, soit individuels, soit collectifs. Dans cette logique, il nous paraît important de faire un bref aperçu sur la situation d'emploi au Mali. A cet effet, le taux brut d'activité (T.V.B.), des personnes de

16 ans et plus ayant travaillé ou en quête d'un emploi dans la population total du Mali, s'élève à 41,4%. Ce taux est de 54,9% chez les hommes contre 28,2% chez les femmes. La population active se répartit entre actifs occupés et actifs inoccupés (chômeurs). En 2005 le Mali comptait 4.060.639 actifs dont 4.032.973 occupés et 27.666 chômeurs, d'où un taux d'occupation de 99,3% et un taux de chômage de 0,70%.

6. La création de l'agence nationale pour l'Emploi (A.N.P.E), du Fonds d'Appui à la Formation Professionnelle et l'Apprentissage(F.A.F.P.A.) et des Unités de Formation et d'Appui aux Entreprises (U.F.A.E.), participent de la volonté du gouvernement de lutter contre le chômage en général, celui des jeunes en particulier. Le chômage touche plus les hommes que les femmes, lesquelles représentent 69,4% des inactifs.

L'activité du pays est largement dominée par le secteur primaire (83,4% de la population active). A côté d'un secteur secondaire naissant (4,1%) apparaît un secteur tertiaire relativement important (12,5%).

Les indépendants représentent la majorité de la population active occupée (47,8%) viennent ensuite les aides familiaux non rémunérés (45,8%). On relève que les femmes sont beaucoup plus utilisées comme aides familiales non rémunérées (62%)¹. Les hommes sont par contre en majorité des indépendants (55,8%). En outre, parmi les salariés on trouve plus d'hommes que de femmes. En effet, les hommes salariés représentent 75,6 de l'ensemble des salariés².

7. Tout droit n'est effectif que s'il est assorti de sanctions qui en garantissent l'application. Tel est le cas en droit civil, en droit administratif, en droit commercial. Le droit du travail n'échappe pas à cette nécessité. Dans ce cas, nous ferons allusion aux sanctions qui impliquent le respect du droit du travail

¹ V. 2^e partie sur les sanctions pénales, paragraphe sur les pénalisations du travail dissimulé.

² Information issue de l'étude Etat de Lieux en Droits Humains au Mali de la société SYNRGIE CONSEIL – SARL Etude et Evaluation Socio-économiques des Projets ; Formation Animation et sensibilisation ; Analyse institutionnelle et planification des projets/ cadre logique ; RC : 19807 N°FSCAL :081102474T pour le Programme mondial pour le développement PNUD (Programme des Nations Unies pour le Développement).

des salariés. Et surtout le volet contraignant qui est au centre de cette question¹. Cela va nous permettre de mesurer l'effectivité du droit du travail au Mali. La sanction attachée à la règle de droit est ce qui distingue cette dernière des autres règles, telles que les règles morales et de politesse. Le droit est également distinct de l'éthique dans le sens où il ne se prononce pas sur la valeur des actes, bien et mal, mais définit que ce qui est permis ou défendu par l'État dans une société donnée. En ce sens, le droit ne délimite l'autorisation donnée par le souverain d'agir sans crainte d'être poursuivi.

Les sanctions peuvent avoir plusieurs natures différentes en droit du travail comme dans les autres branches du Droit. Certes des divergences existent quant aux modalités d'application et mais pour ce qui est de la définition générale de sanction, il n'y a pas de différence au niveau de la forme entre le droit du travail malien et le droit du travail français. Le Mali a hérité du système français. Martin KIRCH écrivait dans la revue « marchés tropicaux » du 15 juillet 1983 qu'il ne fallait « pas méconnaître que l'introduction du droit du travail métropolitain, malgré sa grande complexité et sa lourdeur, constituera sur bien des points des avantages pour les salariés (africains). Fallait-il cependant supprimer certaines des dispositions qui, pourtant, « vieilles » de trente ans, étaient meilleures pour le travailleur que celles en vigueur en France métropolitaine ? »². C'est dire que malgré l'abrogation de certaines dispositions le droit français des années avant 1983 peut toujours servir les travailleurs africains³. Le Mali est avant tout une ancienne colonie française et un pays francophone. A ce titre le Code du travail est rédigé en français et ce Code fait obligation aux employeurs de rédiger le contrat de travail en français. C'est ce

¹ Les sanctions préventives ont moins d'intérêt, dans la mesure où au Mali il nous paraît important de montrer la place du juge dans la société. Les citoyens ne s'adressent au juge qu'en cas d'extrême gravité. Sinon ce sont les pratiques coutumières qui dominent. Ces pratiques poussent certaines personnes à récidiver à l'absence de contraintes légales.

² Le droit du travail en Afrique francophone ; Raymond LEMESLE. EDICEF/ AUDEL, 1989, Universités Francophones ; P 29

³ Sur ce point on dira que la notion d'abus de droit relatif au licenciement avant la loi de 1973 en France, reste applicable au Mali. V.infra ; la qualification du licenciement sans cause réelle et sérieuse après la loi de 1973 et la notion d'abus de droit prévu dans le Code du travail du Mali de nos jours.

que prévoit l'article L.27 du Code du travail malien qui indique que « le contrat de travail doit être rédigé en français ». Alors pourquoi pas en anglais ou dans une des langues nationales au Mali comme « le bambara, le peul, le soninké ... ». L'ensemble des règles prend appui sur ce qui est appliqués en France. A ce titre, le droit malien conserve une parenté avec le droit français quant à l'esprit général de la définition des sanctions. Il y a des nuances et des imitations. Sur ce point la doctrine malienne se sert des écrits de son homologue français. Aussi, c'est un français, Martin KIRSCH¹, qui est le rédacteur de l'actuel Code du travail malien de 1992. Cela a été rappelé par le Tribunal du travail de Bamako dans sa décision n° 206 RG, n° 144 JGT².

8. L'évolution possible des réglementations du droit du travail importe moins, pour cette étude, que la particularité de la société malienne. Cette particularité est due aux conditions locales, au milieu politique, économique et social, à certain constat de la vie et de mentalité malienne. Donc des facteurs qui ne sont pas prêts de disparaître et qui conditionneront vraisemblablement l'évolution ultérieure, quelles que soient les formes juridiques et les institutions par lesquelles s'exprimeront les réglementations du travail³.

Il s'agit de découvrir ce qui fait actuellement et fera probablement dans l'avenir l'originalité intrinsèque de ce droit, lorsqu'on étudie en tant que tel, ou sans référence à son modèle français. Il est intéressant de constater l'apparition de tendances propres au droit malien dès une époque où son étroite dépendance technique par rapport au droit français aurait pu pourtant provoquer un alignement pur et simple sur le modèle. Or il n'en a rien été.

¹ Feu Martin KIRSCH ancien conseiller de la Cour de cassation en France et grand spécialiste du droit africain.

² Affaire Zoumana DOUMBIA et autres contre SOMIEX du 30 juin 2004. Dans ce jugement le tribunal du travail de Bamako s'est référé de la définition donnée de Martin KIRSCH, dans le Tome II du droit africain du travail au sujet du caractère individuel d'un différend du travail, lequel s'entend de celui qui « naît entre un employeur et un ou plusieurs travailleurs pris individuellement et qui porte sur un intérêt individuel »,

³ V. Evolution et particularisme du droit du travail en Afrique occidentale, Jean DEPREZ, professeur à la Faculté de Droits et des Sciences économiques de droit ; site Afrilex; p.8

9. Malgré l'identité apparente des institutions et des mécanismes juridiques, malgré la communauté d'origine et d'inspiration, on a vu se créer des pratiques, des méthodes et des attitudes qui sont propres au Mali. Elles consistent dans la résistance du milieu social, du milieu humain, à des règles qu'impose la législation moderne, mais dont la pénétration dans le milieu local se heurte à des structures sociales familiales notamment à des manières de penser ou d'agir, ou encore à des diversités ethniques, tous facteurs qui contribuent à retarder la réception de la règle par le corps social. C'est en ce sens que le Doyen CARBONNIER disait que « l'homme est un agent de résistance à l'application des règles du droit du travail »¹. Cette résistance du milieu, dont on parle ne concerne pas l'ensemble du droit du travail, mais l'application de règles précises, telles que le respect du salaire minimum garanti ou l'embauche des travailleurs². Les facteurs qui, en ces occasions, s'opposent à une plus complète pénétration de la règle française dans le milieu social africain, paraissent tenir d'une part à l'existence de certaines structures sociales et de formes de la vie collective ou familiale propre à l'Afrique, d'autre part à la fréquence des migrations de main-d'œuvre qui créent des occasions entre groupes ethniques différents.

Il est instructif de rechercher comment les milieux du travail, employeurs ou salariés s'adaptent à des règles de droit, comment les dispositions légales concernant la conclusion du contrat de travail, l'hygiène du travail, les licenciements, le salaire, etc.... sont accueillies, respectées ou méconnues et appliquées. Il est souvent difficile à l'Inspecteur et aux juges de dépister toutes les violations du Droit. Dans certains secteurs, l'éloignement géographique ne permet pas des contrôles fréquents ; ainsi des chantiers isolés en campagne ou situés loin du centre administratif. Mais il s'agit là de cas exceptionnels; en outre, les violations de la loi sont aussi fréquentes dans les villes que dans les

¹ V, référence supra l'Evolution et particularisme du droit du travail en Afrique Occidentale

² Cf. sur la section sur la requalification du contrat de travail à durée indéterminée des C.D.D.

campagnes. L'examen de cas constatables suffit amplement à éclairer le juriste sur la résistance du milieu à l'application de la règle de droit (ou de la sanction).

Ainsi la sanction au sens du droit malien converge-t-elle pour l'essentiel avec la définition des sanctions en droit du travail français. Mais y a-t-il une définition universelle de la sanction ?

10. Durant le XX^{ème} siècle, la sanction a été essentiellement appréhendée afin de déterminer les caractères de la règle de droit par rapport aux autres règles. Ainsi la sanction a-t-elle été définie par la contrainte, et le droit par la sanction. Cette thèse inspira aussi bien les doctrines anglaises, sous les plumes de Hobbes et Austin¹, que germanique à travers les écrits de IHERING et Kelsen. Tandis que qu'Ihering identifiait la sanction à la contrainte et faisait le critère distinctif de chaque règle de droit², Kelsen écrivait que si « les actes de contrainte institués par ordre juridique apparaissent comme une réaction à la conduite d'êtres humains tenue pour socialement nuisible, réaction qui a pour fonction d'éviter cette conduite...(...) », ils ont le caractère de sanction en un sens spécifique et étroit de ce mot ; et le fait qu'un certain comportement humain est érigé en conduite d'une sanction en ce sens peut se traduire par l'affirmation que cette conduite est juridiquement défendue, c'est -à- dire constitue un acte illicite, un délit. Cette notion de la sanction et la notion d'acte illicite, il y'a corrélation. La sanction est la conséquence de l'acte illicite ; l'acte illicite (...) est une condition de la sanction »³.

Il existe certes une autre tradition juridique qui, sans « nier que la contrainte ait un rôle en droit, considère que l'essentiel dans la loi n'est pas la contrainte mais

¹ Voir la sanction civile en droit du travail : Manuela GREVY ; L.G.G.J p. 2.

² « Une règle de droit de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, flambeau qui n'éclaire pas », cité par CH-M. MORAND, voir aussi P.COULMBEL, « force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », RTDCiv.1957.

³ H.KELSEN, théorie pure du droit, 2^e édition, Dalloz, 1962,p.54. En effet, affirme Kelsen, « ce qui doit être, ce n'est pas la conduite ordonnée mais bien la sanction » au sujet de la prescription d'un comportement, considérée comme déjà incluse dans la norme primaire édictant la sanction.

un ordre de raisons »¹. Néanmoins, ainsi que le souligne le Professeur Morand, « l'idée de caractériser le droit par la sanction et celle-ci par la contrainte a pénétré très profondément la doctrine juridique »².

11. En effet, la sanction ne se voit guère envisagée, dans les ouvrages d'introduction au droit, que comme un critère de la règle de droit. Ainsi peut-on lire que l'existence de « sanctions sociales organisées » constitue le « seul critère décisif » de la règle de droit, ou encore que la spécificité de celle-ci réside dans sa sanction. Dès lors, la sanction permet de distinguer la règle de droit des autres règles de vie sociale³. Elle imprime un caractère obligatoire de la règle. Ainsi selon G. MARTY et P. RAYNAUD, « que l'on considère le droit positif sous son aspect objectif et subjectif, il est dans sa nature sinon dans son essence que le respect de son caractère obligatoire soit garanti par des sanctions »⁴. La sanction se voit également présentée dans ses différentes manifestations ; on trouve en effet, dans nombre d'ouvrages d'introduction au droit, une typologie des sanctions que connaît l'ordre juridique⁵.

Il est vrai que, même envisagée de la sorte, la notion reste d'une grande fluidité comme l'illustrent les trois définitions proposées par le professeur Cornu dans son ouvrage relatif au vocabulaire juridique⁶. La sanction est conçue dans un sens restreint comme une « punition , une peine infligée par une autorité ». Dans un sens plus large, elle constitue en « toute mesure - même réparatrice -

¹ H. BATIFOL, « la loi et la liberté », Arch. phil.dr., tome 25, 1980, p.79, sp.p.84 l'auteur souligne qu'à « l'encontre de KELSEN qui définit la norme par l'imputation d'une conséquence à un comportement, intégrant ainsi cette conséquence, c'est-à-dire la sanction dans l'essence même de la norme(...) il faut affirmer que le droit n'est pas fait pour punir, réprimer, sanctionner(...) mais pour obtenir des conduites qui apparaissent désirables dans la vie en société.

² HART qui avait souligné que cette théorie nie la diversité des normes juridiques, l'unité étant réalisée aux prix de la déformation des différentes fonctions sociales que remplissent » « les différents types de règle de droit » (l concept de droit, faculté universitaire Saint-Louis 1976, N°38, P57)

³ Voir. M.PLANIOL, G.RIPERT, traité élémentaire de droit civil, tome 1, les principes généraux, éd.1946, p.28 ; Introduction Les personnes, les Biens, 5 e édition n°18 et ss, pp.20-21.

⁴ Introduction Générale, traité 2d.1994 N°582 P.540 et SS.

⁵ Cf. par exemple, F.Terré, n°607 et SS. P571, qui suggère distinction entre « les moyens de contraintes » et les modes de réparations ou de punition ».

B. STRARCK, H. ROLAND, L. BOYER, N°73 et SS, p 34 qui propose une classification des sanctions sous quatre angles : « sanction exécution », « sanction réparation », « sanction-répression » et « sanction-inhibition »

⁶ Vocabulaire juridique, Assoc. H. CAPITANT, éd. 1987 ,p722

justifiée par la violation d'une obligation ». Enfin, plus généralement encore, la sanction peut être considérée comme « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation ». Cette troisième définition intègre l'action en justice engagée enfin de voir sanctionner une illicéité, ainsi que les mesures d'exécution des condamnations prononcées. En d'autres termes, la sanction est une mesure de répression destinée à punir l'auteur d'une infraction.

12. En droit du travail, au niveau disciplinaire, le législateur français donne une définition de la sanction : « constitue une sanction, toute mesure autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié, considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération »¹. Cette définition joue un rôle important en droit car la validité de la mesure dépend de sa qualification.

L'expression « toute mesure » est très générale : « elle recouvre non seulement les sanctions habituelles (blâme, avertissement, mise à pied, mutation disciplinaire, rétrogradation, licenciement) mais aussi toutes les mesures vécues comme des sanctions par les salariés et qui constituent des sanctions atypiques (retard dans l'avancement, changement d'horaire, non convocation à des réunions, refus d'attribution d'une prime, retrait d'une place de parking...)².

Lorsqu'un comportement ou un acte juridique, unilatéral ou bilatéral (contrat, convention ou accord collectif), est intervenu en violation d'une règle, l'illicéité ainsi constituée par cette violation doit être admise juridiquement. Pour corriger cette illicéité le juge va appliquer une sanction. Il ne peut y avoir de sanctions sans violation de règles donc de l'illicéité. Dans un tout autre sens, la sanction est l'effet produit par la résolution qui est prise par une autorité lorsqu'elle décide d'approuver un acte auquel elle lui confère un caractère exécutoire. Ainsi en est -

¹ Art L.1331-1 du Code du travail français

² Monsieur Gérard Lyon Caen et monsieur Jean Pélissier, Droit du travail 16^e p 356

il de la confirmation d'un jugement, de l'approbation d'un moyen soulevé par une partie devant une juridiction, de l'homologation d'un rapport d'expertise par un jugement ou par un arrêt.

13. Au Mali, le Code du travail prévoit différentes sanctions qui vont de la réparation aux dommages-intérêts en cas de licenciement abusif (L.51 du Code du travail), aux amendes en cas de violation L.6 du Code du travail qui interdit le travail forcé (L.321 Code du travail malien).

De manière générale, qu'il s'agisse du droit français ou du droit malien, on peut retrouver trois sources distinctes de l'illicéité qui conditionnent la sanction. Dans le premier cas, est en cause l'usage abusif d'un droit. C'est toute la construction doctrinale et jurisprudentielle de l'abus de droit. Certes, l'abus ne trouve pas sa source, à proprement parler, dans la violation d'une règle mais dans l'exercice fautif d'une prérogative. La figure de l'abus de droit ne saurait, par conséquent, être envisagée exactement sur le même plan que la nullité ou irrégularité de l'acte.

14. Cependant, l'ordre juridique a bien recours à cette figure pour reconnaître et caractériser un acte ou un comportement contraire au droit. Dans le cadre du droit de travail, il s'agit, plus de déterminer la nature et le degré de l'atteinte portée aux droits du salarié à travers l'abus commis par l'employeur dans l'exercice de ses prérogatives¹. En effet, la théorie civiliste de l'abus de droit, née au XIX siècle, a longtemps trouvé un terrain privilégié d'application dans le domaine des sanctions disciplinaires, plus encore en matière de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée². Encore la théorie de l'abus de droit demeure largement sollicitée dans le droit collectif des relations de travail, en particulier dans le domaine des conflits collectifs.

¹ La sanction civile en droit du travail ; Manuela GREVY ; L.G.D.J. p : 20

² Voir infra sur les sanctions de la nullité du contrat de travail à durée indéterminé.

15. En second lieu, l'illicéité peut résulter de la non-conformité d'un acte à une règle. Cette non-conformité peut être externe (modalités d'élaboration de l'acte) ou interne (motif et cause de l'acte, contenu de l'acte). La conformité interne et externe des actes juridiques apparaît comme une technique très souvent mobilisée tant dans les rapports individuels que dans les rapports collectifs de travail. Ainsi sont soumis à des règles de conformité la formation, l'exécution et la rupture des contrats dits précaires, le contrat à durée déterminée et du travail temporaire ainsi que le prononcé de sanctions disciplinaires par l'employeur. Dans le droit collectif du travail, certains actes sont également encadrés par des règles de conformité externe : par exemple la négociation et la conclusion des conventions et accords collectifs de travail.

En dernier lieu, l'illicéité peut trouver sa source dans la violation d'une règle impérative qui prescrit une obligation de ne pas faire, ou encore qui prohibe impérativement un acte juridique. Ainsi, sont prohibées les décisions patronales relatives à l'emploi, telles l'embauche, la mutation, la sanction disciplinaire ou encore le licenciement, lorsqu'elles prennent appui soit sur des motifs qui portent atteinte aux libertés et des droits jugés fondamentaux par le législateur ou le juge, soit sur des motifs constitutifs d'une discrimination illicite¹. La question de la violation de ces règles rejoint parfois celle de la licéité externe d'un acte juridique dont l'élaboration est soumise au respect de telle condition. En outre, se voient explicitement prohibées certaines clauses contractuelles ou conventionnelles². L'illicéité de l'acte résulte alors de sa contrariété à ces règles impératives.³

16. En droit du travail, les sources des textes qui prévoient les sanctions sont variées aussi bien en France qu'au Mali. On peut les ranger en trois catégories :

¹ Sur cette question voir infra la sanction de la nullité de violation des règles de non discrimination au Mali et en France.

² A ce sujet, voir la nullité des clauses du contrat de travail en droit du travail malien et en droit positif français.

³ La Sanction civile en Droit du travail de Manuela GREVY déjà cité P ,21

les institutions et les sources étatiques, l'autonomie collective, les institutions et les sources internationales.

17. S'agissant des institutions et sources étatiques, le préambule de la Constitution française de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958, se caractérise par une certaine philosophie des rapports sociaux. Il formule un certain nombre de droits de genre nouveau : droit au travail (chacun a le droit de travailler et le droit d'avoir un emploi ; nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines , de ses opinions ou de ses croyances) ; droit syndical (tout homme peut défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix) ; droit de négociation collective, ou de participer à la gestion de l'entreprise. (tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises) ; droit à la sécurité sociale ; non-discrimination (la loi garantit à la femme dans tous les domaines des droits légaux à ceux de l'homme). Ces droits n'ont pas seulement valeur programmatique. Le préambule a été reconnu par le Conseil Constitutionnel comme ayant autorité de norme positive¹.

De même au Mali, la Constitution du 25 février 1992 fixe l'organisation et les modalités de fonctionnement des pouvoirs publics et s'étend également aux droits et devoirs de la personne humaine. C'est dans ce cadre, qu'elle reconnaît aux citoyens maliens des droits sociaux : le droit au travail, au repos et à la liberté du travail (article 19), la liberté syndicale (art 20) et le droit de grève (art 21) .Elle renvoie à la loi et aux règlements le soin de fixer les conditions d'exercice de ces droits (arts 70 et 73).

18. En France les décisions du Conseil Constitutionnel sont devenues une véritable source du droit de travail. Elles concernent d'une part la répartition de matière entre le pouvoir législatif (principes fondamentaux du droit de travail et

¹ Mémento précité, Droit du travail 16^{ème} édition précité ; p. 25.

du droit syndical) et réglementaire, d'autre part la conformité des lois à la Constitution, y compris la Déclaration de droits de 1789 de l'homme et du citoyen (déclaration relative notamment à l'égalité et à la non-discrimination, au respect de la vie privée, au droit à l'emploi, à la liberté d'entreprendre, au droit syndical, droit de grève, au droit de participation, au respect de la dignité de la personne humaine, au droit des syndicats représentatifs de participer à la négociation collective...Auxquels il a reconnu la valeur Constitutionnelle). L'ensemble constitue un « bloc de Constitutionnalité » ce qui est important en droit du travail.

Quant à l'autonomie collective, l'intervention normative de l'Etat dans les relations du travail est en déclin relatif : la législation n'a plus pour fonction que de fixer le minimum (salaire minimum, congé minimum) et de fournir un cadre aux négociations. Le droit du travail français est un droit néolibéral. Sa pierre angulaire reste la liberté du travail, avec ses corollaires : libre embauchage et libre congédiement. Les salaires sont négociés librement par les interlocuteurs sociaux et en cas de conflit l'Etat n'intervient guère. C'est l'autonomie collective¹.

19. Les discussions entre organisations patronales et organisations de syndicats permettent la conclusion de conventions et accords collectifs du travail, sources qui viennent s'ajouter aux normes codifiées, et qui règlent les problèmes propres à une branche ou à un secteur économique. Enfin, la création de la norme est multilatérale et provient des négociations État- patronat -syndicat. L'État entend pouvoir devancer les aspirations de chacun et éviter, dans la mesure du possible, des conflits sociaux majeurs. La loi doit alors exprimer le consensus obtenu lors des discussions.

Quant aux institutions et sources internationales, le droit malien du travail et le droit français du travail ont hérité de nombreux textes internationaux. Cela

¹ Droit du travail 16^{ème} édition supra ; p.37.

s'explique par la ratification des mêmes conventions, chartes et règlements du droit international. Ainsi le Mali et la France sont membres de l'Organisation Internationale du Travail créée en 1919 à Versailles, (O.I.T.) qui est une organisation spécialisée pour résoudre les problèmes du travail.

Elle est une institution spécialisée de l'ONU. Les conventions qu'elle adopte ne sont valables que lorsqu'elles sont ratifiées par le parlement du pays membre. Elle s'efforce de promouvoir un droit international du travail et d'obtenir l'application des normes contenues dans les conventions internationales et dans les recommandations dans le maximum de pays.¹

20. Depuis le 22 septembre 1960², le Mali se trouve quasiment sur le même pied d'égalité au niveau de la ratification des différentes conventions internationales. Ils s'agit pour l'essentiel de : la convention n°4 sur le travail de nuit des femmes de 1919, la convention N°6 sur le travail de nuit des enfants dans l'industrie, la convention N°11 sur le droit d'association, la convention N°14 sur le repos hebdomadaire de 1921, la convention sur la réparation des accidents du travail de 1925, la convention N°18 sur les maladies professionnelles 1925, la convention sur l'égalité de traitement en cas d'accident du travail de 1925, la convention (n° 19) sur l'égalité de traitement (accidents du travail), 1925, la Convention (n° 26) sur les méthodes de fixation des salaires minima, 1928, la Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, la Convention (n° 41) (révisée) du travail de nuit des femmes, 1934, la Convention (n° 52) sur les congés payés, 1936, la Convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947, la Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, la Convention (n° 135) concernant les représentants des travailleurs, 1971, la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et

¹ Mémentos droit du travail, 16^e édition ; Jean –Maurice VERDIER, Alain COEURET, Marie Armelle SOURIAU ; p 26

² Date de l'indépendance du Mali est le 22 septembre 1960.

profession), 1958, la Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, la Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957.

Ce futur acte uniforme, est le cadre dans lequel notre étude est circonscrite. L'avant-projet d'acte uniforme OHADA portant Droit du travail est une sorte de résumé de toute la législation du travail existant dans les Etats membres¹. Il poursuit les objectifs reconnus au droit du travail que sont la garantie de la sécurité des travailleurs et des entreprises, et se veut être un creuset de confiance pour l'économie des Etats membres, afin d'attirer les investisseurs étrangers. Les questions qui sont traitées dans l'Avant-projet de l'acte uniforme portant Droit du travail portent sur les droits fondamentaux, les conventions relatives au travail, la réglementation du travail, différends individuels et collectifs, le contrôle de l'application de la législation du travail et les sanctions.

L'Avant-projet reprend de manière générale les droits fondamentaux édictés par l'OIT², par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) et par la Charte Africaine des Droits des hommes et des Peuples (CADHP).

La partie réservée aux conventions relatives au travail concerne plus la contractualisation de la relation de travail qui innove en ce qui concerne le contrat d'apprentissage, la formation professionnelle et le congé de formation. Il en est de même des dispositions relatives au contrat de travail et à sa rupture (contrat de travail à durée déterminée et contrat de travail à durée indéterminée). Il est également question du salaire et des méthodes de fixation des salaires minima ; de même des conventions collectives et des accords collectifs de travail.

¹ L'OHADA c'est-à-dire l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a été créée par le Traité du même nom signé à Port-Louis en Ile-Maurice, le 17 octobre 1993. L'Organisation regroupe les quatorze Etats africains membres de la zone franc, ainsi que les Comores et la Guinée. Il s'agit du Bénin, du Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, République Centrafricaine, Tchad, Burkina Faso, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale, Niger, Sénégal et Togo avec l'entrée récente de la République Démocratique du Congo. Voir Henri Désiré MODI KOKO BEBEY, La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, tiré du site <http://www.institut-idef.org/La-reforme-du-droit-des-affaires.html>

² Il s'agit des conventions ratifiées par les Etats membres, v. Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David SELLERS, Sébastien THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, collection Affaires Finances éd. Litec 1 juillet 2004 P.4.

La réglementation de travail englobe les conditions de travail notamment la durée de travail, le travail à temps variable, le travail à temps partiel ¹ l'hygiène et la sécurité au travail.

L'Avant-projet favorise la voie de la négociation pour le règlement des différends individuels, car il dispose que tout différend individuel doit d'abord être soumis à une tentative de conciliation auprès de l'inspecteur du travail avant la saisine du tribunal². Il régit également les mécanismes de référé d'exécution immédiate provisoire, le taux du ressort et l'exécution des décisions judiciaires, d'où une immixtion dans les règles nationales de procédure. Cependant, il dispose que les mesures légales en matière de procédure civile établies dans les Etats membres continuent de s'appliquer à défaut des dispositions particulières contenues dans l'acte uniforme.

Cet Avant-projet définit le droit de grève, ses modes de conciliation devant l'inspecteur du travail ou par voie d'arbitrage, ainsi que les modalités de préavis. Le contrôle de l'application de la législation du travail est la prérogative des organismes de contrôle et leurs moyens d'exécution que sont l'inspecteur du travail, le conseil consultatif du travail, le comité technique consultatif d'hygiène et de sécurité. Cette partie comprend aussi les moyens de contrôle et les obligations des employeurs³. Pour ce qui est des sanctions, l'Avant-projet se contente d'énoncer les infractions pénales et laisse le soin aux Etats membres d'en déterminer les peines.

Traditionnellement, la loi et le règlement, modes de création unilatérale du droit, constituent les sources déterminantes. L'ensemble des règles ainsi dégagé a été rassemblé dans le Code du travail, dont le premier livre fut promulgué en 1910 en France. Si l'on s'en tient uniquement aux textes, il faut reconnaître que tout a

¹ Concernant la durée du travail, l'avant projet renvoie son application aux textes réglementaires nationaux pour l'ensemble des branches d'activité ou pour une branche particulière.

² Art. 226 APAUDT

³ Ces obligations sont : la déclaration de main d'œuvre, le bilan social (pour les entreprises ayant un effectif supérieur à 100 travailleurs) les registres d'employeurs etc.

été mis en place pour que le droit du travail soit présent dans la réalité sociale. Au Mali, l'adoption d'un nouveau Code du travail en 1992 va d'ailleurs dans ce sens. Ce droit s'applique aux relations entre travailleurs et employeurs. Toutefois, le risque de confusion existe souvent s'agissant de ces relations, le travail étant une notion aux multiples acceptions.

21. Le travail peut renvoyer aussi bien aux activités que l'on observe dans le monde rural, qu'à celles que l'on retrouve en ville et qui ne font l'objet d'aucune réglementation. Mais, la catégorie qui retiendra l'attention ici, est le travail subordonné salarié sur lequel le droit du travail porte. Il convient de préciser que ce type de relations est relativement récent puisqu'il apparaît avec la révolution industrielle.

Quand on observe la situation des pays africains à l'heure actuelle, on peut comprendre que le droit du travail ait du mal à s'imposer. On est en effet, en présence d'entités avec des taux d'urbanisation peu élevés. Les projections pour l'an 2000 prévoyaient un taux de 34,3% pour l'Afrique subsaharienne. A partir d'un tel chiffre, il est aisé de comprendre que les salariés ne vont pas constituer la majorité des travailleurs. De ce fait, le droit du travail lui-même aura une portée très limitée.

22. Il y a, le fait que comme partout en Afrique, l'emploi dans le secteur structuré n'est pas particulièrement important. Si l'on s'en tenait seulement aux textes, le salarié devrait être la personne « qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une personne physique ou morale, publique ou privée appelée employeur »¹. Avec cette définition, le champ d'application du droit du travail serait particulièrement étendu. Il semble toutefois que pour cerner la réalité du travail subordonné salarié dans les secteurs structurés, il faudrait tenir compte des dispositions du Code du travail. Le secteur structuré est celui où celles-ci

¹ Article 1 du code du travail de 1992 du Mali.

s'imposent. Il n'est pas rare en effet, de voir des travailleurs s'engagés sur des bases qui se situent aux antipodes de ce que prévoit le Code du travail.

Ces différentes sources sont applicables et aussi sont confirmées par la jurisprudence. Mais, au-delà de l'autonomie du système juridique des deux pays, la jurisprudence française est « un laboratoire » pour celle du Mali. A cet effet, le juge malien n'hésite pas à y faire référence soit pour définir une notion, soit une faute¹. Aussi, comme disait Jean DEPREZ : « il reste souhaitable que les Etats africains continuent à puiser dans le droit français quelques principes bien établis, dans la mesure où ils sont compatibles avec les nécessités du moment »². Il est vain, à ce niveau, de vouloir transposer en l'Afrique tous les principes du droit du travail français. L'Afrique d'aujourd'hui n'est ni l'Europe ni l'Amérique. Ainsi la question de Q.P.C (Question Prioritaire de Constitutionnalité) de l'application de la jurisprudence française au Mali peut-elle être posée. Au Mali, il est de coutume de faire référence ou de citer purement et simplement les arrêts de la Cour de cassation française dans les décisions du Tribunal du Travail. En effet, les années 1995 et 1996 ont vu se développer entre BAMAKO et PARIS de fructueux échanges entre les deux Cours constitutionnelles³. Auparavant des études conjointes théoriques menées par des constitutionnalistes et des hommes politiques de ces deux pays avaient débouché pour le Mali, après la victoire du mouvement démocratique, sur une Constitution adoptée par référendum et publiée le 25 février 1992. C'est la mise en place des « outils constitutionnels » prévus par la nouvelle loi fondamentale malienne qui a été au centre du dialogue franco-malien.

¹ Tribunal du travail de Bamako. Affaire BOCOM contre RANGOLD citant dans la décision du 16 juin 2005, Cass.Soc.12 février 1981, n°79-41.264, cah. Prd'h.1981. V aussi, le paragraphe sur la perte illégitime d'emploi.

² V. infra Jean DEPREZ, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dakar, site Afrilex, p.

³ Georges ABADIE (ancien membre du conseil constitutionnel en France 1992-2001)- Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2 (Dossier : Mali) - mai 1997

M. Abdoulaye DICKO, Président de la Cour constitutionnelle du Mali accompagné de Messieurs Amadou Samba SYLLA et Abdoulaye DIARRA, membres de la Cour, ont passé plusieurs jours de travail à Paris, en avril 1995, sur les principes et les méthodes qui fondent la jurisprudence et la pratique constitutionnelles de la République française et qui pourraient constituer une référence pour le Mali. Puis en octobre 1996, Messieurs Abdoulaye DICKO et Abdoulaye DIARRA sont venus approfondir certaines questions et parler des premières difficultés rencontrées ou des solutions originales trouvées à Bamako, ce qui n'a pas été sans quelque utilité même pour un Conseil constitutionnel aussi expérimenté que celui de la France.

23. La Constitution du Mali a de nombreux points communs avec celle de la France. Les principes définissant les droits et libertés individuels et collectifs sont exprimés dans son titre I ; ils ont leurs homologues en France, au travers du préambule de la Constitution de 1958, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946. On y retrouve les fondements d'une République démocratique et sociale et d'un Etat de droit d'expression pluraliste et sans discrimination. Ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle, la forme républicaine de l'Etat, la laïcité, et le multipartisme. Référence est faite aussi à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et à la réalisation de l'unité africaine.

La Cour constitutionnelle contrôle l'élection du Président de la République et son empêchement éventuel, les opérations de référendum, et elle est le juge de l'élection des députés.

Enfin elle émet un avis sur les mesures exceptionnelles prévues en cas de menaces graves sur la Nation et d'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Elle émet aussi un avis sur les projets de lois référendaires, du type de ceux que notre Constitution de 1958 prévoit dans son article 11, mais qui en France ne sont pas soumis au Conseil constitutionnel. La loi organique du

5 octobre 1992 a précisé les attributions et l'organisation du fonctionnement de la Cour, complétée par un règlement intérieur du 21 Déc. 1994, permettant ainsi un démarrage de l'Institution installée en mars 1994 qui rendit son premier arrêt en février 1995.

À propos de l'Indépendance et des choix faits par les dirigeants africains, Basil DAVIDSON écrivait en 1980 : « Les machines et la science moderne venaient bien de là (l'Europe), dans ce cas pourquoi pas les institutions politiques, les lois, les formes de démocratie et les genres de vie économique ? »¹. La discussion sur la place du droit du travail en Afrique ne peut passer sous silence les origines de celui-ci. On constate en effet que même s'il n'est pas question d'occulter la présence de phénomènes juridiques dans l'Afrique précoloniale, le droit du travail demeure avant tout un droit importé. C'est ainsi que les législations africaines au moment des indépendances n'ont fait que reprendre les dispositions contenues dans le Code du travail des territoires d'Outre-mer de 1952.

Afin de rendre compte de la place de la sanction en droit du travail, en France et Mali, il convient de faire une étude comparative du droit malien à la lumière du droit français. Certes, il y a un parallèle entre le droit du travail français et le droit du travail malien, mais cela ne fonctionne pas de la même manière. L'étude de la sanction, va nous permettre d'identifier les différents cas d'illicéité qui font l'objet de sanctions en droit du travail français et en droit du travail malien et décrire la procédure par laquelle elles sont mises œuvres par les tribunaux. Il est intéressant de tenter d'apprécier l'effectivité de la sanction dans les deux systèmes. Pour les appréhender nous allons dans une première^{ère} partie traiter les sanctions non répressives en droit du travail malien et en droit français du travail. En effet, le choix de cette division s'explique par le fait les Codes du travail français et malien prévoient en premier cette subdivision. La sanction

¹B. DAVIDSON, L'Afrique au XXème s., l'éveil et les combats du nationalisme africain, Ed. J.A., 1980, p. 227.32

répressive ou pénale ne vient qu'en dernier lieu ce qui nous permettra de voir dans une 2^e partie les sanctions répressives en droit du travail dans les deux pays.

Première partie

**Les sanctions non répressives en droit français
et en droit malien du travail**

24. Les sanctions non répressives recouvrent incontestablement les mesures ordonnées par le juge civil afin de tirer les conséquences d'un acte ou d'une situation illicite. On songe, par exemple, à l'annulation d'un acte unilatéral illicite, à l'exécution forcée d'une obligation de faire méconnue ou encore de l'indemnisation par la réparation d'un préjudice causé par illicéité.

L'appréhension de cette conception de sanctions consiste à distinguer deux éléments : le premier se caractérise par l'identification des éléments constitutifs de sanctions et la réparation qui résulte de la violation des règles, quant au second il concerne les organes compétents qui garantissent l'application de ces règles (titre I). Dans cette même logique, le rôle des sanctions administratives paraît déterminant à cause de l'omniprésence des organes administratifs en droit du travail (titre II). L'atteinte à la règle est reconnue et caractérisée par l'identification de l'illicéité. Une fois identifiée elle est sanctionnée par la requalification, ou par la nullité ou par la réparation. Ces différentes sanctions s'attachent à rétablir la légalité ou réparer le préjudice. Elles constituent la sanction civile.

Au Mali comme en France, dans le domaine social, la législation à travers de nombreux textes prévoit des mesures de protections du droit des salariés dans les relations du travail. A cet appui, les tribunaux avec plusieurs décisions ont illustré l'efficacité des mesures de protection des salariés par la réparation. Certes les deux pays affichent des points communs concernant la nature des sanctions en droit du travail pour ce qui est de la protection des salariés, mais des divergences subsistent à plusieurs niveaux entre le système malien et le système français au niveau de l'effectivité des sanctions applicables.

Titre I

Les Sanctions Civiles

25. La sanction civile peut viser la responsabilité d'un titulaire de droit, elle peut concerner le non-respect des règles de droit telle que la procédure, elle peut aussi viser l'acte ou l'exercice d'un droit.

S'agissant de la responsabilité civile, elle peut être engagée, soit en raison de l'inexécution d'un contrat, soit en raison d'un acte volontaire ou non, entraînant pour la personne qui est fautive ou qui est légalement présumée fautive, l'obligation de réparer le dommage qui a été subi par une ou plusieurs autres.

Quant aux règles de procédures, le droit connaît de nombreuses règles de nature procédurale qui entretiennent des liens complexes avec les règles de fond. En particulier avec la licéité de l'acte dont elles gouvernent l'élaboration. La sanction civile de la violation de ces règles de procédure fait apparaître un double mouvement. Ce double mouvement apparaît particulièrement sensible dans le domaine du licenciement, tant individuel que collectif.

26. Mais avant d'illustrer le propos, il importe de préciser ce qu'on entend ici par règle de procédure. S'interrogeant sur l'élaboration de l'acte unilatéral, un auteur a suggéré que la notion de procédure non contentieuse peut se définir comme « l'ensemble des règles qui gouvernent l'élaboration des actes juridiques¹. Cette notion resterait en revanche à construire en droit privé. La procédure n'est à la vérité ni la forme ni le fond². Il est vrai, comme le souligne le professeur Encinas de Mangorri, que la distinction apparaît souvent obscure par « la superposition de deux occupations principales : tantôt la forme est opposée à la procédure ; tantôt forme et procédure sont réunies pour s'opposer au fond ». Or, la règle de fond et la règle de forme relèvent d'un même ensemble : la première tient à la licéité interne de l'acte juridique tandis que la seconde est l'instrument qui peut être comme la mise en apparence de l'acte. La

¹ R. Encinas de Munagorri, l'acte unilatéral dans les rapports contractuels. LGDJ, 1996 p.461

² La sanction civile en droit du travail de Mme Manuela GREVY op.cité.

règle de procédure qui intervient en amont renvoie, quant à elle, au processus d'élaboration de cet acte, le « *negotium* »¹.

27. Le droit du travail connaît d'importantes manifestations de cette notion de procédure non contentieuse. Ainsi le prononcé d'une sanction disciplinaire ou d'un licenciement se trouve-t-il encadré depuis de nombreuses années par des règles qui déterminent les conditions d'élaboration de ces actes unilatéraux. On songe également à la consultation des représentants du personnel en cas de licenciement collectif pour motif économique, règle de procédure collective.

Par la sanction civile de l'absence ou de l'insuffisance de motivation de la lettre de licenciement, il a été reconnu pour la première fois qu'une règle de procédure peut avoir un caractère substantiel. A la suite de la loi du 13 juillet 1973 qui prévoyait pour le salarié de demander à l'employeur d'énoncer par écrit les motifs de la rupture², la Cour de cassation avait affirmé dans le célèbre arrêt Janousek que l'absence de motif du licenciement rend le licenciement illégitime. A cet effet, les juges du fond avaient considéré, quant à eux, que l'omission des motifs « ne constituait qu'une irrégularité formelle, insuffisante à caractériser l'irrégularité au fond du licenciement ». Pour écarter une telle solution, la Cour suprême estima au contraire que l'employeur qui a omis de porter à la connaissance du salarié les causes réelles et sérieuses de licenciement « était réputé de manière irréfragable ne pas en avoir, s'il n'en avait énoncé, ce qui n'était pas une simple irrégularité de forme, le juge ne pouvant apprécier le caractère réel et sérieux que de celles qu'il avait invoquées dans les conditions légales³.

¹ V. Mr A. Lyon-Caen, note ss Cass.soc.13.02.97, D 1997 jdce,p. 171,sp.n°10 .

V également, M. X. Lagarde, « Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement », Dr. Soc. 1998, p. 890. Selon cet auteur la difficulté se présente en des termes différents selon que la procédure, en particulier l'existence d'une motivation de l'acte, se voit envisagée comme une anticipation de la procédure contentieuse en France.

² Art L.1232-6 du Code du travail français

³ Cass.soc.26.10.76, bull V, n°521, D.1977,jdce, p544, note Jeammaud

28. S'agissant de l'acte, il peut faire l'objet de sanction. Dans ce cas il détermine le bien fondé de l'action. C'est exemple en cas de licenciement, l'acte est la cause réelle et sérieuse du licenciement. L'acte permet au juge de contrôler la réalité et le sérieux du motif du licenciement. Donc l'apparition de la sanction va dépendre de la licéité de l'acte sur lequel le juge va faire porter son contrôle.

Quant à l'autorité des règles, elle peut être à l'aune de la sanction. C'est à propos de l'atteinte à des principes des droits fondamentaux qui se fait jour avec une netteté particulière le lien entre la sanction civile et l'autorité des règles. La nature de la sanction serait ainsi le signe de l'autorité de règle transgressée. Les débats juridiques et doctrinaux sur la sanction civile d'un licenciement prononcé pour fait de grève illustrent combien la nature de la sanction révèle de la nature d'une règle. En effet, l'acte juridique qui porte atteinte à une liberté fondamentale est un acte nul. La sanction de cette irrégularité peut se traduire par une réintégration¹.

29. Un bref regard d'ensemble sur la matière pourrait suggérer une opposition dans la sanction civile entre les rapports individuels et les rapports collectifs de travail. Alors que la première dimension serait dominée par un système de réparation pécuniaire du préjudice prenant appui sur l'irrégularité ou l'abus, la seconde accorderait une plus grande place au rétablissement de la légalité en accueillant plus facilement la nullité. Notre réflexion sera menée à partir des questions : la protection du salarié dans ses relations avec l'employeur, la protection du salarié face à l'action collective de travail, la place de l'action individuelle du salarié dans la protection collective.

¹ V. supra section la réintégration.

Sous Titre I
Les sanctions civiles dans les relations
individuelles du travail

30. Dans les relations du travail, les sanctions peuvent prendre appui sur le contrat de travail. Au Mali comme en France, les vices liés à la formation, à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail sont sources de différends entre le salarié et son employeur. Il faut observer que le contrat de travail en France comme au Mali se définit de la même manière, mais que les sources de cette définition ne sont pas les mêmes. Par contrat de travail, il faut entendre la convention par la quelle une personne s'engage à fournir une prestation à une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération. Cette définition proposée par la doctrine française¹, ressemble à celle donnée par l'article L.13 du Code du travail du Mali. Ce qui suit que : « le contrat individuel de travail est la convention en vertu de laquelle une personne s'engage à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelé employeur ». Quant au Code du travail français contrairement au droit malien, il ne propose pas définition du contrat de travail². Mais, d'abord la doctrine et ensuite dans plusieurs affaires, la Cour de cassation a établi des critères montrant l'existence du contrat de travail. Ces critères sont ceux retenus par le droit malien³.

Il s'agit du critère de la prestation de travail, du critère de la subordination juridique et du critère de la contrepartie financière.

- L'activité de l'homme, la prestation du travail ; la tâche que s'engage à fournir ainsi le salarié peut revêtir les formes les diverses : physique, intellectuelle ou

¹ Martin KIRSCH observe que « la législation française, n'a pas défini le contrat de travail... ».Précis de droit du travail, Dalloz, Paris,1975

² Droit du travail en Afrique francophone, Université Francophone, p.227

³ Cette définition proposée par la doctrine met en évidence un critère, la subordination juridique que consacre la loi(par exemple, au sujet de l'avocat salarié, loi n°90-1259 du 31 déc.1990). Il convient au juge, et à lui seul, d'apprécier, en cas de litige, l'existence de cette subordination relevée par la réalité de l'exécution de la tâche du travailleur car « la seule volonté des parties est impuissante à soustraire un salarié du statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail (Cass.ass. plén. 4 mars 1983, Dalloz 1983,p.381, en ce sens, sous l'apparence d'un contrat de location « d'un véhicule taxi » : Cass.soc. 19 déc.2000 Bull.civ,n°437.

même artistique, manœuvre, d'un comptable ou d'un ingénieur, d'un professeur, d'un médecin parfois d'une vedette de cinéma¹.

31. Cette prestation est accomplie moyennant une rémunération appelée salaire. D'après la Cour de cassation, le contrat de travail étant un contrat à titre onéreux, une rémunération doit être consentie expressément ou tacitement². Le contrat de travail est un contrat synallagmatique (bilatéral) en vertu duquel le travailleur fournit la prestation de service et reçoit de l'employeur en contrepartie une rémunération. Il en résulte pour les parties des obligations réciproques et interdépendantes, de sorte que si l'une des parties n'exécute pas ses obligations l'autre est déliée des siennes.

32. Le travailleur subordonné est celui qui se soumet à « l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, de contrôler leur exécution et de sanctionner les manquements de ses subordonnés ». Du lien de subordination juridique découle le caractère personnel des obligations du travailleur. A l'égard de celui-ci, le contrat est en effet intuitu personae (en considération de la personne) .C'est lui-même qui doit la prestation de service, il ne peut pas, en cas d'indisponibilité, la faire exécuter par quelqu'un d'autre sans l'accord de l'employeur. Il revient au juge, et à lui seul, d'apprécier, en cas de litige, l'existence de cette subordination. En France, la relation du travail peut être prouvée par tout moyen. Comme a su le dire la Cour de cassation française lors de l'arrêt du 19 décembre 2000, l'existence d'une relation ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de faits dans laquelle est exercée l'activité des travailleurs.

33. En espèce une société de taxi avait établi avec un particulier « un contrat de location du véhicule équipé taxi » pour une durée d'un mois renouvelable par

¹ V. A .BRUN et H. GALLAND ;,n°285 ;Y. Saint Jours : les relations du travail dans le secteur public ; être salarié de l' association(Cass.soc.20juin1990, Alliance française R.J.S. 8/9-19990, n°643).

² Cass.soc.3 août 1942,D.A.1943.I.1. (cite dans le Précis Dalloz Droit du Travail,16e p.9)

tacite reconduction moyennant le paiement d'une somme qualifiée de redevance. Après la rupture du contrat par la société, le cocontractant avait saisi le Conseil de Prud'hommes aux fins de se voir reconnaître la qualité du salarié et d'obtenir le paiement des indemnités liées à la rupture du contrat de travail invoqué.

Le visa de l'arrêt est ainsi libellé « a violé les articles L.1261 et L.1462-1 du Code du travail la Cour d'appel qui a décidé que le locataire du véhicule n'était pas lié à la société par un contrat de travail et que, en conséquence, la juridiction prud'hommale n'était pas compétente pour statuer sur sa demande, alors que l'accomplissement effectif du travail dans les conditions mentionnées au contrat plaçait le locataire dans un état de subordination à l'égard du loueur, de sorte que, sous l'apparence d'un contrat de location, était dissimulé l'existence d'un contrat de travail »¹.

En effet, le contrat litigieux prévoyait que sa durée et celle des renouvellements seraient limités à un mois, qu'il pourrait résilier mensuellement avec un délai de préavis très court, que la redevance due ou louée incluait les cotisations sociales que ce dernier s'engageait à verser à l'URSSAF et qu'elle était révisable en fonction notamment du tarif du taxi ; enfin, les conditions générales annexées au contrat fixaient une périodicité très brève pour le règlement des redevances, sanctionnée par la résiliation de plein droit du contrat et imposaient au locataire des obligations nombreuses et strictes concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule.

34. La Cour de cassation à grâce à un faisceau d'indices parvient à établir la qualité de salarié. Une fois que ces critères sont réunis, le contrat de travail est soumis à certaines conditions de validité. Le non-respect de ces conditions peut avoir des effets transformatifs du contrat de travail. C'est le cas de la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. A

¹ Cass. Soc. 19 décembre 2000, n° 5371 FSPBRI Labbane c/ ch. Synd. Des loueurs d'automobiles de place de 2^e classe de Paris Ile-de-France et cassation, BC V n°437.

cet effet la requalification est la sanction qui va corriger le non-respect des conditions de validité du contrat de travail à durée déterminée.

La nullité et la requalification apparaissent le plus souvent au premier rang des sanctions applicables. Nous allons étudier ces deux sanctions dans leurs volets relatifs à la continuité du travail du salarié (chapitre I). On retrouvera la réparation qui est aussi un élément déterminant de la sanction à cause de son caractère indemnitaire (chapitre II).

Chapitre I
La requalification et la nullité : les sanctions communes d'une illicéité affectant l'acte juridique

35. La requalification et la nullité peuvent être considérées comme les sanctions d'une illicéité qui constitue la violation d'une règle. La requalification et la nullité vont permettre « à une remise en état » pour le salarié dont le droit a été violé pour plusieurs raisons, soit les conditions de forme et de fond que la loi impose pour conclure son contrat de travail n'ont pas été respectées, soit il y a un abus de droit dont il est victime.

Le rôle du législateur est de prévoir des textes visant à remédier les cas de violation de la règle et au juge d'appliquer la sanction applicable à cet effet. La question de requalification sera évoquée à partir de l'exemple du contrat à durée déterminée. Elle constitue la sanction civile d'un contrat à durée déterminée conclu, exécuté et rompu en méconnaissance des règles impératives qui dominent la matière. La situation juridique née de cette violation des règles se voit effacée, (section1)¹.

36. Le rétablissement de la légalité par l'annulation d'un acte juridique illicite doit être distingué dans une seconde hypothèse (section2). Celle de la suppression d'une situation juridique illicite. On pensera à la sanction de la nullité. Elle est la sanction de l'invalidité d'un acte juridique, ou d'une procédure soit la cause de la nullité réside dans l'absence de l'utilisation d'une forme précise qui est légalement imposée, soit elle résulte de l'absence d'un élément indispensable à son efficacité. Par exemple le contrat en tant que convention peut être sanctionné par la nullité si le consentement donné par l'une des parties à l'acte a été visé par dol².

¹ La Sanction Civile en droit du Travail, Manuela GREVY L.G.D.J p,49

² Dictionnaire juridique sur le site « legifrance ».

Section 1 - La requalification sanction du défaut de formalisme du contrat à durée déterminée

37. Vue par la doctrine comme « l'opération par laquelle le juge restitue à un acte ou un fait son exacte qualification », ¹ cette définition de la requalification est commune aussi bien en droit français qu'en droit malien. Cette requalification se distingue de celle qui est prévue par l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile française et l'article 12 du Code de procédure civile du Mali qui indique : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Il ne s'agit pas, ici, de restituer à un contrat son exacte nature en considération de ce qu'ont réellement voulu les parties, mais de sanctionner l'illicéité qui entache sa conclusion. La requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en un contrat à durée indéterminée illustre le propos : elle opère non pas parce que le contrat présente réellement les éléments d'un contrat à durée indéterminée, mais parce que le contrat à durée déterminée a été conclu en violation de la loi. La sanction de requalification doit également être distinguée d'autres sanctions civiles et notamment de la nullité partielle, inapte à expliquer une telle modification de la substance même du contrat initialement conclu². On y rencontre dans de nombreuses hypothèses en droit du travail. Tel est le cas de la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée³, de la requalification d'un contrat d'apprentissage en contrat de travail. Cette restitution aux faits et aux actes de leur exacte

¹ G. Cornu, Vocabulaire Juridique, assoc. H. CAPITANT, 2d1987, p 695 ; Art 12 NCPC.

² La sanction de requalification en droit du travail ; Dirk BAUGARD, préface de Gérard COUTUTIER ; IRJS 04/2011

³ Idem

qualification juridique ne constituait pas la sanction civile de la violation d'une règle¹.

38. Du reste, avant que les contrats précaires ne soient réglementés en France, la jurisprudence appliquait cette technique de requalification aux contrats à durée déterminée dans diverses hypothèses. Tel était le cas lorsque le contrat comportait une clause de résiliation unilatérale², un terme certain³, comme en cas de succession du contrat à durée déterminée par renouvellement ou conclusion de contrats distincts mais successifs avec le même salarié. Cependant, dans la mesure où la conclusion et l'exécution de ces contrats n'étaient pas encadrées par des règles impératives, la requalification ne pouvait être considérée comme une sanction. Etait en cause une requalification au sens de l'article 1^{er} du nouveau Code de procédure civile⁴.

En revanche, la situation apparaît différente après l'intervention du législateur français. La requalification a été conçue et fonctionne comme la sanction civile de la violation des règles instituées par l'ordonnance de 1982 et par les lois successives au contrat à durée déterminée. Le Code du travail malien retient lui aussi cette conception de la requalification comme une sanction depuis la loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail.

Ainsi, en est-il lorsque l'employeur n'a pas respecté les règles qui encadrent la possibilité de conclure des contrats successifs selon l'article L1245-1 (ancien article L.122-3-13) ou encore lorsque la relation de travail a été poursuivie après le terme du contrat en dehors des cas de renouvellement prévus par l'article L.1243-11. Le mécanisme de requalification a également été institué lorsque le contrat à durée déterminée a été conclu sans que soient respectées les règles impératives qui encadrent la conclusion du contrat et sont relatives à l'objet (L.1242-1 et L.1242-2, à la durée L.1242-7), ou encore à l'obligation d'un écrit

¹ La Sanction Civile en droit du Travail, Manuela GREVY L.G.D.J p 48.

² Voir également Cass. Soc.17.10.76,Bull. V,n°529 p.434.

³ Cf ;Cass Soc. 20.04.72, Bull,Vn°277,P 256 ;Cass.Soc.12.01.61. Droit Ouvrier 1962,p156.

⁴ La Sanction Civile en droit du travail, précité p.49.

comportant certaines mentions obligatoires (article L.4154-1 et article L.21 du Code du travail malien). L'article L.7 du Code du travail malien prévoit la requalification au cas où un contrat d'apprentissage n'est pas constaté par écrit et un des exemplaires déposés à l'inspection du travail dans le ressort de laquelle se trouve le lieu de l'apprentissage, le contrat de l'apprenti est considéré comme un contrat de travail à durée indéterminée.

Ces règles de conformité interne ou externe ont pour sanction la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (article L1245-1 du Code du travail français). Dès lors, la requalification change de nature. Elle n'est plus la rectification d'une inexactitude mais la sanction d'une illicéité¹. Ce caractère de sanction du mécanisme de requalification a été accentué par la loi du 12 juillet 1990 en France et la jurisprudence consécutive.

Paragraphe I : Les domaines de la requalification

39. L'employeur a pu ne pas respecter les règles de forme ou de fond. Ces règles sont édictées dans le souci de protéger le salarié contre la précarité. Ainsi on va opter en faveur de la requalification-sanction qui vise à éviter la précarisation injustifiée de son contrat.

On retrouve les différents domaines pour appliquer la sanction de la requalification dans les conditions de forme (A) telle que l'absence du contrat écrit, l'absence de terme du contrat, et dans des conditions de fond de conclusion du contrat de travail (B) comme l'omission des mentions obligatoires (le nom et la qualification du salarié).

A- La sanction du non-respect des conditions de forme du contrat à durée déterminée

I - Le respect du consensualisme :

¹ Dans le même sens , J. SAVATIER, « la requalification des contrats à durée déterminée irrégulière », Dr. Soc 1987, p.407.

40. Le contrat de travail, comme tous les contrats, doit procéder d'un consentement libre et éclairé. C'est comme indique l'article 82 du titre II de l'Avant-projet d'Acte Uniforme O.H.A.D.A portant droit du travail en Afrique « le contrat de travail est passé librement et dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter ...»¹. C'est-à-dire que, le droit des contrats est dominé par le principe de l'autonomie de la volonté. Remis en cause par le dirigisme, tant au niveau de la formation du contrat que de son exécution, en particulier en raison du développement de contrats d'adhésion, il regagne de la force avec le déclin du dirigisme. Selon le principe de la liberté contractuelle ce qui n'est pas interdit est permis. Par ailleurs il implique que (sous réserve d'obligations prévues par la loi telles que l'assurance obligatoire) chacun est libre de contracter et de choisir son co-contractant. C'est le principe du « consensualisme ».

La liberté contractuelle est la liberté pour les parties de contracter ou de ne pas contracter, de conclure un contrat librement sans condition de forme et d'en fixer le contenu dans les limites fixées par les dispositions impératives d'ordre public. La liberté contractuelle est aussi la liberté de la preuve, dans l'interprétation, de sanction de l'inexécution, de prescription et de forclusion. Dans tous ces domaines les parties peuvent convenir d'aménagements contractuels.

41. Les principes de « l'Uni droit » affirment le principe de liberté contractuelle en tête des dispositions générales, à l'article 1.1 du Principe de droit européen des contrats « Les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ». Ce principe de liberté à la formation du contrat forme le socle commun de tous les contrats notamment le contrat conclu entre l'employeur et le salarié. Toutefois, ce consensualisme n'est pas sans limite en droit du travail. A ce niveau, le droit malien partage ce principe avec le droit du travail français.

¹L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires a été créée par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires signé le 17 octobre 1993 à Port-louis (Ile Maurice).Il compte 14 pays de la zone francs plus les Comores et la Guinée Conakry et reste ouvert aux pays de l'Afrique centrale telle que le Congo Démocratique.

42. Ainsi, la requalification du contrat de travail à durée déterminée est posée chaque fois que les conditions d'écrit, de mentions obligatoires dans le contrat ne seront pas respectées. C'est une règle de base posée par le droit français et par le droit malien. Ainsi, l'article L.4154-1 français du Code du travail dispose que tout contrat à durée déterminée conclu en violation des dispositions légales est réputé à durée indéterminée. Le contenu de ce texte est repris par le droit malien dans son article L.21 du Code du travail.

1) - Au niveau de l'écrit : les dispositions du Code du travail de la France et celui du Mali sur cette formalité posent les mêmes exigences. Ainsi selon l'art L21 du Code travail du Mali tout comme l'article L.1245-1 du Code travail français, « le contrat travail à durée déterminée doit être constaté par écrit et comporté la définition précise de son motif. A défaut d'écrit il est réputé conclu pour une durée indéterminée ». Introduite en France par la loi du 31 janvier 1979, cette obligation ne se voyait sanctionnée que par une présomption simple de requalification¹ alors que, s'agissant des autres irrégularités, le contrat était réputé conclu à, durée indéterminée. La Cour de cassation admettait alors la faculté pour l'employeur d'apporter la preuve que le salarié avait connaissance du caractère temporaire de son engagement². Centrée sur l'information du salarié, cette preuve restituait au contrat de travail sa régularité en effaçant la violation par l'employeur de son obligation lors de la conclusion du contrat. En substituant au terme « présumé » celui de « réputé », la loi du 12 juillet 1990 a fait disparaître cette distinction entre les sanctions dont est assortie la violation des règles en la matière. La Cour de cassation a tiré toutes les conséquences de cette intervention législative en confirmant le caractère radical de la sanction de requalification. Elle affirme en effet le caractère irréfragable de la présomption. En absence de contrat écrit, l'employeur ne peut écarter la présomption légale

¹ Aux termes de L.1245-1 du Code du travail alors applicable, « le contrat à durée déterminée doit être écrit, à défaut, il est présumé conclu pour une durée indéterminée ».

² V. G. POULAIN, « la présomption de L.122-3-1 du Code du travail relative au contrat à durée déterminée irrégulière » Dr.soc.1989, p.361.

ainsi instituée en apportant la preuve de l'existence d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée¹. Il n'y a pas de reproduction du texte français par le droit malien, mais les deux textes vont dans le même sens. L'article L.21 du Code du travail malien dispose qu'à défaut « d'écrit le contrat à durée déterminée est présumé être un contrat de travail à durée indéterminée ». Le droit malien parle de « présumer » alors qu'en droit français le terme employé par le Code est « réputé ». Il s'agit d'une différence de formulation qui ne semble pas avoir de conséquence sur l'effet de la sanction liée au non-respect de la condition d'écrit. Ainsi, il y a-t-il un retard d'adaptation de terminologie du droit malien par rapport au droit français.

43. Par ce qu'on se souvient en droit français, le « terme présumé » a été remplacé par le « terme réputé » par la loi du 12 juillet 1990. Cela ressemble plutôt à une question d'adaptation suite à la saisie du juge pour clarifier le sens des mots. Ainsi par exemple, dans le cas du contrat d'apprentissage, l'article L.7 du Code du travail malien indique que « le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit. A défaut du non-respect de cette règle de forme le contrat est considéré comme un contrat à durée indéterminée »². Le droit malien emploie le verbe « considérer » quant au droit français c'est le verbe réputé. Le droit

¹ Cass.soc., 21 mai 1996, Bull V, n°190,p. 133, D.1996,Jdce,p565, concl. Y.CHAUVY ; dans le même sens, Cass.,soc.12 novembre 1998,p.75, observ.A ;JEAMMAUD

² On précise au passage que dans l'hypothèse du non enregistrement du contrat d'apprentissage, la Cour de cassation avait admis la possible requalification du contrat d'apprentissage en C.D.D. En effet, l'apprentissage nécessite la conclusion d'un contrat particulier et le respect de certaines formalités. Ainsi, une fois élaboré et signé, le contrat doit nécessairement être transmis à la chambre professionnelle au sein de laquelle l'employeur est enregistré. Et à défaut d'enregistrement, le contrat est nul. Quelles sont alors les conséquences de cette nullité?

La Cour de cassation vient de se prononcer sur la question dans une affaire où, après la rupture de son contrat d'apprentissage, une apprentie avait demandé à obtenir la nullité de son contrat pour défaut d'enregistrement et sa requalification en contrat à durée déterminée (C.D.D.). Confrontés à la nullité du contrat d'apprentissage, les magistrats ont par le passé admis que ce contrat soit requalifié en C.D.D. lorsque la relation se poursuit malgré le défaut d'enregistrement. Mais aujourd'hui, la Cour de cassation fait marche arrière en refusant la demande de requalification en CDD du contrat d'apprentissage nul. En revanche, elle permet à l'apprentie concernée d'obtenir un rappel de salaire. Pour les juges, celle-ci a en effet droit au paiement des heures travaillées non plus au tarif de l'apprentissage (c'est-à-dire selon un pourcentage du Smic) mais sur la base du Smic ou du salaire minimum prévu par la convention collective. À noter : la nullité du contrat d'apprentissage entraîne aussi pour l'employeur la nécessité de payer les charges sociales afférentes aux salaires perçus par la salariée. En effet, si l'employeur peut en principe bénéficier d'exonérations de charges sociales pour les rémunérations versées aux apprentis, celles-ci supposent que le contrat d'apprentissage soit valable. Cassation sociale, 28 mai 2008, n° 06-44237.

malien manque de cohérence dans la terminologie employée tantôt c'est « présumé » L.21 pour les C.D.I, tantôt c'est « considéré ». Mais la finalité des termes utilisés donne le même résultat qui est la requalification du contrat de travail en durée indéterminée.

On rappelle qu'il n'y a pas d'obligation d'adaptation ou de transposition du droit français en droit malien. On n'est pas dans le cas d'une transposition du droit communautaire dans la législation nationale. Mais en tant qu'ancienne colonie française les textes maliens prévoient comme on vient de le dire, des régimes de sanctions identiques ¹à ce qui est prévu en France à travers un mécanisme « de faire comme »².

44. Au niveau du Projet de l'Acte Unique de droit du travail en Afrique de l'Ouest, l'OHADA, le verbe « réputer » est reproduit dans son article 63 qui énonce que « le contrat d'apprentissage doit obligatoirement être passé par écrit, à défaut du respect de ces règles, le contrat est réputé comme étant un contrat à durée indéterminée ». C'est une reprise du terme employé par le droit français. Pourrait-on dire que le Mali doit transposer l'Acte Unique du projet de Réforme du droit travail Ouest Africain ? Quand on regarde le droit communautaire européen qui est transposé en droit français, au niveau africain, cela doit se faire aussi pour uniformiser les législations en vue de faciliter la libre circulation des capitaux et de la main d'œuvre.

45. Malgré la différence dans l'emploi des termes « réputé » et « présumé » il ne paraît pas qu'il ait de « grande différence » dans la nature de sanction à travers de la jurisprudence française (sociale du 30 novembre 2004) et malienne (tribunal du travail de Bamako du 26 août 2006)³. En espèce, en France dans l'arrêt de la chambre sociale du 30 novembre 2004, une personne a été engagée

¹ V.infra ; introduction

² Cf, section si l'application des critères de la cause réelle et sérieuse du licenciement au Mali, a cet effet, malgré qu'on continue à qualifier les licenciement illégitimes de licenciements abusifs sanctionnés par l'octroi de dommages-intérêt, le droit malien fait appliquer les mêmes critères de licenciement sans cause réelle et sérieuse prévues par le Code du travail français issu de la loi d'après 1973 sur le régime de ces licenciements illégitimes.

³ V. référence ci dessous

dans une société hippique avec un contrat emploi solidarité de 6 mois. A l'issue de ce contrat, cette personne a continué à exercer sa fonction pour le même employeur sans qu'aucun contrat écrit ne soit rédigé, même s'il était déclaré à l'Etat comme bénéficiant d'un contrat emploi solidarité (C.E.S.), ce qui était d'ailleurs inscrit sur son bulletin de salaire. Par la suite, un contrat emploi consolidé (C.E.C.), un C.D.D., puis un second C.E.C. ont été signés, deuxième CEC à la fin duquel leurs relations ont pris fin. Le salarié estime que la rupture est abusive et prétend qu'il est titulaire d'un C.D.I. ouvrant droit à un rappel de salaire pour heures supplémentaires. Etait-ce bien un C.D.I ? Les juges décident que la seule constatation d'un défaut d'écrit permet la requalification d'un C.D.D en C.D.I.¹.

Ainsi, aux termes de l'article L.1245-1 du Code du travail, tout contrat à durée déterminée qui ne respecte pas l'ensemble de la réglementation imposée pour ces contrats est réputé à durée indéterminée. Le renvoi de cet article confirme que les contrats aidés (C.E.S, C.E.C.) sont soumis au régime général de droit commun des contrats à durée déterminée, à l'exception des clauses dérogatoires (cas de recours, durée du contrat, renouvellement, possibilité de recours sur emploi permanent dans l'entreprise,...)². Ainsi, en l'espèce, les deux CES et le CEC à durée déterminée renouvelés à deux reprises sont requalifiés à titre de sanction en application de l'article L. 1245-1 du Code du travail en un contrat unique de travail à durée indéterminée. La rupture du contrat s'analyse en un licenciement avec les indemnités correspondantes. Cette hypothèse est très importante car elle peut s'appliquer à tous les contrats qui associent travail et réinsertion professionnelle tels que par exemple, les contrats d'avenir et les contrats d'accompagnement dans l'emploi.

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 30 novembre 2004, pourvoi n°01-45613, Mme X contre Centre de loisirs éducatifs de Digoïn.

² Toutefois ces contrats aidés peuvent être rompus par le salarié s'il justifie d'une embauche par contrat à durée indéterminée. En outre il peuvent être rompu à l'expiration de chacune des périodes annuelles de son exécution, à l'initiative du salarié, sous réserve d'un préavis de deux semaines, ou de l'employeur s'il justifie d'une cause réelle et sérieuse, Frank PETIT, Droit de l'emploi, Montchrestien, 2005 , p 165 .

46. La même solution est illustrée par un jugement du tribunal du travail de Bamako (Mali) du 26 août 2006 au sujet d'un contrat d'apprentissage ¹. Dans ce jugement, un salarié monsieur Mohamed BAH a été engagé en qualité d'apprenti par Bina BORE, mais son engagement n'a pas été contracté par écrit. Ce salarié saisit le tribunal du travail de Bamako pour contester son congédiement. Son conseil plaide au tribunal le caractère abusif de son licenciement. La question soulevée était de savoir, si on peut licencier un salarié qui ne prouve pas que son contrat soit un contrat à durée indéterminée ?

Sur le fondement de l'article L.7 du Code du travail, le tribunal répond que le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit, qu'à défaut le contrat est considéré comme un contrat de travail à durée indéterminée.

Malgré ces similitudes de définitions le constat sur le terrain reste mitigé au Mali. Concernant l'effectivité de cette requalification, le marché du travail au Mali reste un secteur informel dont on peut constater des défaillances dans l'application du droit². Les relations du travail correspondent aux réalités africaines dans la mesure où il déborde le cadre étroit des salariés du secteur moderne. Au Mali la majeure partie des entreprises sont des entreprises familiales. Ces entités appartiennent à une personne physique (à un membre de la famille) qui emploie en majorité des membres de sa famille ; soit un frère ou une sœur, soit un cousin. Les salariés de ces entreprises sont souvent employés sans contrat de travail. C'est dire que les relations du travail ne sont pas formalisées

¹ N236 RG, N398 JGT tribunal du travail de Bamako du 26 août 2006.

² La définition internationale du « secteur informel » adoptée en 1993.

La 15^{ème} Conférence Internationale des Statisticiens du Travail de 1993 visait à proposer une définition statistique – opérationnelle - d'un phénomène largement discuté par la littérature économique et supposé représenter une part importante et croissante de l'emploi dans les pays en développement (d'où l'intérêt de sa mesure).

Synthétisant les résultats des réflexions antérieures, la Conférence (BIT, 1993a et b) rappelle que le secteur informel se caractérise d'une façon générale « comme un ensemble d'unités produisant des biens et des services en vue principalement de créer des emplois et des revenus pour les personnes concernées. Ces unités, ayant un faible niveau d'organisation, opèrent à petite échelle et de manière spécifique, avec peu ou pas de division entre le travail et le capital en tant que facteurs de production. Les relations de travail, lorsqu'elles existent, sont surtout fondées sur l'emploi occasionnel, les relations de parenté ou les relations personnelles et sociales plutôt que sur des accords contractuels comportant des garanties en bonne et due forme».

par un écrit. A cet effet, la plus part des différends sont réglés en famille. Comme on le dit au Mali « le linge sale se lave en famille ». Dans ce contexte le juge apparaît comme un élément d'extérieur à la résolution du différend.

47. Il faut reconnaître que les réalités humaines l'emportent souvent sur les constructions juridiques, celles-ci devenant des mécanismes morts si elles sont délaissées ou négligées par les milieux intéressés. Les pratiques spontanément suivies, les règles de conduite adoptées ne constituent - elles pas déjà du droit vivant ?¹ Tout en se gardant d'apporter à cette question une réponse affirmative, on peut penser que le droit du travail est un droit de ceux où les réactions du milieu social tiennent une grande place. Contrairement au droit civil qui a un champ d'application général (c'est dire s'applique à tout le monde), le droit du travail est celui d'un milieu.

Ce décalage du droit par rapport aux réalités sociales, qu'on pourrait constater en bien dans ce domaine, est particulièrement apparent en Afrique pour le droit du travail. Des facteurs propres à la société africaine contemporaine qui soumettent l'application à des pratiques déformantes qui donnent aux relations du travail une physionomie différente de celle à laquelle on aurait pu s'attendre à la suite d'une simple analyse des règles juridiques.

Dans ce même secteur informel se rattachent des employés de maison qu'on appelle des « boys et des bonnes » qui relèvent théoriquement du décret n° 96-178/P-RM, du 13 juin 1996 portant application de diverses dispositions de la loi n° 92-20 du 23 Septembre 1992 portant Code du travail. En effet, est considéré comme personnel de maison tout travailleur employé au domicile privé de l'employeur pour y effectuer tout ou partie de tâches de caractère familial et ménager (C.trav. D.86-1). A ce titre le contrat à durée déterminée fait obligatoirement l'objet d'un écrit établi en trois exemplaires. Si sa durée est supérieure à trois mois, un des exemplaires du contrat est déposé à l'inspection

¹ Evolution et particularisme du travail en Afrique occidentale par le professeur Carbonnier op.cit, p.193

du travail. Lorsque les parties poursuivent, sans opposition de l'une ou de l'autre, l'exécution du contrat au-delà du terme prévu, le contrat devient un contrat à durée indéterminée (l'article D.86-5).

48. Sont concernés par ces textes, les employés domestiques qui travaillent presque 24h sur 24h avec de brefs coupures. Ils doivent répondre au besoin du chef de famille à chaque fois qu'il fait appel à eux. Ils sont rémunérés en fin de mois.

Ils sont bien des travailleurs à travers la définition donnée par le Code travail du Mali. Selon l'art L.1 de la loi n°92-020 de septembre 1992 : « est considéré comme travailleur toute personne en activité professionnelle contre rémunération sous l'autorité d'une autre personne appelée employeur à l'exception des fonctionnaires, des magistrats et des membres de forces armées »¹.

Mais ils n'ont ni document matérialisant la réalité du contrat de travail, ni de bulletin de salaire et aussi, au Mali, ces catégories de salariés ne sont pas immatriculées à la sécurité sociale. La question de requalification n'est pas posée. Ils ne bénéficient d'aucune protection. Normalement cette catégorie de salarié doit bénéficier de la protection du décret, mais c'est la pratique générale de la population qui la soustrait de cette protection. En France on peut qualifier cette situation de travail dissimulé². Car ils peuvent être congédiés à tout moment sans respect des règles de droit du licenciement.

49. Il est vrai que le Code du travail s'applique théoriquement à tout travail salarié. Mais le formalisme excessif imposé par des textes inadaptés au contexte africain, ajouté à l'insuffisance notoire des administrations du travail sur le plan logistique et organisationnel, ont eu pour conséquence que l'essentiel du monde du travail échappe en pratique à la législation du travail. De ce fait, le secteur

¹ Définition du contrat de travail. Voir plus supra

² V. infra sur les sanctions pénales du travail dissimulé.

informel reste une zone dominée parce que les sociologues du droit appellent l'infra droit, c'est-à-dire un droit déprécié.

En réalité, ceci est le produit d'une compétition sourde entre le Code du travail, les coutumes et les usages. Il y a comme un effet de glissement imperceptible mais progressif du droit moderne vers le secteur informel et un retrait parallèle du droit traditionnel vers des microsociétés rurales marginalisées par le processus de modernisation économique.

50. Les acteurs (travailleurs et employeurs) se sentent en effet tellement en dehors du champ de compétence du Code du travail que les quelques infiltrations du droit moderne ne peuvent apparaître que comme quelque chose d'exceptionnel. Les quelques dispositions du Code travail qui s'infiltrèrent dans le secteur non structuré sont tellement détachées de leurs sources, tellement dégénérées pour pouvoir se greffer aux usages en vigueur dans ces professions, qu'elles perdent beaucoup de leur substance.

En outre, les salariés du secteur informel ne saisissent pas les juridictions pour une demande de requalification de contrat de travail. Dans la plupart des cas c'est l'emprise de la famille sur les relations de travail. Pour ces salariés la demande de requalification serait un acte d'ingratitude à l'égard du membre la famille qui leurs a trouvés du travail. Ils ne signent un contrat de travail que si un problème de protection sociale se pose lors d'une déclaration de maladie ou de demande d'allocation à l'occasion de la naissance d'un enfant. Il faut dire que les contrôles des services de sécurité sociale sont quasi inexistantes sur le terrain.

En plus, la précarisation du travail avec la généralisation des contrats à durée déterminée, la flexibilisation des horaires de travail et des procédures de licenciement ont entraîné une insécurité, de telle sorte que le salarié est plus préoccupé par le maintien de son emploi que par l'aspiration à de meilleures conditions de travail.

2) - Concernant les mentions obligatoires : l'article L.1245-1 du Code du travail français pose des exigences pour ce qui sont la précision de l'objet et le motif du contrat, la date du terme ou la durée minimale du contrat, la désignation de l'emploi, le nom et la qualification du salarié remplacé, convention collective applicable, la durée de la période s'essai éventuelle de renouvellement.

51. L'omission de ces mentions obligatoires justifie, comme l'absence d'écrit, la requalification de contrat de travail¹. Aussi, le même Code pose-t-il la sanction de l'omission de l'une des mentions prévues par l'article L. 1242-12 du Code du travail. A cet effet, La Cour de cassation a rendu sur ce point deux arrêts du 6 mai 1997² et du 20 mai 1997³, à propos respectivement d'un contrat de remplacement et d'un contrat d'usage. Selon ce dernier arrêt, l'écrit doit comporter la définition précise de son motif, ainsi que les autres mentions légales, « à défaut de quoi, il est réputé conclu à durée indéterminée ».

Deux arguments peuvent être invoqués à l'appui de cette solution :

- la jurisprudence antérieure à la loi du 12 juillet 1990 avait déjà assimilé les mentions obligatoires au défaut d'écrit ;
- le formalisme du contrat à durée déterminée est un formalisme de protection du salarié. Il est donc conforme à l'esprit du texte de retenir la sanction la plus favorable au salarié - la requalification en contrat à durée indéterminée - en cas d'inobservation des règles de forme du contrat. Il est cependant à noter que la protection serait particulièrement forte dans cette hypothèse, la requalification ne pourrait être invoquée que par le seul salarié.

52. La différence entre le droit malien et le droit français se situe au niveau de l'application du Code travail. En effet le juge français exige que le contrat du

¹ Cass. Soc. 19 nov. 1987, B. V n° 656, L'énunciation précise du motif exigée par l'art. L. 122-3-1 [L. 1242-12 nouv.] fixe les limites du litige au cas où la qualification du contrat se trouve contestée ; Cass. Soc. 4 déc. 1996, B. V n°415.

² Droit social 1997, p. 922 et s., note C. ROY – LOUSTAUNAU)

³ Sem. Soc. Lamy n° 842, p. 10

salarié comporte les obligations posées par le Code du travail. Précisément le 18 janvier 1995 elle a indiqué que : « à défaut pour l'employeur de fournir la moindre indication sur la spécificité des travaux qui commandaient un renfort ponctuel et temporaire de personnel pour palier des circonstances passagères, le contrat de travail ne satisfait aux exigences de l'article L.4154-1 et devait être requalifié en contrat à durée indéterminée ». Donc le contrat de travail à durée déterminée devait contenir des termes précis et clairs pour informer le salarié des tâches qui devraient lui être confiées.

53. Lorsque le juge prononce la requalification, (l'ancien l'art L122-3-13) lui fait obligation d'accorder, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire¹. Dans un arrêt de principe en date du 19 janvier 1999, la chambre sociale affirme que le juge doit d'office condamner l'employeur à payer cette indemnité. Ce point de droit doit inspirer le juge malien. Cela permettra d'éviter l'exploitation incessante des travailleurs maliens. Parce que souvent dans ce pays, les salariés sont employés sans aucun contrat de travail (voir plus haut sur le caractère informel des relations du travail). Au Mali, il existe peu de jurisprudence sur cette demande de requalification. Cela s'explique par la méfiance des salariés à l'égard de la justice. A ce sujet selon le témoignage d'un Inspecteur de travail : « les demandes en justice au Mali sont généralement indemnitaires. C'est dire on va en justice pour avoir de l'argent et non pour envisager un retour dans l'entreprise ».

3) Contrat de remplacement²; Le contrat de remplacement a été conçu par le législateur de manière souple afin de permettre à l'employeur une gestion rationnelle de ses effectifs. Ainsi a-t-il prévu des aménagements spécifiques sur le terme, la durée et les renouvellements (1). Mais cette souplesse ne saurait

¹ Voir infra sur la réparation

² Ch. soc. 9 mars 2005, Société GSF Pluton c/ Mme X, n° de pourvoi : 02-44927

autoriser l'employeur, par le biais d'une succession de contrats de remplacement, à pourvoir à des emplois permanents de l'entreprise (2).

54. Le remplacement (articles L 1242-2 du Code du travail) recouvre une gamme de situations où le salarié est absent ou en suspension de son contrat: arrêt maladie, maternité, congé-formation, congés payés... Il peut s'agir aussi du passage provisoire à temps partiel, du départ définitif précédant la suppression d'un poste de travail, de l'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer.

Le terme du contrat: en effet, si le contrat de travail doit comporter un terme précis, dans certains secteurs d'activité et pour certains emplois, il est d'usage de ne pas recourir aux contrats à durée indéterminée. Cette pratique est entérinée par les articles L.1242-2 .3° du nouveau Code, dans la mesure où l'usage est constant. Mais les secteurs visés sont limitativement énumérés par les articles D 121-2 de l'ancien Code du travail et D 1242-1.6° du nouveau Code¹. Ils peuvent être déterminés par une convention ou un accord collectif étendu, mais souvent avec des restrictions². Tous les emplois d'un même secteur ne sont pas visés. En effet, il résulte de L.1242-2.3° que trois conditions cumulatives sont exigées pour conclure un contrat à durée déterminée d'usage. En premier lieu, la relation de travail doit être nouée dans le cadre des secteurs d'activités prévus soit par décret, soit par convention ou accord collectif de travail étendu. C'est l'activité principale de l'entreprise, et non la fonction du salarié, qui doit relever des secteurs d'activité ainsi définis. Cette première condition, on peut le trouver dans le secteur de l'audiovisuel conformément au décret D.1242-1 du Code du français du travail³. Mais le fait qu'un secteur d'activité figure dans la liste légale ne suffit pas lui seul pour autoriser la conclusion d'un contrat à durée déterminée d'usage. L'employeur doit en second lieu prouver qu'il existe un

¹ La semaine –juridique-édition social n°49.6décembre 2001, p.28 ; B.BOSSU

² Ch. soc. 15 février 2006 INFREP c/ M. X - n° de pourvoi : 04-41015)

³ V, article B.BOSSU précité, p.29 Décision du 15 septembre 2011

usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. L'existence de cet usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité ; il ne peut s'agir d'un usage propre à une activité. Le recours au contrat à durée déterminée d'usage suppose une troisième condition : la nature temporaire de l'emploi. Après avoir abandonné ce critère en 2003, la Cour de cassation pose de nouvelles conditions depuis que le juge doit vérifier le caractère temporaire de l'emploi occupé, ce qui suppose l'existence d'éléments concrets et précis¹.

Si la relation contractuelle se poursuit après échéance du terme, le contrat est soustrait à toute limitation de durée et le travailleur conserve l'ancienneté qu'il a accumulée jusqu'à ce moment (de même lorsqu'un contrat à durée est conclu ultérieurement).

II- les salariés maliens mieux protégés que ceux d'autres pays africains : exemple du Sénégal :

55. Comme en France, l'article L.22 du Code du travail malien prévoit le même principe limitant la conclusion du contrat de travail à durée déterminée pour occuper un poste permanent de l'entreprise. Cela étant, le Code du travail malien affiche une approche de protection à minima du salarié par une sanction de requalification de son contrat de travail. Ce qui conforte la position de la législation malienne dans la sous-région notamment vis-à-vis de certains de ses voisins en Afrique tel que le droit sénégalais. En effet aux termes de l'article L.20 du Code du travail malien : « le travailleur ne peut renouveler plus de deux fois un contrat à durée déterminée avec la même entreprise. La continuation des services en dehors du cas prévu à l'alinéa précédent constitue de plein droit de travail à durée indéterminée ». Les cas exclus sont :

- Au travailleur engagé à l'heure ou à la journée pour occupation de courte durée n'excédant pas une journée ;

¹ Cass.soc., 23 janv.2008, note F.Bousez et A.Maritnon ;RDT 2008,p.170,note G.Auzero.

- Au travailleur saisonnier engagé pour la durée d'une campagne agricole, industrielle ou artisanale ;
- Au travailleur engagé en complément d'effectif pour exécuter des travaux nés d'un surcroît d'activité de l'entreprise ;
- Au travailleur engagé pour assurer le remplacement provisoire d'un travailleur de l'entreprise en suspension légale de contrat de travail ;

Ce texte reste inchangé depuis sa rédaction de 1992 et les limites posées par ce texte sont assez restreintes.

Au Sénégal, on retrouve la même règle à l'article L.53 du Code du travail. Jusqu'en 1987, il résultait de ce texte que le contrat de travail à durée déterminée ne pouvait être conclu plus de deux fois avec les mêmes parties, ni renouvelé plus d'une fois. La sanction de cette règle substantielle était, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées, la conversion du contrat en contrat à durée indéterminée. L'objet de ce texte était de limiter considérablement les cas de recours aux C.D.D pour éviter le chômage et la précarisation des emplois.

56. Les tentatives d'abrogation de ce texte au Sénégal furent refusées par les syndicats de travailleurs car il était très protecteur des salariés. Mais les programmes de restructuration ont, invariablement, préconisé une plus grande flexibilité dans la gestion des droits des travailleurs et une libération des normes de travail. En plus de cela, les politiques d'ajustement ont, avant, ciblé l'emploi permanent consacré par l'art 35 du travail sénégalais¹. En 1987 une première tentative d'abrogation de ce texte fut rejetée par les syndicats. Les autorités durent alors se résoudre à ajouter des exceptions supplémentaires, amoindrissant la portée générale du texte et concernant, particulièrement, les travailleurs intérimaires et engagés pour surcroît d'activités.

¹ Reforme et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal, Moussa SAMB , afrilex 2000 ,p.4

Au surplus, toutes les entreprises agréées au bénéfice des dispositions du Code des investissements furent comme admise au régime dérogatoire à l'article L.35. La précarisation de l'emploi est ainsi, largement atteinte dans les années 1990. En effet ; il résultait des statistiques publiées par le ministère du travail sénégalais, en 1990, que sur 5126 contrats du travail conclus, 3153 étaient à durée déterminée. Soit 62,09%. La politique de précarisation du travail s'est poursuivie, au plan législatif, par la consécration dans le nouveau Code du travail de 1997 d'une nouvelle dérogation au principe posé par l'article 35 relatif aux entreprises qui « ont usage » de recourir à l'emploi temporaire, et dont la liste est établie par l'arrêté ministériel.

57. Le Mali a aussi connu le programme d'ajustement structurel. Ce programme visait à relancer l'économie des pays africains avec des mesures d'assainissement des finances publiques dans les années 1995. Donc le Mali était concerné par ce programme au même titre que le Sénégal, mais au Mali, on n'a pas dénaturé le Code du travail en défaveur du salarié comme au Sénégal. L'article L.20 du travail a été totalement épargné par des dérogations supplémentaires. Les limites existantes ont été fixées depuis la rédaction du texte. Malgré tout le programme d'ajustement structurel, le législateur malien est resté inflexible.

Le législateur malien se comporte comme le législateur français. En effet on remarque très souvent que le législateur intervient pour protéger la partie faible, c'est-à-dire le salarié. Contrairement au Sénégal, les différents changements de l'article L.35 montrent que le législateur sénégalais se soucie peu de la protection des salariés par rapport aux salariés de son voisin. Au Mali, on est intervenu pour renforcer cette protection. C'est l'exemple de plusieurs interventions successives du législateur.

L'ordonnance du 5 février 1982, devant la multiplication des contrats à durée déterminée, même pour les emplois normalement permanents et

ainsi « précarisés », a poursuivi un double objectif : d'une part limiter ces contrats aux emplois non permanents et limiter la durée ; d'autre part assurer aux salariés en C.D.D les mêmes garanties qu'aux salarié permanents (principe d'égalité de traitement).

58. Ainsi, le Mali, se rapproche t-il de la France par rapport à d'autres anciennes colonies. La même position protectrice est défendue par le législateur français. Devant la progression des contrats à durée déterminée (représentant plus de 2/3 des embauches le ministre français déposa un projet de loi limitant rigoureusement les cas de recours, ce qui incita le patronat à négocier l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 comportant de sensibles assouplissements par rapport au projet de loi et dont la validité est subordonnée à l'adoption des dispositions légales nécessaires à son application.

La loi du 12 juillet 1990 » favorisant la stabilité de l'emploi par l'adoption du régime des contrats précaires », a fixé des cas de recours, restreint les durées autorisées et renforce les garanties pour les salariés, revenant largement à l'esprit de l'ordonnance de 1982 mais avec plus de souplesse.

La loi du 17 janvier 2002 dite de modernisation sociale apporte des retouches aux dispositifs dans le but de renforcer l'encadrement du recours au travail précaire, de prévenir les abus et d'accorder aux salariés quelques droits supplémentaires.

B- la sanction du non-respect des conditions de fond :

59. En France l'article L. 1242-2 du Code du travail précise les cas de conclusion d'un C.D.D. Ceux-ci sont limitativement énumérés par la loi afin d'éviter toute fraude de la part des employeurs. Il faut toujours préciser dans le contrat de travail le cas de recours et le terme fixé dans le contrat. Il convient donc d'étudier les conditions d'ouverture de tels contrats. Il faut avant tout propos préciser néanmoins que par un arrêt du 23 janvier 2008, la chambre sociale a

précisé que le C.D.D ne peut comporter qu'un seul motif. C'est-à-dire que les juges raisonnent suivant le fonctionnement du motif.

- Le C.D.D de remplacement

L'article L.1242-2 prévoit que l'on peut avoir recours au C.D.D en cas de remplacement d'un salarié par un autre, mais là encore la réglementation est précise. Selon une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation, « l'entreprise ne peut pas utiliser le C.D.D pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre ». Dans un célèbre arrêt nommé l'arrêt ASF, un employé par C.D.D avait alors pour fonction de remplacer tous les agents en arrêt maladie. Un tel contrat emporte donc la requalification sanction du C.D.D en C.D.I, que nous étudierons par la suite. Nous voyons bien ici l'intérêt de recourir à des termes précis pour encadrer le C.D.D de remplacement. Les juges de la chambre sociale ne s'y trompent pas car, la loi ne pouvant tout prévoir, c'est bien souvent à eux que revient cette charge de définition.

60. Pourquoi pas un C.D.I de remplacement? Certains auteurs ont défendu une telle création qui selon eux parviendrait à légaliser une situation bien courante, même s'elle est illégale. Il ne faut pourtant pas s'y tromper, un tel CDI laisse néanmoins apparaître des zones d'ombre avec des questions non encore résolues, comme la fonction du salarié remplaçant lorsque l'effectif de l'entreprise est au complet.

- Le C.D.D d'accroissement temporaire de l'activité ;

Ici, il s'agit d'un C.D.D conclu en fonction des besoins de l'entreprise. On parle alors d'accroissement d'activité et du caractère temporaire de cet accroissement. Le juge devra donc s'en tenir respectivement à ces deux critères essentiels à la qualification du contrat.

- Le CDD à caractère saisonnier :

La Cour de cassation a défini le caractère saisonnier d'un emploi comme l'application de tâches normalement appelées à se répéter annuellement à des dates à peu près fixes en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs. Il ne faut en aucun cas ici lier le caractère saisonnier du travail du salarié avec celui de l'activité de l'entreprise. Ainsi dans un arrêt de la chambre sociale du 5 décembre 2007, la chambre sociale a retenu que la société Jacques FOURNIL, producteur de produits surgelés, n'a pas d'activité saisonnière. Dans ce cas, il faut donc recourir au caractère d'accroissement temporaire de l'activité. On voit donc que les qualifications sont bien souvent très proches l'une de l'autre, mais qu'il ne faut pas pour autant qualifier le contrat à la légère sous peine de voir le contrat requalifié par les tribunaux.

Un arrêt du 21 janvier 1991, nommé « Institut Marin », a qualifié le contrat d'ensemble à durée indéterminée pour un employé qui embauche en CDD travaillé pendant toute la période d'ouverture d'un snack l'été. Le caractère temporaire de l'activité est donc apprécié en fonction de la période d'ouverture de l'entreprise et de la tâche affectée au salarié.

- Le CDD employé dans certains secteurs particuliers d'activité définis par décret :

Un décret codifié à l'article D.1242-1 vient de permettre de recourir au CDD dans certaines activités où il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois. Il faut donc procéder à la vérification de ces trois éléments : caractère temporaire, usage constant et nature de l'activité. Selon un arrêt du 23 janvier 2008 (PBR) influencé par la Cour de justice des communautés européennes (actuelle C.J.U.E) du 4 juillet 2006, il est mis un fort accent sur le contrôle du caractère temporaire de l'activité. En effet, un arrêt de 2003 avait semé le doute en précisant que le juge ne devait contrôler que l'existence de l'usage. La Cour de cassation réunie en chambre sociale a donc rétabli toutes les

conditions d'applications de ce texte et l'office de contrôle du juge de chaque point.

61. Le recours au CDD reste toutefois interdit pour les travaux dangereux (L.1242-6 et D.1242-4) ou pour remplacer un salarié lors d'un conflit collectif du travail comme le stipule L.1242-14 du Code du travail : « en aucun cas, le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir pour objet le remplacement d'un salarié dont le contrat est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail » il semble qu'un tel contrat de remplacement ne soit pas admissible si l'on se réfère au but poursuivi par le législateur(ne pas utiliser les contrats à durée déterminée pour faire échec à un mouvement de grève). Ces deux interdictions ne supportent aucune exception.

A côté des deux précédentes interdictions « absolues », on trouve deux autres interdictions qui ont, au contraire, un caractère provisoire et qui supportent des exceptions. Selon L.1234-14, un employeur ne peut pas immédiatement conclure un nouveau contrat à durée déterminée pour occuper le poste du salarié dont le contrat à durée déterminée vient de prendre fin¹. Pour qu'un nouveau contrat à durée déterminée puisse être conclu, il faut qu'il se soit écoulé depuis l'expiration du précédent contrat à durée déterminée une période égale au tiers de la durée de ce contrat. Si le premier contrat à durée déterminée a une durée de six mois, l'employeur pourra pourvoir, deux mois après l'échéance de ce contrat, le poste du salarié dont le contrat a pris fin. Cette interdiction a pour but d'éviter que par le biais de recrutements successifs, un employeur précarise un emploi permanent ou du moins de longue durée. L'interdiction est levée lorsque le premier contrat à durée déterminée a été rompu par le salarié avant l'échéance du terme ou lorsque le contrat à durée déterminée est arrivé à échéance, le salarié a refusé le renouvellement de son contrat (L.1244-4 du Code du travail). Elle l'est également lorsque le contrat à durée déterminée qui vient de se

¹ Droit du travail 16^e édition, feu G LYONCAEN ET J.PELISSIER. Précis Dalloz p.181.

terminer était soit un emploi saisonnier, soit pour tenir un emploi temporaire dans un secteur d'activité où il est usage de recourir aux contrats à durée déterminée, soit enfin de remplacer un travailleur absent. Dans ce dernier cas, l'interdiction n'est cependant levée qu'en cas de « nouvelle absence » du salarié remplacé¹. Encore l'autre interdiction concerne la conclusion de contrat à durée déterminée pour remplacer un poste ayant fait l'objet d'un licenciement économique dans les six mois. Mais cette interdiction comporte aussi des limites².

62. Enfin, il existe une interdiction formulée de façon plus générale dont l'application laisse une large place à l'appréciation des tribunaux. L'accord national interprofessionnel (la loi du 12 juillet 1990 dans l'art L1242-1) prévoit expressément que « les contrats de travail à durée déterminée ne peuvent avoir, ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement des emplois liées à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». En d'autres termes, il ne suffit plus d'apprécier pour chaque contrat pris isolément si les règles de conclusion des contrats à durée déterminée sont respectées ; il faut également vérifier si dans l'entreprise, le recours à ces contrats n'est pas, par sa permanence, une violation des principes directeurs de la loi et de l'accord, entraînant les sanctions de conclusions irrégulières de contrat à durée déterminée³.

On retrouve ces cas d'interdiction de conclure des contrats à durée déterminée cités par le droit français dans le Code du travail au Mali. C'est ainsi que le législateur malien est intervenu avec plusieurs textes pour illustrer cette interdiction.

¹ La Cour de cassation ne tenait cependant pas compte de cette limitation concernant l'exigence d'une nouvelle absence. :soc. 26 févr 1991, bull.v.,n°96

² L'article L. 12262-1, cette interdiction ne s'applique pas lorsque la durée du contrat n'excède pas trois mois ou lorsque le contrat est à la survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation.

³ Le préambule de l'accord précise que le recours aux contrats à durée déterminée ne doit pas avoir « pour objet de maintenir un volume permanent d'emploi non permanent ».

Ainsi il est interdit de faire recours à des contrats à durée déterminée pour occuper des postes permanents de l'entreprise. Comme le stipule L22 du Code travail du Mali : « le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normal et permanent de l'entreprise ».

63. En outre dans la logique des mêmes sanctions applicables L.21 nous dit que : « le contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu pour une durée supérieure à deux ans ».

Quant à l'article L.23 du Code du travail du Mali, il interdit de recourir à un contrat à durée déterminée dans les six mois qui suivent un licenciement pour motif économique en ce qui concerne les postes supprimés à la suite de ce licenciement, sauf si la durée du contrat n'excède pas trois mois.

Paragraphe II : Les conséquences de la sanction de requalification du contrat de travail

64. il est question de s'intéresser dans ce cadre à l'étude des conséquences non indemnitaires¹. De ce fait, deux conséquences peuvent être déduites de la requalification. La première est la transformation du contrat à durée déterminée par exemple (I) quant à la seconde, elle est liée à la problématique de cette qualification du contrat (II). L'évolution combinée des textes et des jurisprudences sur la sanction de l'obligation d'un contrat écrit mentionnant les éléments caractéristiques de la relation du travail revêt plusieurs significations. On peut y voir tout d'abord, le signe du lien qui unit désormais la forme d'un contrat écrit comportant certaines mentions et la substance du droit en la matière. En effet, comme le souligne le Professeur VERICEL, la requalification du contrat se justifie « dans la mesure où l'inobservation de la règle de forme

¹ V ; chapitre sur la réparation notamment la requalification du contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée donne droit au salarié à une indemnité de requalification. En plus de cette sanction L.152-1-3 du Code du travail prévoient que la violation d'utilisation commise par l'employeur expose également celui-ci à des sanctions pénales.

empêche de vérifier le respect de la règle de fond ». C'est-à-dire des conditions auxquelles est subordonnée la conclusion d'un tel contrat¹. Mais au-delà de la fonction traditionnelle de protection du consentement assignée au formalisme, l'évolution de la mise à jour relève plus profondément de l'émergence en droit du travail d'une exigence de transparence de la relation du travail. Cette transparence ne suggère pas seulement que le salarié ait connaissance des termes du contrat ; elle encadre également les prérogatives de l'employeur en limitant les risques d'arbitraire dans leur exercice. La transparence des termes du contrat ne saurait en effet se résumer aux seules fonctions de contrôle du respect des règles et d'information du salarié². La conséquence du non-respect de ces conditions de forme et des conditions de fond illustrées plus haut est la « transformation » du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et aussi comme une mesure de « rétorsion empêchant » le salarié de saisir le juge. En outre, à travers l'effectivité de l'application de cette sanction, on retrouve d'autres conséquences de la requalification au mali et en France.

A- Les effets transformatifs de la requalification

65. Les effets de la requalification du CDD en CDI vont aussi bien pour le droit français que pour le droit malien du travail. Cela s'explique par le fait que les deux législations posent la requalification comme sanction de principe. Le Code du travail français dans les l'art L4154-1, et le Code du travail malien dans l'article L21 du Code du travail nous donnent le fondement de la transformation du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée³.

Selon monsieur ALAPHIPPE, « traditionnellement, le droit du travail envisage la requalification du C.D.D en C.D.I comme la sanction infligée à l'employeur

¹ « Le formalisme dans le contrat de travail », Dr. Soc. 1983, 818, sp. p.823. V. également le Professeur A.LYON-CAEN, Dr. Soc. 1983, n°24 et ss, p.15.

² La sanction civile en droit du travail, Mme Manuela GREVY, précité, p.272,

³ V. supra les textes des deux Codes du travail cité en effet les domaines de la requalification au paragraphe, section I) de ce chapitre.

qui engage le salarié sous contrat précaire sans respecter le formalisme imposé ou hors des hypothèses autorisées par la loi¹. Suivant cette conception, l'employeur ne peut prétendre à la requalification »². Dès lors, la jurisprudence met donc le salarié dans une position de supériorité à celle de son employeur puisque seul celui-ci dispose du droit d'agir en requalification de son contrat.

Ainsi, le salarié tire des avantages indéniables de cette requalification. En effet, il est tout d'abord titulaire d'un contrat à durée indéterminée ce qui lui permet, si son contrat n'a pas été rompu, de poursuivre sa relation de travail dans l'entreprise et ce pour une durée non-fixée contrairement à l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée. Si le salarié continue au même poste après l'arrivée du terme ou la fin du renouvellement, le contrat deviendra à durée indéterminée.

Toute rupture ultérieure revêt la forme d'un licenciement³. Evidemment le salarié est le premier affecté par la précarité injustifiée de son contrat. A sa demande, le contrat sera réputé à durée indéterminée⁴. La requalification n'entraîne pas sa réintégration dans l'entreprise, si la relation de travail a cessé. Mais, ce qui était faussement arrivé à terme, devient un licenciement sans motif réel et sérieux ni respect de la procédure...en cas de poursuite de la relation du travail, l'employeur peut prendre l'initiative d'engager une procédure de licenciement qui, à défaut d'atteinte à une liberté fondamentale, n'est pas entaché de nullité.

66. Dès 1986, la Cour de cassation a considéré « que l'employeur n'ayant pas justifié la rupture du contrat de travail par la seule échéance de son terme prétendu, le Conseil de Prud'hommes, qui a exactement retenu que le contrat était à durée indéterminée, a décidé à bon droit que la rupture était abusive et a

¹ V ; supra sur le non respect des conditions de forme et de fond de la conclusion du CDD.

² P.ALAPHILIPPE, contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur, D2000,JP.30

³ Le droit du travail en France, Denis GATUMEL, éditions Francis Lefebvre. p. 159

⁴ Art L122-3-13 alinéa 1^{er} du Code du travail. V. en cas de renouvellement d'un CDD alors que l'emploi est devenu permanent, Cass.soc., 29oct 1996,RJS 12/96 ,n°1236

souverainement évalué le préjudice...»¹. Ainsi que le relève le professeur Jean SAVATIER, « la chambre sociale dans l'arrêt du 13 novembre 1986 tire deux conséquences de la requalification du contrat : l'exigence d'un préavis avant la rupture (le contrat étant réputé à durée indéterminée) et le caractère abusif de la rupture à l'arrivée du terme convenu »².

Cette jurisprudence est confirmée par la Chambre sociale dans un arrêt du 13 mars 2001. La salariée avait été recrutée sous contrat à durée déterminée, et avait obtenu de la juridiction prud'homale la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Elle n'avait pas été maintenue dans l'entreprise.

Naturellement, et par hypothèse, la rupture décidée par l'employeur, au seul motif de la venue à son terme du contrat à durée déterminée, s'analyse, par l'effet de la requalification de ce contrat en contrat à durée indéterminée, en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Doit-on pour autant en déduire qu'un tel licenciement doit être frappé de nullité avec, pour conséquence, l'obligation d'ordonner, au cas où le salarié le demande, la poursuite des relations contractuelles ? À l'évidence, le recours aux seules dispositions de l'article L1245-1 du Code du travail ne permet en aucune façon de tirer pareille conclusion, et ce texte, contrairement à ce qui est prétendu, ne confère pas au juge le pouvoir d'ordonner la poursuite de la relation de travail interrompue sans motif légitime. En réalité, comme le relève la Cour d'appel, aucun texte ne prévoit la nullité du licenciement survenu dans de telles circonstances, ni la réintégration, sur sa demande, du salarié congédié. Or, la Chambre sociale décide habituellement que de telles décisions ne peuvent être prises que lorsque la loi le prévoit expressément (à tout le moins, lorsqu'elle

¹ Cass.soc, 20 novembre 1986, soc.13 novembre 1986

² La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », note J. SAVATIER, Droit Social, n°5mai 1987,P 407

prévoit la nullité du licenciement), et ne sauraient être par conséquent ordonnées par le juge en l'absence de texte l'y autorisant.

67. Et ce principe doit semble-t-il être ici appliqué, même si on peut ne pas être insensible à la thèse défendue par la salariée, selon laquelle l'employeur qui lui a signifié tout à la fois (de façon quasiment concomitante) la requalification de son contrat de travail en un contrat à durée indéterminée, et son licenciement en raison de l'achèvement de sa mission temporaire, a en quelque sorte détourné la loi de sa finalité, et a commis d'une manière la voie de fait.

C'est en tout cas, ce que soutenait le pourvoi en faisant valoir que l'utilisation par l'employeur de la procédure légale de licenciement comme un moyen de mettre fin à un contrat à durée déterminée requalifié en contrat à durée indéterminée, et comme un instrument de refus d'exécution du jugement de requalification ou une mesure de sanction à raison de l'action en justice engagée par les salariées constituait un trouble manifestement illicite dont le salarié était en droit de demander la cessation par une remise en état.

Néanmoins, et même si l'on souhaitait s'affranchir de l'absence de support textuel pour s'engager dans la voie suggérée par le pourvoi, il paraîtrait extrêmement délicat de distinguer et d'isoler particulièrement une telle situation, qui s'apparente probablement à la plupart de celles rencontrées dans un tel contexte (sauf, peut-être pour ce qui concerne l'indication du motif précis de licenciement), et il semble ainsi difficile de suivre la thèse proposée sans créer - de façon purement prétorienne -, un véritable droit à réintégration des salariés à contrat durée déterminée dont le contrat de travail requalifié a été rompu par l'employeur en raison de la seule survenance de son terme. Il est à noter enfin que le moyen selon lequel le licenciement prononcé dans de telles circonstances constituerait en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice engagée par la salariée, s'il s'inspire manifestement, et assez habilement, des dispositions de l'article L.1144-3 du Code du travail, ne peut pas trouver de

fondement légal dans ce texte dont le domaine d'application se limite aux dispositions du Code du travail relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

68. Surtout en ce qui concerne les indemnités pécuniaires auxquelles le salarié peut prétendre lors de la rupture de ce contrat qui constitue un intérêt de la requalification¹. Comme le constate M. CANAPLE et M. TEISSIER, l'article L.122-3-13 du Code du travail assortit la requalification du CDD en CDI d'une indemnité forfaitaire qui ne peut être inférieure à un mois de salaire². ainsi, « la rédaction même de ce texte amène à penser que l'indemnisation du salarié doit être complétée par le recours aux sanction du licenciement injustifié (...) la requalification ne serait que le biais pour parvenir à l'application du droit du licenciement »³.

Aussi, lorsque la relation se poursuit sans interruption, l'ancienneté demeure acquise au salarié et la durée du premier contrat s'impute sur la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat (C.trav. art L1243-1).

Cependant, force est de constater que l'employeur n'est pas nécessairement le perdant dans le cadre d'un tel litige. En effet, bien que ne bénéficiant pas de la possibilité d'agir en requalification, ce dernier, lorsque celle-ci est prononcée à la demande du salarié, dispose d'un panel de causes de rupture du contrat de travail beaucoup plus large qu'en manière de C.D.D. Ainsi, le salarié pourra être licencié, parce qu'il est détenteur du C.D.I, pour des raisons supplémentaires à celles prévues en présence d'un C.D.D, c'est-à-dire en plus de la faute grave et cas de force-majeure⁴. Dès lors l'employeur pourra mettre fin plus rapidement au contrat le liant au salarié. De plus, ce dernier supportera, en cas de rupture du contrat, des conséquences financières moins importantes dans l'hypothèse d'un

¹ V. infra chapitre sur la réparation.

² M.CANAPLE et M. TEISSIER, les incidences de la requalification du contrat à durée déterminée : bilan et perspectives, Semaine sociale Lamy du 27 septembre 1999, P6-8

³ Idem, J. SAVATIER, la requalification des contrats à durée déterminée irrégulier, Dr Soc., 1987, P.407

⁴ Ancien Article L.122-3-8 du Code du travail français

licenciement même sans cause réelle et sérieuse plutôt que pour la rupture illicite du CDD¹. C'est d'ailleurs en raison de cette éventualité que la jurisprudence a interdit toute action en requalification de la part de l'employeur et ce afin qu'il n'échappe pas aux conditions strictement fixées en matière de rupture d'un contrat à durée déterminée².

B- L'effectivité de cette sanction

69. Il est important de souligner que l'application de cette sanction relève des divergences entre le droit français et le droit malien du travail. En effet, L'article L.1245-2 du Code du travail français permet, de porter directement devant le bureau de jugement du Conseil des Prud'hommes les demandes de requalification de contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. La saisine directe du bureau de jugement est également possible en cas de poursuite des relations contractuelles au-delà du terme du contrat de travail à durée déterminée, peu importe que ce contrat se soit poursuivi après l'arrivée du terme ou ait été reconduit en contrat à durée indéterminée.

Au Mali, cette question ne se pose pas dans la mesure où toutes les procédures sont directement portées devant le bureau de jugement. La procédure de conciliation n'existe pas devant le tribunal du travail. C'est la citation directe devant le juge³. En effet, aux termes de l'article L.203 du Code du travail malien: « dans les deux jours à dater de la réception de la demande par le tribunal du travail du Mali, dimanches et jours fériés non compris, le président cite les parties à comparaître dans un délai qui ne peut excéder douze jours, majorés et s'il y a lieu, des délais de distance qui seront fixés par décret ».

¹ CF,P. ALPHILIPPE,op.cité.

² Idem, La nullité du contrat de travail ; mémoire de DEA,2000-2001,p.121, de Severine DHENNIN ; sous la Direction de Bernard BOSSU à l'Université de Lille2,p.121

³ V. infra la compétence de l'inspecteur du travail

Mais qu'en est-il des demandes annexes, notamment en paiement de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de rappel de salaires qui peuvent accompagner la demande de requalification ?

La saisine directe du bureau de jugement n'est pas limitée à la seule demande de requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée mais s'étend à toute autre demande dérivant du même contrat et notamment des demandes consécutives à sa rupture. A cet effet, la chambre sociale qui dans un arrêt du 7 avril 1998¹ a décidé que la saisine directe du bureau de jugement s'étend non seulement à la demande en paiement de l'indemnité qui est la conséquence de la requalification, mais également à la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail.

70. Le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 15 novembre 1999 par la Cour d'appel de Grenoble a permis à la Chambre sociale de préciser l'étendue du contentieux relevant de la procédure d'urgence. Cette cour d'appel avait considéré qu'un salarié était recevable à solliciter du bureau de jugement, outre la requalification du contrat à durée déterminée, des rappels de salaires. La chambre sociale, dans son arrêt du 4 décembre 2002 a approuvé cette décision en retenant que le salarié, qui porte sa demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée directement devant le bureau de jugement en application de l'article L.1245-2 du Code du travail, peut présenter devant cette formation toute autre demande qui dérive du contrat de travail². Cette lecture de l'article L.1245-2 du Code du travail a le mérite de permettre au salarié de regrouper l'ensemble de ses demandes issues du contrat de travail dans une même instance.

Le Conseil de Prud'hommes est normalement tenu de statuer dans le délai d'un mois à compter de sa saisine. En pratique, c'est un peu plus long mais assez raisonnable.

¹ Bull. V n° 199

² Chambre sociale, 4 décembre 2002 (pourvoi n° 00 40255)

La décision judiciaire est exécutoire de droit à titre provisoire. Un débat s'est instauré sur le fait de savoir si l'exécution provisoire était applicable à la seule indemnité de requalification ou à l'ensemble des demandes. Aucune décision de la Cour de cassation n'est intervenue sur ce point, mais, il est raisonnable de penser que seule l'indemnité de requalification soit visée par cette disposition.

L'objet de la requalification tend donc en pratique « à restituer au contrat sa véritable qualification sans s'arrêter à la dénomination proposée par les parties »¹.

71. En somme, il faut souligner qu'au sein du régime de la requalification une distinction mérite d'être opérée. En effet, ce que nous venons de développer concerne la seule hypothèse de la requalification - sanction : le juge prud'homal intervient au sein d'un litige opposant le salarié à son employeur et donne au contrat sa véritable qualification afin que l'ensemble des effets attachés à ce dernier puisse se produire. Seul le salarié dispose de cette action invoquant alors la violation des règles de fond ou de forme inhérentes à la conclusion des contrats à durée déterminée. Toute autre est l'approche concernant la requalification - interprétation : dans cette hypothèse, le salarié ainsi que l'employeur peuvent saisir le Conseil de Prud'hommes en s'appuyant sur l'article 12 du Code de procédure civile français et l'art 12 du Code de procédure civile et commerciale du Mali et afin que celui-ci se prononce sur la nature exacte de la convention².

Le salarié dispose donc d'un pouvoir important dans la première hypothèse, pouvoir d'agir en justice dans ce cadre auquel s'ajoute la possibilité de se voir conférer un emploi stable et durable ainsi que de plus amples indemnités en cas de rupture de la relation de travail le liant à son employeur. Cependant, cette sanction est également à double tranchant comme cela a été vu, employeur

¹ Idem

pouvant tirer certains avantages de cette requalification. Pourtant, le législateur ainsi que la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ont multiplié les hypothèses de requalification en matière de contrats de travail autres que le C.D.I. Cette tendance peut s'expliquer dès lors par le fait que seule est sanctionnable le défaut de formalisme dans de telles hypothèses. Le contrat n'est pas alors modifié mais seule sa qualification est révisée. Cette sanction permet donc la survie de la relation de travail qu'il convient alors au salarié et à son employeur de poursuivre voir d'en modifier par la suite des éléments. De plus, il est à noter que cette sanction va permettre également aux pouvoirs publics de connaître exactement la nature de la relation de travail liant salariés et employeurs lesquels peuvent alors intervenir au sein de celle-ci et venir sanctionner éventuellement l'employeur négligeant en s'immiscant dans le rapport contractuel¹.

La jurisprudence ayant donc pour but la poursuite de la relation contractuelle de travail ; le juge va avoir également la possibilité de recourir à d'autres sanctions en vue de la réalisation de cet objectif parmi lesquelles celle de la nullité.

Section 2 - La nullité de la sanction protégeant tous les salariés

72. Qu'elle soit relative ou absolue, la nullité prononcée par le juge « est toujours absolue dans ces effets »². Tout d'abord, l'acte devient insusceptible de produire des effets dans l'avenir. En outre, les effets qu'il a pu produire dans le passé sont, en principe, anéantis, les choses devant être remises dans l'état où elles se trouvaient avant la passation de l'acte³. L'acte frappé de nullité étant censé n'avoir jamais existé et n'avoir jamais produit d'effet (*quod nullum est nullum producit effectum*), les parties doivent normalement se restituer

¹ Idem, mémoire de DEA, 2000-2001, p. 121, de Severine DHENNIN

² Petit dictionnaire de droit, Dalloz, 1951, p. 890 et suivant.

³ Petit dictionnaire de droit, Dalloz, op

réciroquement les prestations qu'elles ont reçues, ce qui n'est pas sans poser de réelles difficultés en matière de relations individuelles de travail¹.

A cet effet, la Cour de cassation a dégagé un certain nombre de règles. De longue date, elle a admis que malgré la nullité du contrat de travail, le salarié a droit à son salaire pour le travail qu'il a accompli, y compris le paiement des heures supplémentaires effectuées². La chambre sociale a ainsi affirmé que « les parties ne pouvant, en cas de nullité d'un contrat de travail, être remises dans le même état que si ce contrat n'avait pas existé, celui qui a exécuté le contrat promis est en droit de recevoir une rémunération en contrepartie ». Il est considéré par conséquent, que le salarié « était en droit, bien que le contrat de travail eut été déclaré nul, de conserver à titre d'indemnité les salaires qui lui avaient été versé en contrepartie de ce travail »³. Les salaires non encore versés peuvent être réclamés sur le fondement d'une relation du travail. La jurisprudence admet le salarié à réclamer le salaire dû et l'indemnité de préavis. Il a droit au temps nécessaire pour rechercher du travail, à un certificat du travail et à un bulletin de paie. Pour cela, elle fonde la condamnation de l'employeur tantôt sur l'enrichissement sans cause dont il bénéficierait, tantôt sur le préjudice causé au salarié par la faute de l'employeur (contrat irrégulier). Le caractère « successif » suffirait à la justifier⁴.

73. Encore après avoir rappelé « qu'un contrat atteint de nullité étant réputé n'avoir jamais eu d'existence, les choses doivent, dans l'hypothèse où il a été exécuté, être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution », elle a considéré « que lorsque cette remise en état se révèle impossible en raison de la nature des obligations résultant du contrat, la partie qui a bénéfice d'une prestation qu'il ne peut restituer doit s'acquitter du prix

¹ Cass. Soc 9 juin 1955, V. Jamel DJOUDI, les nullités dans les relations individuelles de travail, Dalloz chronique, 1995, P192.

² Cass.Soc., 3 octobre 1980, les sanctions civiles, administratives et pénales en droit du travail précité P364.

³ Cass. Soc., 22 novembre 1979 ; 1^{er} avril 1992. V, également Mémento droit du travail, A. COEURET et M-A SOURIAC, 15 e p, 53

⁴ Cf mémentos précité

correspondant à cette prestation »¹. Enfin, il va sans dire que les dommages et intérêts peuvent être alloués en réparation du préjudice causé par la faute d'une des parties lorsque la nullité du contrat est prononcée. Le 28 avril 1988, lorsque la Cour de cassation a admis pour la première fois que la nullité même en absence de texte consacrant la nullité, le licenciement pouvait être annulé en violation d'un droit Constitutionnel, le droit d'expression des opinions, qui existe dans et hors de l'entreprise². Le licenciement étant nul, le contrat de travail continue à produire ses effets ; pour obtenir l'exécution de ceux-ci, les juges saisis peuvent recourir cumulativement aux deux formes de l'astreinte, l'astreinte définitive et l'astreinte provisoire³.

Paragraphe I : La nullité affectant la validité du contrat de travail

L'accent sera mis sur l'ensemble des points communs relatifs à la nature de sanctions visées par les deux droits (malien et français) dans plusieurs domaines.

A. La nullité pour violation des conditions de validité du contrat de travail

74. La validité du contrat de travail est liée au respect des conditions de validité du contrat de droit commun. Certes, il peut avoir des points communs entre le droit malien (II), mais les textes font apparaître des différences aussi au niveau des textes applicables (I).

¹ Cf. Cass.soc., 7 novembre 1995, BC V n°212 ; Gaz. Pal.1995.2 panorama p.255 ; D. 1995, IR, p. 258.

² Cass.soc, 30 octobre 2002, n°00-45.608 : Juris-Data N°2002 -016126 ; RJS 2003, n°24.F.GAUDU, la nullité du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte. Droit.soc.2010, p.151.V. Aussi la nullité de licenciement : audace de la Cour d'appel de Paris, Semaine social Lamy du 17 oct.2011, n°1509, note de Gérard COUTUTIER. La nullité du licenciement est une sanction qui donne toute la vigueur possible à la règle sanctionnée. La place qui lui est faite contribue de façon très significative à l'efficacité voire à l'effectivité des règles établies en la matière. Au cours de la quarantaine d'années écoulées.

Depuis les lois de 1973 et de 1975, cette place s'est affirmée et précisée.

Maintenant, le domaine de cette sanction majeure est ainsi délimité : pour que le licenciement contesté soit nul, il faut que la nullité soit spécialement prévue par la loi elle-même ou que soient en cause les libertés fondamentales de la personne. La Cour de cassation l'exprime en ces termes : le juge ne peut annuler un licenciement « en l'absence de disposition le prévoyant expressément et à défaut de violation d'une liberté fondamentale » (Cass. soc. 13 mars 2001, France Télécom, N° 99-45.735 ; Semaine sociale Lamy, n° 1021, p. 13).

³ V. note E.WAGNER, Dr 1987,P. 97(en l'espèce : les juges de fond, non pas formation de référés).

1. Les différences entre les textes applicables :

75. Deux textes régissent la réglementation des conditions de validité de tous les contrats. D'un côté ; il y a le Code du travail en France et au Mali. De l'autre côté à la différence de la France, au Mali il existe un autre texte qui s'applique à l'ensemble des contrats en général. C'est le Régime général des obligations. Ce régime des obligations est l'équivalent du Code civil en France. Mais à la différence du Code civil en France, il régit uniquement les droits et des obligations contractuelles au Mali. Là, on peut dire que le droit malien sur la forme n'est pas la photocopie du droit de l'ancienne puissance coloniale. En effet, au Mali, il n'existe pas de Code civil, les matières relevant du droit civil sont réparties entre le régime des obligations pour ce qui concerne les contrats, le Code des personnes et la famille pour ce qui concerne le droit de la famille, de successions, du mariage...

Les termes comme : « l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire passent plus facilement dans l'apprentissage du droit au Mali », résultant de ce que dans la tradition malienne. On commence par vous montrer les limites. Les droits viennent après. On a souvent l'impression d'avoir plus d'obligations que de droits. Dans le contrat, il y n'a pas que des obligations, il y a aussi des droits.

76. Au Mali comme en France, le contrat est soumis aux mêmes conditions fondamentales de validité. Ainsi, à l'instar des conventions relevant du droit commun, le contrat du travail doit respecter les conditions de validité prescrites par l'article 28 de la loi n° 87-31/ANRM (Assemblée Nationale du Mali) du 29 Août 1987 fixant le Régime Général des Obligations. Ce texte définit quatre conditions de validité du contrat. L'inobservation de ces conditions entraîne la nullité du contrat (article 61 du régime des obligations au Mali).

Ces quatre conditions de validité d'une convention sont les mêmes que celles qui sont listées par l'article 1108 du Code civil français: la capacité des parties, l'objet et la cause qui doivent être licites et conformes aux bonnes mœurs, le

consentement qui doit être personnel, réciproque et non vicié (erreur, dol ou violence).

L'erreur n'est prise en considération que lorsqu'il porte sur les éléments substantiels du contrat comme par exemple : la personne du cocontractant, la qualification professionnelle du travailleur.

La violence est prévue à l'article 39 (RGO). Serait considérée comme conclue sous la violence l'engagement d'un travailleur obtenu sous la menace d'une dénonciation pour l'infraction qu'il avait commise.

2. Les sanctions communes relative à la conclusion du contrat de travail

77. En France comme au Mali, le contrat de travail est soumis aux règles de base de tous contrats de droit commun. A cet titre, l'article L.1221-1 du Code du travail français énonce que : « Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun... »¹. Autrement dit, le contrat de travail obéit aux règles générales des obligations, c'est-à-dire aux règles du Code civil. C'est-à-dire celles prévues par le Code civil. L.1221-1 (ancien L.121-1 du Code du travail français) le souligne expressément². C'est-à-dire à celles prévues par le Code civil en ce qui concerne la capacité de contracter (art 1123 et suivant), le consentement (art 1108 et suivant)³, le caractère certain de l'objet et la cause licite (art 1126 et suivants).

Ce sont là l'ensemble des règles fondamentales qui régissent tous les contrats dont le contrat de travail⁴. Si l'une de ces conditions substantielles fait défaut la

¹ Titre III du Code civil : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »

² Ancien article L121-1 du Code du travail stipule que le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun.

³ « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation. »

⁴ - « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. ».

- « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé. »

sanction est la nullité. Lorsqu'il est déclaré nul, le contrat de travail cesse immédiatement de produire ses effets. Mais, contrairement aux effets classiques des nullités, la nullité du contrat de travail n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif du contrat ; cette règle s'applique même lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre public¹. Dans le cadre du contrat de travail en raison de la nature des obligations résultant du contrat, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'elle ne peut restituer doit s'acquitter du prix correspondant à la cette prestation.

78. La jurisprudence malienne s'est prononcée au sujet de l'objet du contrat de travail dans un arrêt du 28 janvier 2002². Il l'a défini par rapport à l'accomplissement de la prestation ou de la tâche du travail. Pour le juge malien : « l'accomplissement de la prestation ou tâche confiée à l'employé constitue son obligation envers son employeur ; la non-exécution des tâches à lui confiées constitue à ne pas douter un défaut d'objet pour l'employeur, par conséquent synonyme de rupture à l'initiative de son auteur ».

En espèce, M. KAMATE salarié de Mme Djénébou DIARRA a été engagé par un contrat à durée indéterminée en date du 6 juillet 1998 en qualité de gardien de maison. Ce dernier a été licencié pour faute grave au motif qu'il avait refusé d'exécuter les tâches qui lui avait été confiées. C'est ainsi que l'Inspecteur du travail transmet le dossier au tribunal du travail de Bamako le 24 septembre 2001(par une lettre n°0612/DRESTSDB).

- « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrat synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. » Remarque : on emploie en droit du travail le terme de « résiliation judiciaire », bien qu'il s'agisse d'une application de l'article 1184 du Code civil. La différence tient simplement au fait que dans le cadre de contrats à exécution successive on parle de résiliation, tandis qu'on parlera de résolution pour les autres types de contrats. Or le contrat de travail est un contrat à exécution successive.

¹ Précis Dalloz du droit de Travail, 16^e édition déjà cité P.175.

² Tribunal de Bamako arrêt n° 358 RG, n°030 J.G.T du 28 janvier 2002

Le tribunal du travail devait ainsi se prononcer sur le régime de la sanction de l'abandon du travail. Pour le tribunal du travail, il y a eu un abandon de poste qui affecte l'objet du contrat.

Tout d'abord, constitue l'abandon de poste le fait pour un salarié de quitter son poste, sans autorisation, au cours du travail. En France l'abandon de poste peut être constitutif d'une faute grave au regard de la nature des fonctions exercées par le salarié¹. La haute juridiction justifie le licenciement pour faute grave d'un salarié s'étant absenté un quart d'heure pour effectuer un autre travail, au moment de la transmission des consignes à l'équipe de nuit, ce manquement faisant courir un risque à l'entreprise². On note que dans cette affaire il s'agit d'un gardien ou d'un surveillant d'entreprise. Donc, ce salarié a le même statut que M. KAMATE. La nature de tâches confiées au gardien de maison leur demande une assiduité au point que même une absence de 15 minutes justifie leur licenciement. Dans l'affaire jugée par le tribunal du travail de Bamako, l'arrêt nous ne donne pas dans les faits les éléments relatifs au temps d'absence de poste. Mais le critère commun aux deux arrêts est l'absence sur le lieu du travail³.

Quant à la sanction du défaut d'objet du contrat⁴, on sait qu'en droit commun des contrats elle est la nullité. Dans le cas de M. KAMATE le tribunal du travail de Bamako paraît appliquer la nullité du contrat, mais avec la sanction adaptable tel que prévue par le Code du travail du Mali. C'est ainsi qu'il a débouté le salarié de sa demande de qualifier le licenciement comme abusif. Il dit que la rupture du contrat est imputable au salarié par son abandon du travail.

¹ Cass.soc.26 octobre1994 n°4263D, converty c/AMPEI, 1^{er} moyen cassation partielle.

² Cass.soc.1^{er} décembre 1993,N°3789 D, ROSIER c/ sté inter Mutuelle Assistance, rejet.

³ L'abandon de poste ne constitue pas une faute grave si l'absence ne perturbe pas le fonctionnement de l'entreprise. Dictionnaire de la jurisprudence sociale. Droit du travail 2002, groupe Revue fiduciaire p.19

⁴ Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire (Article 1126). La chose peut être matérielle, corporelle, mais aussi incorporelle et plus généralement un droit. Les obligations de faire sont celles où l'une des parties s'est engagée à accomplir une prestation. Les obligations de ne pas faire sont celles où le débiteur s'engage à s'abstenir de faire quelque chose, comme l'engagement de non-concurrence.

En France, lorsque l'employeur n'invoque pas la faute grave, l'abandon de poste constitue le plus souvent une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi : « une Cour d'appel a souverainement décidé que le licenciement de deux salariés ayant quitté l'entreprise, malgré le refus de l'employeur d'autoriser leur absence, procédait d'une cause réelle et sérieuse... »¹.

Par l'arrêt, évoqué ci-dessus le juge malien fait application d'une règle fondamentale du droit des contrats. En effet, pour être valable tout contrat doit reposer sur un objet conformément à l'art 61 du régime des obligations du Mali (article 1126 et suivants Code français). Le juge malien tire le fondement de sa décision des fondamentaux du droit commun. La prestation de travail est considérée à ce titre comme l'objet de l'obligation du travailleur. Par conséquent un salarié qui abandonne son poste commet une faute grave. Cette faute lui prive de l'octroi de dommages-intérêts.

Dans l'autre sens, la nullité du contrat emporte comme conséquences pour l'employeur, d'une part, sa condamnation au paiement du salaire correspondant au travail exécuté ² et le cas échéant, au paiement des indemnités de licenciement et de préavis³ ainsi qu'au paiement de dommages-intérêts pour des préjudices distincts, celle de procéder à la régularisation de la situation auprès des organismes sociaux.

B- Les clauses abusives prohibées dans le contenu du contrat de travail

En droit du travail malien comme en droit français certaines clauses sont sanctionnées par la nullité. L'interdiction de recourir à ces clauses dans le cadre d'un contrat de travail trouve son origine tantôt dans les textes, tantôt dans la jurisprudence.

¹ Cass. Soc. 1^{er} mars 1995, n° 966 D, sté GSF Auriga c/ épouse Giner, 1^{er} moyen, rejt. Voir aussi Cass. soc. 12 mai 1993, N° 1993 D, SARL Est Roger Boissy c/ Malartre, 2^e moyen.

² Les sanctions civiles, administratives et pénales en droit du travail, Jean Michel, faisant référence à la Cass. So., 22 novembre 1979 ; 10 novembre 1980 documentation française p. 385

³ V. Les sanctions civiles, administratives et pénales en droit du travail, Jean Michel précité.

1. Les atteintes à la liberté tolérées...mais encadrées

79. Toutes les clauses allant à l'encontre de l'article L.1121-1 (ex L.120-2) du Code du travail seront illicites¹. Le droit tolère toutefois quelques atteintes aux libertés individuelles et collectives à condition qu'elles ne soient pas excessives. La jurisprudence, qui a dû fixer les limites à ces atteintes, est vaste. Il faut cependant garder à l'esprit que toutes les libertés ne sont pas protégées de la même façon. Ainsi, la liberté vestimentaire peut faire l'objet de certaines restrictions² et même en cas d'atteinte, la sanction n'est pas la nullité.

En revanche, le droit de grève est beaucoup plus protégé car il a été érigé au rang de liberté fondamentale par les juges³. De même est protégée la liberté du mariage. Ainsi, une clause ne peut stipuler que des conjoints ne pourront pas être employés simultanément dans l'entreprise⁴. Les clauses de célibat sont également condamnées⁵. Seules d'impérieuses nécessités tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice peuvent légitimer une clause restrictive du droit au mariage.

L'article 9 du Code civil consacre le droit au respect de la vie privée. Il doit souvent être combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui protège plus spécifiquement la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance. L'arrêt de référence en la matière est celui rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999, dit arrêt Spileers⁶.

¹ Principe : nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché (c. trav. art. L. 120-2). Une liberté ne peut pas être supprimée ; elle peut seulement être réduite, encadrée, voire réglementée, mais dans des limites uniquement nécessaires. De plus, chacun a droit au respect de sa vie privée (c. civ. art. 9).

² Cass. soc., 28 mai 2003, pourvoi n°02-40273, Bull. civ. V n°178 p. 174 (dit « Arrêt Bermuda ») [archive], Juris-Classeur périodique n° 30, 2003-07-23, Jurisprudence, II, 10128, p. 1422-1426, note Danielle Corrigan-CARSIN, Droit social, n° 9-10, septembre-octobre 2003, p. 808-813, note Philippe WAQUET.

³ Celui-ci, constitutionnellement reconnu (notamment par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) et réaffirmé par une jurisprudence abondante, est en effet érigé au rang de liberté fondamentale.

⁴ Cas.soc.10 juin 82, pourvoi n°80-40929, bull civ n°932

⁵ R.J.S Francis Lefebvre 1997 -01 p.8 note J.SAVATIER

⁶ Cass.soc 12 janv.1999 pourvoi n° 96-40755 bull.civ n°7 p.4 ; recueil Dalloz 15 nov 1999, n°41,p645, J.P. MRGUENAU et J. MOULY, R.J.P. de Droit des affaires Francis Lefebvre 1999 n°2,p94 note Richard de la Tour.

- Cas de clauses discriminatoires

Les clauses contraires à l'article L.1132-1 du Code du travail sont nulles de plein droit. Ce qui exclut d'emblée toutes les clauses discriminatoires, qu'elles portent par exemple atteinte à l'égalité entre hommes et femmes (également protégée par l'article L1142- 3 du Code du travail), à l'égalité entre salariés du même sexe ou la liberté syndicale¹.

Ainsi, les clauses d'union-shop obligeant le futur salarié à adhérer à un syndicat pour pouvoir être embauché sont interdites. De même pour les clauses de close shop interdisant de s'affilier à un syndicat sous peine de licenciement. Ces clauses sont en effet contraires à la liberté syndicale consacrée par le préambule de la Constitution de 1946 en son alinéa 6 :« Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix²».

2. Les clauses relatives à l'exercice d'une activité interdite par la loi telle que l'interdiction par le salarié d'exercer une autre activité salariale:

80. Le travailleur qui quitte son emploi est fondé, en vertu du principe de la liberté du travail, à engager ses services au profit d'un nouvel employeur, ou s'établir pour son compte. En application de ce principe, le Code du travail a prévu une disposition selon laquelle « est nulle de plein droit, toute clause d'un contrat de travail portant interdiction, pour le travailleur, d'exercer une activité quelconque à l'expiration de son contrat » (L.17 du Code travail du Mali). Ceci ne nous donne aucune indication sur la nature de la sanction applicable. Cependant cette interdiction limitée en France par la clause de non concurrence, nous permet d'examiner la nature de sanction applicable à cette clause.

La clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail n'est valable qu'à certaines conditions strictes. En effet, le droit d'exercer une activité professionnelle est une liberté fondamentale. Ainsi, « nul ne peut apporter aux

¹ Ex L140-4 du Code du travail

² Préambule de la Constitution de 1946 en France.

droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » (Article L1121-1 du Code du travail). La clause de non concurrence porte évidemment atteinte à la liberté du travail : c'est pourquoi, elle n'est admise que de manière exceptionnelle. La règle générale appliquée aujourd'hui par les tribunaux français est qu'une telle clause n'est licite que si :

- 1 - elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.
- 2 - elle est limitée dans le temps et dans l'espace,

En ce qui concerne la limitation dans l'espace, le fait qu'une clause de non concurrence ait comme champ d'application géographique l'ensemble du territoire français ne la rend pas nécessairement inopposable et nulle. En effet, un champ d'application géographique large « ne rend pas en soi impossible l'exercice par le salarié d'une activité professionnelle ». Cela dépend du fait de savoir si, compte tenu des activités interdites par la clause (laquelle vise tout le territoire national), l'intéressé se trouve en fait, dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle. Dans l'affirmative : la clause est nulle¹.

81. On retrouve ces deux conditions (la première et la deuxième), citées par monsieur R. LEMESTRE², qui sont par hypothèse applicables en droit du travail africain en général et en particulier en droit malien du travail. Pour cet auteur, l'interdiction d'exercer une activité ne vise que celles qui sont de nature à concurrencer l'employeur. Rapproché au droit français, on pourrait parler de l'intérêt légitime de l'entreprise qui ne doit pas être compromis par une telle clause. Quant à la deuxième condition, cette clause doit être limitée dans le temps. L'expression est la même qu'en droit français. Toutefois là où il y a

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-44847

² Le droit du travail de l'Afrique Francophone, Edicef AUPELF, p.235

divergence à ce sujet, c'est sur la troisième condition de validité. M. LEMESTE ne relève pas cette dernière pour le droit africain. En droit africain, cette clause, contenue dans le contrat de travail est valable si la rupture est le fait du travailleur ou résulte d'une faute lourde de sa part.

- 3 - elle comporte pour l'employeur l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière», en droit français.

- La contrepartie financière doit être significative et non dérisoire : ainsi une indemnité mensuelle correspondant au dixième du salaire mensuel versé au cours des douze derniers mois n'est pas suffisante, elle apparaît comme « dérisoire » au regard de l'atteinte portée au droit du salarié et considérée comme inexistante. « Une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie »¹.

82. En outre, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut être versée en même temps que le salaire, pendant l'exécution du contrat, par exemple sous forme de majoration de la rémunération. En effet, « la contrepartie financière de la clause de non-concurrence [ayant] pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi », dès lors « son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture »², contrepartie financière modulée, notamment en cas de faute - validité - minoration inapplicable. La validité de la clause prévoyant la minoration de l'indemnité de non-concurrence en cas de licenciement pour faute a été contestée. Selon la Cour de cassation, une telle clause doit être « réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute ».

¹ Cour de cassation, 15 novembre 2006, n° 04-46721

² Cour de cassation, chambre sociale, 4 février 2009, n° 07-44291, 7 mars 2007, n° 05-45511

Autrement dit, la clause demeure valable mais la minoration de la contrepartie pécuniaire ne peut s'appliquer¹.

A défaut de réunir toutes ces conditions, la clause est nulle car illicite². Dans le souci de protéger le salarié malien, l'hypothèse serait d'appliquer les mêmes conditions de validité de la clause de non concurrence. Parce que le raisonnement de l'auteur consiste à calquer le droit africain sur le droit de l'ancien colonisateur³.

83. Un salarié qui respecte une clause de non concurrence illicite subit un préjudice dont l'étendue est appréciée par le juge et donnant lieu à dommages intérêts fixés par celui-ci. Ainsi, un employeur exige d'un salarié, après la démission de celui-ci, le respect d'une clause de non concurrence nulle. Le nouvel employeur, apprenant ultérieurement l'existence de l'engagement de non concurrence litigieux souscrit par le salarié dans le cadre de son précédent emploi, licencie ce salarié.

Dès lors, que la clause de non-concurrence était nulle et qu'il en est résulté pour le salarié la perte de son nouvel emploi, celui-ci a droit à la réparation de ce préjudice. Le premier employeur doit le dédommager en conséquence de la perte de son deuxième emploi⁴. Il incombe à l'employeur de démontrer que le salarié n'a pas respecté la clause de non concurrence, s'il entend invoquer l'absence de préjudice causé au salarié. Le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. Il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts de ce chef de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause.

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 8 avril 2010, 08-43056

² Chambre sociale de la Cour de cassation, 10 juillet 2002, Bull. n°239

³ Quant on regarde le titre de cet ouvrage cité, on relève qu'il s'appelle le droit africain francophone, donc présuppose droit que la France partageait avec les pays francophone.

⁴ Cour de cassation, chambre sociale, 3 novembre 2010, 09-42572

Ainsi, lorsque le contrat de travail ne prévoyant pas de contrepartie financière, la clause de non-concurrence était illicite. Dès lors, l'employeur, ne démontrant pas que le salarié eût violé son obligation de non-concurrence, devait réparation du préjudice causé au salarié par cette clause illicite¹. Par ailleurs, même si elle est justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la clause peut être révisée par le juge si elle ne laisse pas la possibilité au salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation et à son expérience professionnelle².

3. Une clause ne peut pas prévoir par avance un motif de licenciement³.

84. « les objectifs peuvent être définis unilatéralement par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction »⁴. Il est sans doute souhaitable qu'ils le soient par la voie contractuelle. En effet, les clauses objectives, fréquentes dans les emplois commerciaux, se sont développées, dès lors qu'il a été demandé au salarié une plus grande initiative assortie d'une certaine indépendance dans l'organisation de son travail. Dans cette perspective, ces clauses permettent de mieux impliquer le salarié dans l'exécution de sa mission et d'assurer une certaine transparence dans la relation de travail. Le non-respect des objectifs commerciaux risque de s'analyser en une inexécution du contrat justifiant un licenciement des cadres commerciaux ou technico-commerciaux. Elle semble substituer une obligation de résultat à une obligation de moyen à la charge du salarié, réalisant ainsi un transfert de risques. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation en a limité la portée.

Tout d'abord, les objectifs doivent être réalistes ou raisonnables, ce qui confère au juge un pouvoir d'appréciation. Et surtout, un salarié ne peut être licencié que si les mauvais résultats lui sont imputables, par suite d'insuffisance

¹ Chambre sociale de la Cour de cassation, 10 octobre 2007, n° 04-46468

² Evénec-Hery Françoise, Tempête sur la clause de non concurrence, semaine sociale Lamy, 21 octobre 2002

³ Cass. Soc 19 nov 2000. Pourvoi n°98-42371 bull.civ.n°367 p.281

⁴ Droit du travail, A.MAZEAUD, 7^e éd.Montchretien,p.313, v ; égCass.soc.,22 mai 2001,RJS 8-9/01,n°998

professionnelle ou d'agissement fautif. Le principe dégagé par la Cour de cassation en la matière est que les parties (surtout l'employeur) peuvent introduire une clause d'objectif minimal, ou de résultat, lors de la conclusion du contrat, ou par avenants ultérieurs.

Mais la Cour considère que cette clause ne doit jamais être invoquée comme seule cause au licenciement du salarié. Confrontée à des situations très variées d'utilisation de cette clause, elle a eu l'occasion de préciser son régime d'utilisation.

La question se pose concernant ce motif de rupture du contrat de travail surtout sur la licéité et la validité de ce motif de rupture. Plusieurs catégories d'objectifs peuvent être fixées. Certains seront une manière déguisée de transformer le travail horaire forfaitaire en un travail à la tâche, alors que d'autres sont simplement des moyens contractuels de prévoir la rupture d'un contrat de travail.

Des arrêts de la Cour de cassation confirment sa jurisprudence sur le licenciement pour non atteinte des objectifs et insuffisance de résultats.

Sur la validité intrinsèque du motif de licenciement tiré de l'insuffisance de résultats¹, la Cour de cassation a rappelé deux principes en la matière. Ainsi l'interdiction de prévoir des causes de licenciement autres que les causes « légales ». A cet effet, la Cour de cassation a jugé que le contrat de travail ne peut pas fixer à l'avance les circonstances qui constitueraient une cause de licenciement.

La justification de cette interdiction est logique. Les contrats de travail sont conclus à durée indéterminée. De manière exceptionnelle, ils peuvent être conclus à terme déterminée. Mais la loi n'a pas prévu que le terme puisse être la non-réalisation d'un objectif contractuel. L'accepter reviendrait à insérer une

¹ Cass. Soc. 14nov.00 .Bull.2000. P+B, RJS 1/01, n°22 ; Dr. soc, 01,99, obs PH.WAQUE ; du même auteur , Dr.soc., 2002, 12 février 2002,RJS 5/02, n° 543 « la clause laisse la place au juge ..., ne peut constituer en soi une cause de licenciement v; JCP Dr.soc. janvier 2001 p,100, V eg. C.PIZZO DE LAPORTE « une insuffisance de résultat peut caractériser une clause réelle et sérieuse » Jcp soc 2007 , p.1938

clause (motif) de rupture automatique du contrat de travail, ce qui n'est pas possible.

Ce n'est pas une solution nouvelle. Il ressortait déjà en 1992¹, que la clause ne pouvait servir à justifier, en soi, un licenciement.

En corollaire à l'interdiction de prévoir la cause du licenciement à l'avance, la Cour de cassation rappelle que le juge du contrat de travail doit vérifier si les faits invoqués dans la lettre de licenciement constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement.

85. Le simple énoncé de l'insuffisance de résultats ou de la non-réalisation de ces résultats ne suffit donc pas à justifier « judiciairement » le licenciement.

Cette solution était déjà préparée par la Chambre sociale en date du 16 octobre 1991².

Un licenciement pour insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne procède pas d'une cause réelle et sérieuse dès lors que les mauvais résultats ne sont pas imputables au salarié.

On retrouve cette logique de décision dans un jugement du Tribunal du travail de Bamako du 30 mars 2007³. Il s'agit d'une affaire dans laquelle un employeur introduit dans un contrat de travail une clause lui permettant de révoquer un salarié à tout moment. Il était stipulé dans le contrat de Monsieur CAMARA qu'il « était recruté à titre précaire et révocable ». Ce qui veut dire que dans ce contrat de travail que l'employeur pouvait licencier le salarié sans justifier le motif de rupture. En plus de cela, l'employeur pouvait rompre le contrat de travail à tout moment pour l'absence de résultat.

En France, on parle du « salarié précaire » en faisant référence au salarié en C.D.D, ou des salariés qui travaillent à mi-temps. Mais il ne peut pas être

¹ Ph. WAQUET Obs, cité

² idem.

³ Tribunal du travail de Bamako, décision, CAMARA/ la Douane n°51RG,n°324JGT,du 30 mars 2007

mentionné que le lien contractuel lui-même précaire dans le contrat. C'était pourtant le cas de M. CAMARA. Deux leçons peuvent être tirées de la décision du tribunal du travail de Bamako à la lumière du droit français.

86. La première concerne le principe du contrôle par le juge des motifs du licenciement prévu par l'art L.51 du Code du travail malien. Ce texte va dans le même sens que la jurisprudence. D'abord, la Cour de cassation a décidé depuis longtemps et avant la rédaction du Code du travail du Mali en 1992, que les clauses ne lient pas le juge, qui reste libre de qualifier la rupture du contrat en appliquant les critères habituels¹. Pas de préconstitution de motif de licenciement. L'employeur ne peut prévoir, par une clause du contrat de travail qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement (Ainsi, il n'est pas possible d'inclure dans le contrat une clause qui prévoit que la non²réalisation d'un ou de plusieurs objectifs, à concurrence de 20 % de l'objectif annuel sur chaque trimestre et pendant deux trimestres consécutifs, peut être considérée par l'entreprise comme un motif de rupture du contrat de travail. Pour le juge du travail il s'agit là d'une clause exorbitante, intervenue en violation des lois régissant le Code du travail au Mali dont la sanction est la nullité. Il affirma ainsi : « qu'une convention même acceptée par les parties n'est valable tant qu'elle ne déroge pas à la loi et à l'ordre public »).

On peut déduire de cette affirmation deux enseignements sur la position du juge malien :

1 - Si les parties au contrat ont accepté de donner leur consentement, ce contrat pourrait être valable. Il s'agit de la condition de validité du contrat. Sur cette partie, il est de règle au Mali comme en France que la clause n'est opposable au salarié que si elle est acceptée par les deux parties. Le juge malien ne semble pas remettre en cause la liberté contractuelle dans la décision CAMARA illustré

¹ Cf, affaire Cass., soc 16 octobre 1991 précitée.

² Cass. soc. 14 novembre 2000, n° 98-42371, BC V n° 367

plus haut. Ce qu'il censure, c'est le fait que l'employeur ait introduit une clause dans le contrat qui n'est favorable qu'à lui. Cet employeur avait créé sa propre « règle » par laquelle, il pouvait « révoquer » le salarié à tout moment. Cette clause est le reflet d'une pratique de la société avant les années 1992. En effet, en 1991 le Mali a connu l'avènement de la démocratie et l'Etat de droit qui marque un changement de la société. Des nouvelles lois ont été votées par la même des nouveaux droits sociaux à travers le Code du travail. C'est ainsi qu'à vu le jour en 1992 le Code du travail.

87. Avant, les textes sur la législation du travail n'étaient pas suivis. Seul les plus riches pouvaient imposer leur autorité sur les plus faibles, dont les salariés. Cela consistait pour un chef d'entreprise à embaucher un salarié et de pouvoir le licencier à sa guise. Ces employeurs pouvaient à tout moment se débarrasser de leurs salariés sans crainte d'un éventuel contrôle judiciaire.

Le juge de Bamako par cet arrêt¹, met fin à des pratiques qui ne sauraient déroger aux droits sociaux. A travers cette jurisprudence, le juge marque un pas vers la fin de cette pratique, et utilisation abusives des salariés. On voit dans cette affaire un rapprochement de la décision du juge de Bamako avec la jurisprudence française qui n'admet pas que l'employeur insère au contrat une clause par laquelle le salarié accepterait par avance son licenciement tel, au gré de la seule volonté patronale².

2- Mais en se dérochant à une obligation légale, la Direction de la Douane a manifestement commis un abus de pouvoir qu'il convient de réparer.

Deuxième leçon, si l'employeur est libre de licencier, il n'aurait pas la liberté d'abuser de ce droit selon le juge dont la sanction est l'octroi des dommages-intérêts sur le fondement de L.51 du Code du travail du Mali. Dans l'affaire CAMARA, la clause illicite a été déterminante pour la formation du contrat

¹ V. infra p.86 affaire CAMARA

² Soc.29 juin 1999 pour une clause prévoyant un changement d'horaire du temps complet au partiel.

(autrement dit, si celle-ci n'avait pas figuré au contrat, les parties ne l'auraient pas signé), celui-ci est donc totalement annulé. Dans l'hypothèse du droit Français la sanction est la nullité du licenciement. Contrairement au Mali, le Code du travail et la jurisprudence ne prévoient pas la nullité du licenciement.

À l'inverse, si la clause n'a pas été déterminante pour la conclusion du contrat, elle sera dépourvue d'effet ou remplacée par les dispositions d'ordre public auxquelles elle contrevenait, sans que le contrat soit annulé dans son intégralité.

4. Clause de mobilité :

88. Certains contrats de travail prévoient expressément la possibilité pour l'employeur de procéder à des modifications ultérieures que rendraient nécessaires l'organisation de l'entreprise et les fonctions du salarié : horaires, attributions et, plus souvent encore, lieu du de travail. L'exemple le plus fréquent est celui de la clause de mobilité par laquelle le salarié accepte par avance toute modification de son lieu du travail. C'est la même logique technique en France et au Mali¹. Assez souvent, l'employeur, plus averti que le salarié arrive à proposer à ce dernier une clause de mobilité dans son contrat de travail, ce qui constitue en pratique un motif fréquent de litige.

Lorsque le changement du lieu est demandé en application de la clause, celui-ci s'impose au salarié. La jurisprudence considère en effet que, dans ce cas, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction parce que la mutation fait alors partie du domaine des conditions de travail. Encore faut-il que la clause définisse de manière précise sa zone géographique d'application². Et que la modification décidée corresponde à la modification prévue par le contrat.

On notera cependant l'existence de deux réserves. La première est que, dans l'utilisation de cette extension contractuelle de son pouvoir, l'employeur ait un comportement loyal. A défaut il commettrait un détournement de pouvoirs ou un

¹ V ;supra sur la liberté contractuelle des partie

² Soc.,7 juin 2006,Grands arrêt N°35

abus de droit contraire à la bonne foi contractuelle. Par ailleurs, la Cour de cassation a décidé que le salarié pouvait refuser la mise en œuvre de la clause de mobilité lorsque la mutation entraîne une baisse de rémunération ou le passage d'un horaire de nuit à un horaire de jour. La seconde réserve, plus récente est que, lorsque le salarié demande, les juges du fond doivent rechercher si la mise en œuvre de la clause de mobilité ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux ou si elle peut être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹. Il y a là une prise en compte accrue des droits fondamentaux.

La Cour de cassation ajoute un nouveau critère de validité aux clauses de mobilité. Jusqu'à un arrêt récent, l'employeur pouvait soumettre le salarié à une clause de mobilité prévoyant que ce dernier a l'obligation d'accepter toute mutation dans le groupe auquel appartient sa société, voire même dans l'U.E.S (Unité Economique et Sociale). Cela avait pour conséquence pratique de forcer un salarié à la mobilité internationale ou à démissionner. L'employeur se constituant par avance une cause de licenciement de ce salarié (même si la clause devait déjà être appliquée de bonne foi et dans l'intérêt de l'entreprise). Depuis l'arrêt du 23 septembre 2009, la Chambre Sociale de la Cour de cassation estime que ce type de clause est nul².

En affirmant dans cet arrêt du 23 septembre 2009 que « la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle », la Cour de cassation affine le régime de la mobilité géographique des salariés³.

Les faits étaient les suivants : un salarié a été engagé en 1999 en qualité de responsable service marketing à Caen et a signé en janvier 2004 un avenant à

¹ Cass. soc., 14 oct.2008,RDT 2008,731

² ANTONMATTEI, Paul-Henri, rév ; Lamy droit des affaire « la nullité de la clause prévoyant une mobilité à l'intérieur du groupe. 1 novembre 2009,p.49-50

³ Cass.soc. 13 septembre 2009,Bull. 2009, n°191pouv.50901805

son contrat de travail par lequel il acceptait une promotion et l'adjonction d'une clause de mobilité stipulant que le salarié pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société du groupe et que la mise en œuvre de cette clause donnerait lieu à rédaction d'un nouveau contrat de travail auprès de la société d'accueil.

Une mutation sur Strasbourg lui ayant été annoncée, ce salarié la refuse. Il est ensuite convoqué à un entretien préalable à un licenciement puis licencié pour non-respect de la clause de mobilité. Dans un premier temps, la Cour d'appel de Caen avait accueilli favorablement les arguments de l'employeur selon lequel « une telle mutation constituait un simple changement des conditions de travail et non pas une modification du contrat lui-même ».

Partant, l'employeur prétendait que la mise en œuvre éventuelle d'une telle clause relevait de son pouvoir de direction et que le salarié ne pouvait, le cas échéant, s'opposer à celle-ci qu'en invoquant un abus de droit commis en l'occasion par son employeur ou en démontrant qu'elle n'était pas dictée par l'intérêt de l'entreprise ; deux hypothèses dont ne se prévalait pas le salarié ce qui devait constituer selon l'employeur « un non-respect de ses engagements contractuels que rien ne légitimait » et « une cause réelle et sérieuse à son licenciement ».

89. La Cour de cassation ne s'est pas laissé séduire par une telle position en raison notamment de la nature juridique de la clause de mobilité intra groupe ou intra UES. En effet, les sociétés affiliées à un même groupe n'ont une relation de dépendance qu'au niveau de l'imbrication des capitaux. Le Groupe n'a en lui-même aucune personnalité juridique. Il en est de même de l'U. E. S. formée par plusieurs sociétés juridiquement indépendantes dont l'identification ne corrige toujours pas, en ne lui octroyant pas la personnalité juridique, l'émiettement artificiel des personnalités juridiques de ces sociétés.

La clause de mobilité intragroupe ou intra UES aurait donc le pouvoir de nouer une relation contractuelle : le salarié change d'employeur. Un nouveau contrat se crée. Résultat dont la Cour de cassation peut ne se satisfaire compte tenu des effets de la mise en œuvre d'une telle clause bien que la mobilité concerne un même secteur géographique.

Si la nullité est désormais encourue pour les clauses de mobilité intra groupe ou intra U.E.S. prévoyant à l'avance que le salarié ne pourra refuser leur mise en œuvre, une telle mobilité reste possible à moins d'obtenir l'accord du salarié au moment voulu, c'est-à-dire lors de l'annonce de la mobilité. L'insertion de clauses de mobilité constitue une pratique courante dans les groupes. Cet arrêt pourrait avoir pour conséquence de réduire la mobilité des personnels, parfois importante au sein des groupes. Cependant, d'autres possibilités sont ouvertes à l'employeur, comme par exemple une mise à disposition, qui ne fait pas disparaître le contrat d'origine et ne le modifie pas¹. Au Mali, cette question ne se pose que dans des entreprises (S.P.IC; c'est à dire société publique à caractère industriel et commercial). Il est d'usage que les salariés et les employeurs acceptent des mutations dans différents villes du pays où il y a des représentations.

C- La nullité prononcée à l'occasion de la rupture du contrat de travail

90. En règle générale, en France comme au Mali, le juge ne peut prononcer la nullité d'une convention ou d'une procédure que si cette sanction a été expressément prévue par la loi. On exprime ce principe par l'adage : « Pas de nullité sans texte ». C'est un préalable avant l'application de la nullité. Néanmoins, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation française tend à élargir le domaine des nullités puisqu'elle admet qu'à côté des

¹ Cass. soc. 1er avril 2003 n° 02-14.680 : RJS 6/03 n° 708, Bull. civ. V n° 128.

textes prévoyant explicitement la nullité du licenciement, la violation d'une liberté fondamentale autorise le juge à annuler le licenciement¹.

La sanction qui consiste à annuler un acte ou une décision en droit du travail français n'est pas envisagée de la même manière en droit malien du travail. Parce que dans certaines hypothèses, le droit malien ne prévoit pas la nullité telle qu'on peut le concevoir en France.

Différents cas rentrent dans le périmètre de l'application de la nullité en France².

On examine cette sanction de nullité dans sa conséquence qui prévoit retour du salarié dans l'entreprise ou parfois dans le groupe. Le licenciement est tenu pour nul et non avenu. Le travailleur a droit, selon les hypothèses, soit à une

¹ Dans tous les cas une nullité est toujours basée sur un texte, même les cas de la violation des libertés fondamentales.

² Le licenciement nul doit être nettement distingué du licenciement prononcé en l'absence de causes réelle et sérieuse ou « abusif ». En effet, une situation donnée peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (faute disciplinaire ou faute contractuelle, motif économique ...) alors que des circonstances particulières ou la situation propre au salarié peuvent constituer un obstacle au licenciement, même en présence d'une cause réelle et sérieuse.

Dans ce cas le licenciement peut être annulé ou déclaré nul pour cause d'illicéité. Ainsi, en va-t-il d'une salariée enceinte dont l'employeur méconnaîtrait l'état de grossesse et qui serait licenciée en « l'absence de faute grave ou de circonstances rendant impossible le maintien du contrat de travail ». Ou encore, du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle licencié pendant son arrêt de travail, en l'absence également d'une faute grave ou de l'impossibilité de maintien du contrat de travail. De la même manière, un salarié protégé du fait d'un mandat de représentation du personnel (délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, délégué syndical...) et licencié en l'absence de l'autorisation administrative requise, aurait droit à la réintégration dans son emploi, son licenciement étant nul en raison de la violation de son statut protecteur.

Sans être exhaustif, il faut aussi citer le cas des licenciements discriminatoires en raison par exemple de l'état de santé du salarié ou d'autres situations rendant le licenciement illicite ou enfin des conséquences découlant d'une situation de harcèlement moral ou sexuel.

Le législateur différencie bien les sanctions attachées à ces deux types de situations distinctes : absence de cause réelle et sérieuse d'une part et motif illicite ou de nullité d'autre part.

Par exemple, tandis que l'absence de cause réelle et sérieuse de licenciement peut obliger l'employeur à rembourser les allocations chômage dans la limite de six mois lorsque le tribunal l'ordonne, (si le salarié a plus de 2 ans d'ancienneté et l'entreprise au moins 11 salariés), il n'en va pas de même en cas de licenciement nul. Ceci à une exception près légalement prévue : celle du licenciement annulé à la suite de l'annulation d'un plan social ou d'un plan de reclassement, situation expressément visée dans l'ancien article L122- 14-4 – alinéa 3 du Code du travail devenu l'article L.1235-11 du Code du travail :

« Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, ... il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier ... »

Et, l'article L1235-4 du Code du travail dispose : « Le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé ».

indemnisation dans la limite des revenus versés au titre d'une autre activité, soit à la réparation du préjudice durant l'attente du réemploi effectif sous réserve alors des rémunérations reçues¹.

Dans certaines hypothèses particulières, le licenciement pour « motif économique » est frappé de nullité quelle que soit la taille de l'entreprise ou l'ancienneté du salarié². Il en est ainsi de :

- l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi lorsque celui-ci est obligatoire ou de l'insuffisance de ce plan (article L 1233-61 du Code du travail) ;
- du licenciement d'un accidenté du travail ou d'un salarié victime d'une maladie professionnelle, pendant la période de suspension du contrat de travail (article L 122-32-2 du Code du travail);
- du licenciement d'une salariée en état de grossesse (article L 1225-1 et L 1222-4) du Code du travail); l'article L183 du Code du travail malien va dans le même sens. En effet ce texte indique que « pendant toute la période de suspension, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail » ;
- du licenciement fondé sur l'état de santé, l'origine, le sexe, les mœurs, la situation de famille, les opinions politiques, l'apparence physique ... (article L 1132-4 du Code du travail);
- du licenciement faisant suite à une action en justice fondée sur une discrimination (article L 1134-4 du Code du travail) ;
- du licenciement faisant suite au refus du salarié de subir des agissements de harcèlement sexuel ou moral (L 1153-2 et L 1152-1 du Code du travail);
- du licenciement d'un salarié gréviste, sauf faute lourde (article L 2511-1) du Code du travail)

¹Manuels, Le nouveau droit du travail , François DUQUESNE p271

² Manuels, Le nouveau droit du travail, François DUQUESNE p.270

En matière d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, il existe également un cas de nullité de licenciement lorsque ce dernier fait suite à une action en justice du salarié pour faire respecter cette égalité et que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse (article L.1144-3 du Code du travail). Le texte précise que la réintégration est de droit, le salarié étant regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi. Par ailleurs, les textes et la jurisprudence relatifs aux salariés protégés (membres des comités d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux, membres des C.H.S.C.T, conseillers prud'homaux ...), s'ils ne prévoient pas la nullité du licenciement, prévoient la possibilité pour le salarié protégé dont l'autorisation administrative de licenciement a été annulée, de solliciter sa réintégration (article L.2422-1 du Code du travail notamment). L'article L276 du Code du travail malien prévoit cette même sanction en disposant que « tout licenciement en violation de la procédure de l'autorisation de l'Inspecteur du travail est nul de plein droit et le délégué sera rétabli dans ses droits et réintégré dans l'entreprise... »

91. De même, la jurisprudence prévoit, la nullité du licenciement des salariés protégés licenciés sans autorisation administrative de licenciement, en violation de leur statut protecteur. La jurisprudence prive également d'effet le licenciement prononcé en violation de l'article L.1234-7 du Code du travail relatif au maintien du contrat de travail en cas de succession d'employeurs alors que le texte lui-même ne prévoit pas une telle nullité.

Enfin, le licenciement qui viole une liberté fondamentale est illicite et la jurisprudence considère alors qu'il est nul. Cette nullité trouverait son fondement dans l'article 1131 du Code civil. Il appartient au juge de se prononcer en fonction de chaque cas d'espèce. Si les décisions restent rares, elles sont susceptibles de connaître une évolution.

Par exemple, on peut citer la liberté d'expression hors de l'entreprise qui a donné lieu en 1988 à une décision judiciaire confirmant la nullité du licenciement¹. On peut également penser au principe de respect de la vie privée et de secret des correspondances.

La position du juge français est très claire sur cette question de nullité contrairement au juge malien. Ce dernier se contente d'appliquer strictement la loi. Il n'a pas de marge de liberté pour appliquer la sanction de la nullité² en faisant appel au droit commun des obligations ou à la notion du droit fondamental.

92. Le Code du travail malien est resté sur la notion du licenciement abusif. En effet dans une Sous-section IV intitulé: de la rupture abusive et du non-respect des formes du licenciement, le Code du travail malien ignore la nullité pour sanctionner les cas de rupture du contrat qui dans l'hypothèse du droit français sont frappés de nullité. L'article L.51 du Code du travail au Mali est le texte de base.

Ainsi l'Article L.51 prévoit: « La rupture abusive du contrat peut donner lieu aux dommages-intérêts. La juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture.

En cas de contestation l'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement.

La rupture du contrat est notamment abusive dans les cas suivants:

- lorsque le licenciement est effectué sans motif légitime ou lorsque la motivation est inexacte.

¹ Cass. Soc. 28 avril 1988, n° 87-41.804. la Cour de cassation a admis la nullité pour la première fois que, même en absence de texte consacrant la nullité, le licenciement pouvait être annulé.

² Tribunal du travail de Bamako arrêt n°274 RG, n°124JGT du 16-06-2005. Faisant référence à Cass.soc.12 février 1981,n°79-41.264, cah. pd'h.1981-72. Voir document annexe. Le tribunal du travail de Bamako fait appliquer la jurisprudence française dans son volet qualification de la nature de sanction, mais il est silencieux concernant la sanction telle que appliquée par le droit français

- lorsque le licenciement est motivé par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat déterminé¹.

Le montant des dommages-intérêts est fixé compte tenu de tous les éléments qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé... ».

Le champ d'application ce texte malien est large. Il vise non seulement le licenciement légitime ou la motivation est inexistante mais aussi, les licenciements pour des « motifs discriminatoires »².

1. Nullité du licenciement pour irrégularité dans la notification du licenciement au salarié :

93. S'agissant du pouvoir du signataire de la lettre de licenciement :

L'obligation de notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception a un champ d'application très étendu ; elle concerne en effet tous les licenciements en France. Dans tous les cas c'est la date de présentation de cette lettre recommandée qui fixe le point de départ du délai-congé (l'article L.1234-3) et qui permet de déterminer les conséquences de la rupture³. Cette procédure existe en droit malien, mais ce n'est pas le salarié qui est informé par lettre recommandée mais l'Inspecteur du travail (L 40 du Code du travail au Mali) en cas de licenciement individuel. Aussi, le licenciement peut être notifié verbalement au travailleur par l'employeur dans certains pays d'Afrique⁴.

Toutefois, la notification par écrit paraît s'affirmer quant on regarde le contenu de l'article L.52 du Code malien qui indique : Si le licenciement d'un travailleur est légitime quant au fond mais survient sans observation de la formalité de la

¹ Ce passage nous rappelle au Code du travail en France qui écarte tous les motifs discriminatoires de la cause réelle et sérieuse du licenciement (articles L. 122-45, L.1153-2, L.1152-1 du Code du travail français.

² V. infra , la sanction pour violation du principe de non discrimination.

³ Cass.soc. 20juin 1979,,D.1980.91, obs.J. PELISSIER. Conformément à la jurisprudence antérieure, la notification du licenciement par lettre recommandée avec accusé de réception n'est qu'un moyen de preuve légale pour vérifier toute contestation sur le point de départ du délai-congé. ; doit être cassé, le jugement ayant accordé l'indemnité pour inobservation de la procédure(en espèce remise en main propre contre émargement) : Cas.soc, mai 1979,bull.civ.v.273 ;26 oct1979,Bull.civ,V592,soc.20 oct ;1983,ju.soc,1983,S.J256.

⁴ Le droit du travail en Afrique francophone, p.278.

notification écrite de la rupture ou de l'indication de son motif, le tribunal doit accorder au travailleur, pour sanctionner l'inobservation des règles de forme, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois du salaire brut du travailleur ». Ce texte ne fait que sanctionner l'irrégularité, mais reste silencieux sur la procédure de notification par lettre recommandée. C'est ce qu'a confirmé le Tribunal du travail de Bamako le 22 juillet 2004¹. L'hypothèse était que l'employeur avait notifié le licenciement sans le faire par lettre recommandée avec accusé de réception. En cas de difficulté de preuve, on peut invoquer à l'article L.51 du Code du travail².

En France, cette énonciation a dorénavant lieu dans la lettre de licenciement elle-même et non plus, comme cela a été longtemps le cas, par lettre séparée en réponse à la demande faite par le salarié. Cette obligation d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement concerne tous les licenciements, que ceux-ci aient un motif économique ou personnel, disciplinaire ou non disciplinaire. Elle joue un rôle important en cas de litige. L'indication portée dans la lettre de licenciement fixe, en effet, les limites du litige³; les juges n'ont pas à examiner dans leur recherche l'existence d'une cause réelle et sérieuse d'autres griefs que l'employeur pourrait alléguer en cour d'instance⁴.

2. La nullité du licenciement économique :

94. L'employeur peut être amené, en raison de difficultés conjoncturelles économiques, à réorganiser son entreprise dans le but de réduire ses frais généraux et pour éviter une fermeture définitive. Cette mesure entraîne la suppression de certains postes ou de certains emplois⁵. On reconnaît généralement à l'employeur le droit d'organiser son entreprise comme il

¹ Arrêt n°254RG, n°056 J.G.T DU 22 JUILLET 2004

² Le juge constate l'abus, et vérifie la légitimité de la cause la réalité du motif.

³ Soc, 19 juin 1991, R.J.S 869/91 n°959

⁴ Conf, infra, à la réparation par équivalent pour la sanction des irrégularités procédurales.

⁵ Le droit du travail en Afrique francophone, université francophones, R. LEMESLE, p.282

l'entend à condition que la réorganisation envisagée se fasse dans l'intérêt exclusif de l'entreprise et que les motifs invoqués soient réels. En France, le licenciement économique est celui effectué par l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification, refusé par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques (C. travail L.1233-3).

Quant au Code du travail du Mali, il indique dans son article L.46: « Tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, constitue un licenciement pour motif économique ». Cette définition s'est largement inspirée du contenu de l'ancienne rédaction de l'article L.1233-3 du Code du travail français. Avec le nouveau Code la partie: « la modification d'un élément substantiel du contrat du contrat », est remplacée, par « l'élément essentiel du contrat de travail ». Ce phénomène est fréquent en droit du travail malien¹.

95. Lorsque ces conditions sont réunies, le licenciement est légitime. Ces exigences sont aussi posées en droit français qu'en droit malien du travail, mais avec des nuances et des divergences au niveau des sanctions appliquées. L'étude de la nature des sanctions liées au non-respect des règles procédurales telle que l'obligation de reclassement (2) et des mesures d'accompagnement tel que le plan de sauvegarde d'emploi (1). Mais le licenciement peut –il être annulé pour défaut de motif économique, comme c'est le cas de l'absence de l'obligation de

¹ V, par exemple sur le remplacement de « réputé » par « présumé » au niveau de la qualification du contrat de travail à durée déterminée au contrat à durée indéterminée.

reclassement. Il apparaît actuellement que le motif même du licenciement semble être une évidence avant toutes autres mesures.

a). La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social:

96. Aux termes de l'article L.1235-10 du Code du travail français : « la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés ». De ce fait, La nullité qui affecte un plan social, en raison de son insuffisance, s'étend aux licenciements économiques ensuite prononcés¹, de sorte que les salariés licenciés dans ces conditions doivent être réintégrés dans leur emploi, s'ils le demandent. Cette réintégration des salariés dans leur emploi ou dans un emploi similaire est une conséquence nécessaire de la nullité d'un licenciement et la loi du 17 janvier 2002 a par la suite prévu, en modifiant l'article L. 1235-3 du Code du travail, la poursuite du contrat de travail, nonobstant un licenciement qui est atteint de nullité, lorsque le salarié le demande². Il convient d'apprécier la portée de l'arrêt Samaritaine :

En Droit français, les manquements de l'employeur en cas de licenciement (absence de motif réel et sérieux, irrégularité formel) donnent lieu à une sanction indemnitaire (réparation du préjudice, peine privée), alors que la nullité réintégration est essentiellement réservée à la violation des libertés fondamentales, ou du principe de non-discrimination³. Cet équilibre se trouve modifié.

En admettant la nullité du licenciement, la Cour de cassation exprime une politique jurisprudentielle : si l'exigence de motif économique à l'appui d'un

¹Cass.sSoc., 13 février 1997, Bull. n° 64, Rapport annuel 1997, p. 201, v D.1997.171 note A. LYON-CAEN, J.E.RAY ; lire les arrêt samaritaines, Liaison social, mens. mars 1997,50 ; interview G.COUTUTIER et J.PELLISSIER, sem.soc.lamy,n°829,3. P-H. ANTONMATTEI, la nullité du licenciement consécutif à la nullité du plan social Rjs 3/97,155

² Chambre sociale, 15 juin 2005 Bull. n° 202 Dr .soc.2005,p.847, G.COUTUTIER sur la nullité sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement : dits et nondits du premier arrêt WOLBER,

³ V.supra

licenciement n'est pas excessivement contraignante, le juge doit en revanche veiller à un respect rigoureux des mesures sociales qui doivent figurer dans le plan de sauvegarde de l'emploi et tout spécialement des mesures de reclassement. En cas de manquement, il doit prononcer de façon intraitable la plus forte sanction, à savoir la nullité des licenciements.

97. Le scénario est en principe le suivant¹ : le comité d'entreprise ou une organisation syndicale obtient l'annulation de la « procédure collective » de licenciement pour insuffisance de l'emploi, devant le T.G.I, le juge des relations collectives du travail. La nullité de la procédure s'étend au plan lui-même². Tant que les licenciements n'ont pas été décidés, les salariés n'ont pas de droit propre pour agir en nullité ou en suspension de la procédure³.

Si, en même temps, les licenciements ont été notifiés, les salariés peuvent se prévaloir de leur licenciement devant le conseil des prud'hommes, le juge du contrat de travail.

A défaut de contentieux collectif devant le T.G.I, depuis l'arrêt Alefpa du 30 mars 1999, les salariés qui ont été licenciés peuvent directement contester le plan social, au besoin en référé, devant le conseil de prud'hommes, à l'appui de leur demande en nullité de leur licenciement⁴. Ils ont en effet « un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul... ». Cette affirmation est la suite logique de la jurisprudence Samaritaine. Notamment l'employeur ne peut opposer au salarié qu'il lui avait proposé des mesures individuelles de reclassement⁵.

¹ Droit du travail, Antoine MAZEAU, 7^e éd, pécité p.508.

² Idem Chambre sociale, 15 juin 2005 Bull. n° 202.

³ Dr.soc .2003, p726 note Gérard COUTUTIER

⁴ Cass.soc.30 mars 1999, Dr.soc.1999, 598 note G.COUTUTIER, insuffisance du plan social. Les actions en nullité prpre au salariés,p593 ; 20 mars 2001,P+B,Dr.soc. 01 561, obs, G .COUTUTIER.

⁵ Cass.soc. 28 novembre 2006,JCP S 2007, note B.BOSSU. le non respect du délai de réflexion dans un plan de reclassement afin de permettre à chaque salarié de se prononcer sur les mesures de reclassement est une garantie de fond, dont le manquement prive le licenciement de sans cause réelle et sérieuse(Cass. Soc. 16 mars 2007,RJS 7/70,n°827).

98. Il convient de réserver l'hypothèse du redressement ou de la liquidation judiciaire. L'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi qui, reste nécessairement dans ces de figure n'entraîne pas la nullité des licenciements en raison de la rédaction défectueuse des lois successives. Selon la Cour de cassation, l'absence ou l'insuffisance du plan « prive les licenciements économiques de cause réelle et sérieuse » qui sont ensuite prononcés¹. Une telle affirmation est surprenante : ce qui est collectivement insuffisant (plan de sauvegarde de l'emploi) ne l'est pourtant pas nécessairement au plan individuel (obligation individuelle de reclassement). L'absence de cause réelle et sérieuse est sollicité comme un « ersatz »², faute de pouvoir appliquer la jurisprudence la samaritaine³. La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a consacré cette jurisprudence en durcissant ses effets. Sans revenir sur les principes de solution, la loi du 18 janvier 2005 (cohésion sociale) limite cependant le droit pour le salarié d'exiger sa réintégration⁴.

Mais, la validité du PSE peut-elle être indépendante de la cause du licenciement ?

b)- L'absence de nullité de licenciement lié au motif économique du licenciement :

99. Un PSE ne peut être annulé pour défaut de motif économique⁵, contrairement à ce qu'affirmait la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Viveo. Une telle évolution suppose une modification de la loi.

Aussi bien le droit français (l'articlet. L1233-3) que le droit malien (article. L. 46 du Code du travail) s'accorde que le licenciement dit économique n'est

¹ Cass.soc. 2 fevr.2006, P+B+R+I ; Cass.soc. 2 fev .2006, liaison social 2006 n°943.

² Droit du travail A.MANZEAU 7éd, précité p509.

³ Dans un arrêt, les salariés peuvent prétendre en pareil cas « à la réparation du préjudice causé par l'insuffisance du plan social » ces salariés étaient des représentants du personnel, dont le licenciement avait été autorisé ; il eût été contraire à la séparations des pouvoirs de juger que le licenciement fut sans cause réelle et sérieuse (Cass.soc. 3 mai 2007,Dr.soc.2007 ,900 obs.G. COUTUTIER ;RJS, 7/70 n°873 ; JCP S 1700 note B.BOSSU.

⁴ Art L.1235-11 C.trav. Selon l'art. L1235-14, la sanction de la nullité ainsi définie ne s'applique pas aux salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté. V. infra, La réintégration : remise en état.

⁵ Cass.soc.3 mai 2012, n°11-20.741,FS+B+R (Lexbasse :A5065IKS, Lexbasse-news

économique qu'il est fondé sur un motif économique. Ainsi sans ce motif, le licenciement peut-il être annulé pour absence de cause ?

La définition donnée par l'article L.1233-3 du Code du travail comporte un élément permettant d'identifier la cause du licenciement ainsi qu'un élément justificatif. Le motif présente un caractère économique s'il satisfait à une des conditions que la loi pose de manière exhaustive : « suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail », (causes que la loi énonce, sur ce point. Mais il ne justifie le licenciement que s'il est issu de l'une des causes que la loi énonce, sur ce point, de manière non limitative et dont la description s'impose à son auteur : « notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » (cause justificative). Si le motif ne repose pas sur l'une des conditions légales, la rupture du contrat de travail est soustraite au régime des compressions d'effectifs. S'il ne présente pas de justification suffisante, il pourra-t-il- être annulé ?

Certains auteurs dont le Professeur DUQUESNE avait laissé croire que l'absence du P.S.E n'entraîne pas la nullité mais déclenche le versement d'une indemnisation au salarié qui en fait l'objet. Cette position qui n'est pas partagée par le jugement du T.G.I de Troyes, et par la Cour d'appel de Paris l'arrêt Vivéo¹, vient d'être confirmée par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

100. Les deux juridictions avaient prononcé la nullité du PSE en raison de son insuffisance : cette décision a pour origine les graves difficultés économiques rencontrées par la société Sodimédicale, filiale à 100% de la Société Lohmann et Rauscher France, elle-même détenue à 100% par Lohmann et Rauscher Germany. Au mois d'avril 2010, lors d'une réunion mensuelle du comité d'entreprise, le gérant de la société sodimédical annonce la fermeture prochaine de l'entreprise et la suppression des 140 emplois qu'elle compte. Par jugement

¹ CA Paris, Pôle 6, ch 2, 12 mai 2011, n°11/01547, semaine sociale Lamy, n°1509, p.11, avec la chr. de G.COUTUTIER.

prononcé le 30 juillet 2010, le T.G.I de Troyes annule le plan de sauvegarde de l'emploi proposé le 21 juin 2010, en raison de ses insuffisances¹. Après avoir énoncé que la validité du plan doit être examinée à l'aune des moyens dont dispose le groupe Lohmann et Rauscher, le tribunal relève que c'est en raison de choix délibérés de la société mère que la société Sodimédical se trouve dans une situation difficile.

Postérieurement à ce premier jugement « Viveo », la société Sodimédical engage une autre procédure de licenciement pour motif économique au mois d'octobre 2010. A nouveau saisi, le T.G.I de Troyes annule le plan de sauvegarde de l'emploi par jugement en date du 4 février 2011. Si le résultat est identique, le fondement de l'annulation n'est toutefois plus le même. Laissant de côté le grief de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, le tribunal justifie cette fois-ci la nullité de cet acte juridique par l'absence de cause économique.

101. Dans cet arrêt Viveo, la nullité prononcée se présente comme étant celle prévue au premier alinéa de l'article L. 1235-10 du Code du travail². La Cour d'appel prononce, à la demande du comité d'entreprise, l'annulation de « la procédure et de tous ses effets subséquents » en jugeant que le défaut de motif économique rend sans objet la consultation du comité et sans effet la procédure subséquente. Pour ce faire, elle se réfère très explicitement à la règle de l'article L. 1235-10. Il est évidemment très frappant que la nullité de la procédure soit prévue par ce texte comme une sanction spécifique de l'absence d'un plan de reclassement des salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi, tandis qu'ici cette sanction est prononcée en raison de l'absence de motif économique. La Cour d'appel s'en explique. Elle écarte d'abord l'interprétation restrictive de l'article L. 1235-10 qui résulterait d'un raisonnement a contrario : « Si l'article L. 1235-10 du Code du travail dispose que la procédure de licenciement collectif

¹ V, infra, T.G.I de Troyes du 4 février 2011 chambre civile,

² G. COUTUTIER, la nullité du licenciement, précité

économique est nulle tant qu'un plan de reclassement des salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, il ne peut être déduit de ce texte que le législateur aurait implicitement admis qu'alors même que le motif économique fondant l'engagement d'une semblable procédure ferait défaut, celle-ci n'en serait pas moins valable. » La Cour préconise plutôt un argument a fortiori : si la procédure est nulle avec toutes les conséquences qui s'attachent à cette nullité à défaut de plan de reclassement, combien plus doit-elle l'être quand c'est le motif économique qui fait défaut. L'arrêt évoque à cet égard une « logique élémentaire » dont on ne peut pas croire que le législateur s'en soit écarté et qui fait du motif économique « le fondement même de ce plan et l'élément déclenchant de toute la procédure ». C'est cette logique qui doit prévaloir, selon l'arrêt, tant il est vrai que « la lecture de l'article L. 1235-10 ne peut se faire qu'à la lumière, à la fois, des règles de droit commun selon lesquelles pour qu'un acte soit valable, il doit respecter les prescriptions légales et des dispositions particulières régissant, dans le Code du travail, les relations du chef d'entreprise et des institutions représentatives du personnel ». La motivation de l'arrêt Vileo est donc fondée logiquement sur une certaine présentation de l'agencement des règles et des sanctions.

102. Une autre logique s'imposait depuis la décision du Tribunal de Grande de Troyes qui annule le plan de sauvegarde de l'emploi par jugement en date du 4 février 2011¹. Aussi a-t-il pu être proposé d'autres justifications, telles que l'inexistence². On peut aussi songer à l'absence de cause, dès lors que l'on admet qu'il n'y a aucune raison qu'un acte unilatéral ne soit pas soumis aux prescriptions de l'article 1131 du Code civil et que l'on rappelle que c'est la loi elle-même qui fait dépendre l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi

¹ T.G.I Troyes(ch.civ ;4 février 2011, n°10/02475.

² De quelques difficultés des relations mères-fille, Semaine social Lamy, du 26 décembre 2011.n°1519 Gilles Auzero,

de l'existence d'un motif économique¹. La démonstration pourrait être discutée point par point, mais il est surtout douteux que cet agencement soit compatible avec le régime des licenciements économiques et même avec le droit du licenciement en général, tels qu'ils se sont construits depuis les lois de 1973 et de 1975. Depuis ces lois, la tentation de remettre à l'endroit les sanctions du droit du licenciement économique est récurrente : ne voit-on pas que l'application des règles s'impose dans un certain ordre et que les sanctions devraient être déterminées en fonction de cet ordre ? La logique des nullités de procédure a été périodiquement évoquée. On peut la présenter sommairement ainsi : le licenciement ne devant intervenir qu'au terme d'une procédure obligatoire dont la raison d'être est d'influer sur la décision même de licencier, le respect de la procédure devrait être premier. La question de la justification (motif, possibilités de reclassement, etc.) ne devrait donc être posée qu'à l'égard de licenciement donnant lieu à une procédure régulière, les autres étant nécessairement nuls.

Observons que dans la logique de l'arrêt Vileo de la Cour d'appel de Paris, l'ordre est exactement inverse : ce qui est un préalable qui commande tout le reste, selon cet arrêt, c'est le contrôle du motif économique. Quoi qu'il en soit, la logique des nullités de procédure n'est pas celle du droit positif. Selon la formule de la jurisprudence, « seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi entraîne la nullité de la procédure de licenciement » ; l'irrégularité qui n'entraîne pas la nullité de la procédure de licenciement, permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure si celle-ci n'est pas terminée ou, à défaut, la réparation du préjudice subi².

¹ V. Semaine sociale Lamy : Auzero précité, p.7

² v. en particulier les arrêts CGT de Saint Priest, Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, Bull.civ. V, n° 501, et Bennaroche, Cass.soc., 25 juin 2008, n° 07-41.065.

La solution est parfaitement conforme au principe de distinction entre le fond (la justification) et la forme (la procédure du plan de sauvegarde de l'emploi) et doit être approuvée.

103. La solution de l'arrêt du 3 mai 2012 était, éminemment prévisible compte tenu des termes mêmes des précédentes décisions rendues par la Cour de cassation. Si on sait, depuis l'arrêt « Siétam », qu'il y a lieu d'assimiler à l'absence de présentation du plan l'insuffisance de celui-ci¹ et que la nullité du plan entraîne celle des licenciements prononcés dans son prolongement², on sait également que la Cour de Cassation s'est efforcée de circonscrire étroitement les cas de nullité du plan aux seules expressément visés par le texte, excluant que cette nullité radicale puisse s'appliquer à des « simples irrégularités » procédurales, à l'absence d'information du salarié en temps utiles sur les diverses mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi qui le prive de toute pertinence »³, au défaut d'affichage du plan de sauvegarde de l'emploi dans les conditions prévues par L.1233-49 du Code du travail⁴, ou au non-respect de l'engagement unilatérale de limiter le nombre de licenciements pendant une période déterminée...si le plan comporte des mesures d'accompagnement suffisantes. Dans toutes ces affaires où la Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité des licenciements, l'argumentation est toujours la même et la Haute juridiction affirme « seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi entraîne la nullité de la procédure de licenciement »⁵.

C'est une solution justifiée en droit, en effet, la Cour de Cassation livre un élément de justification supplémentaire : « la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du

¹ Cass.soc.16 avril ,n°93-15.417.

³Cass.soc.,13 fevr.1997,n°96-41.874, idem arrêt Samaritaine

³ Cass.soc.25 juin 2008,n°07-41067. Obs , M. CUENOT ' la sanction d'information tardive du salarié sur le contenu du plan de sauvegarde d'emploi. Lexbase- ebdo.n°313, 7 juillet 2008.

⁴ Cass. Soc. 9 mai 2000, n°01-17-501, G.COUTUTIER. Dr. Soc.2000. 789.

⁵ Cass.soc. 9 mai 2000, précité

plan étant indépendante de la cause du licenciement ». Depuis toujours, la distinction du motif du licenciement et de la validité de la procédure de licenciement est au cœur du droit du licenciement économique. On en voudra pour preuve que jusqu'à la recodification du Code du travail intervenue en 2007, les règles de la justification du licenciement (de la cause réelle et sérieuse) et celle de la validité de la procédure du licenciement pour motif économique, singulièrement celle du plan de sauvegarde de l'emploi figuraient dans des livres distincts du Code du travail. Depuis 2007, et pour des raisons pédagogiques, l'existence de justification a été reprise dans le chapitre consacré au licenciement pour motif économique, où elle coexiste avec le régime procédural, mais dans des sections clairement distinctes. Cette différence de nature entre la justification et la forme exclut donc d'étendre les sanctions de l'une à l'autre. Or, un simple regard sur l'article L.1235-10 du Code du travail suffira à s'en convaincre : c'est bien l'obligation de présenter aux représentants du personnel un plan de reclassement qui est sanctionnée, et non de justifier les licenciements ou de reclasser individuellement les salariés.

104. Certes, la Cour de cassation a, depuis 2010¹, ouvert une brèche dans le principe selon lequel il « n'y a pas de nullité sans texte », auquel s'est d'ailleurs référé le Conseil Constitutionnel en 2002 lors de l'examen de la loi de modernisation sociale², lorsque le licenciement porte atteinte à une liberté fondamentale d'un salarié. On sait, toutefois, que la Cour de cassation n'a consacré depuis qu'un seul cas de nullité « virtuel » et encore pour assurer l'effectivité de la protection d'une liberté individuelle, la « liberté fondamentale de la défense »³. En refusant de consacrer une nouvelle hypothèse de nullité, que celle-ci soit fondée sur une interprétation extensive de l'article L.1235-10 du Code du travail, ou sur la nécessité de sanctionner efficacement les atteintes aux

¹ Cass.soc. 13 mars 2001, n°99-45.735, C. ROY – LOUSITAUNAU, Ds.2001,p.1017

² Décision de C. Const. n°2001-455 DC du 12 janv.2002. X. PRETOT Dr soc.2002, p.244

³ Lexbase, précité p.4

libertés, la Cour de cassation montre aussi qu'elle n'entend pas se laisser déborder par des initiatives venant des juridictions du fond¹.

En droit malien, le Code du travail ne prévoit pas le plan social au sens du droit français. A ce titre il exclut toute sanction rattachable à cette mesure. Par contre il met à la charge de l'employeur de trouver une alternative au licenciement notamment en réduisant les heures du travail, le travail par roulement, le chômage partiel. Donc l'employeur dispose un choix entre plusieurs possibilités pour sauver les emplois. Le terme utilisé à cet effet est un devoir et non une obligation. En France, il existe une obligation à la charge de l'employeur enfin de trouver une alternative au licenciement. C'est le cas de l'obligation de reclassement prévue par l'article L.1233-5 du code du travail. De ce fait, les deux droits ont en commun des mesures alternatives au licenciement pour motif économique.

Le développement des mesures dites d'accompagnement de la compression des effectifs constitue une avancée majeure depuis la suppression de l'autorisation administrative. La loi n°89-54 du 2 août 1989 portant réforme du licenciement économique, a légalisé la pratique des plans sociaux. Mais l'obligation de reclassement s'est très vite échappée de cette pratique pour acquérir son indépendance à l'initiative, cette fois, du juge judiciaire. Sur le fondement de L1134 du Code civil, il a été affirmé qu'il incombe à l'employeur de reclasser le travailleur exposé au licenciement dans un emploi compatible avec ses capacités, au besoin, en assurant son « adaptation »².

105. En France, la simple suppression de poste ou le seul refus de modification du contrat ne suffisent pas à justifier sa rupture : le licenciement ne sera possible qu'en cas d'impossibilité ou de refus du reclassement (Code du travail L.1233-3) à défaut la rupture est dépourvue de juste motif. La recherche d'une possibilité de reclassement doit intervenir dès que le licenciement est envisagé ;

¹ Lexbase, idem p.4.

² Cass.soc. , 8avril 1992,Bull.civ.n°258

elle se termine par la notification de la rupture¹, serait inopérante toute proposition formulée en cours de préavis. Cette recherche présente, de plus, un caractère individuel pour chaque salarié : le fait d'avoir établi un plan de sauvegarde de l'emploi ne dispense donc pas l'employeur d'y procéder².

Le texte pose trois contraintes :

- Le licenciement ne peut intervenir que lorsque tous les efforts d'adaptation et de formation auront été réalisés. Le texte complète ici l'obligation de l'employeur d'assurer l'adaptation permanente des salariés à l'évolution de leur emploi.
- Le licenciement ne peut intervenir que si le reclassement du salarié s'avère impossible, soit sur un emploi de même catégorie, soit sur un emploi de catégorie inférieure dans l'entreprise ou, à défaut dans le cadre du groupe³.
- Les offres de reclassement doivent être écrites, précises et individualisées pour que le salarié lui accorde attention⁴. Mais rien ne s'oppose à ce que soit adressé oralement lors de l'entretien pourvu qu'un document soit remis à l'issue de cet entretien.

Au Mali, l'employeur pour tenter d'éviter un licenciement pour motif économique, doit réunir les délégués du personnel et rechercher avec eux toutes les autres possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel (article L.47)⁵.

106. Si on prend, l'exemple de réduction du travail pour éviter le licenciement économique, il consiste à placer le salarié en chômage partiel lorsque son entreprise est contrainte de fermer temporairement ou de réduire le temps de

¹ Le droit du travail en France, Denis. GATUMEL, 12 septembre 2009, édition FRANCIS LEFEBVRE, p.169

² Le droit du travail en France précité, idem pour la page

³ cass soc, 25 juin 1992, bull. Civ, n°420. Le groupe est défini comme l'ensemble des entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel groupe de reclassement n'a donc pas pour fondement les liens financiers tissés entre différentes entreprises qui le compose (art L.2331-1).

⁴ Cass., soc., 20 septembre 2006, n°04-45703 ;

⁵ idem

travail en raison de difficultés économiques. Le salarié bénéficie alors d'une allocation en compensation de la perte de salaire qui en découle.

Ce dispositif existe au Mali depuis 1992. En France, il vient d'être rénové par la loi du 24 novembre 2009 sur la formation professionnelle. A cet effet, l'article L.5122-2 du Code du travail français, le définit comme l'action d'éviter des licenciements pour motif économique touchant certaines professions dans certaines régions atteintes ou menacées d'un grave déséquilibre de l'emploi, par des mesures de prévention engagées pour une durée déterminée.

Pour ce qui concerne la mise en œuvre de la mesure le droit malien et le droit français partagent des points communs. Lorsqu'une mise au chômage partiel est envisagée, l'entreprise concernée doit avant toute chose informer et consulter le comité d'entreprise (Articles L.2323-6, R.5111-5, D.5122-33 et D.5122-44 du Code du Travail). Au Mali, le Code du travail évoque la réunion entre le chef d'entreprise et le délégué du personnel. Aucune information préalable et collective des salariés ne semble en revanche requise puisque la mise en œuvre du chômage partiel n'est pas considérée comme une modification du contrat de travail. Un salarié ne peut donc a priori refuser la mise en place d'un tel dispositif. Les entreprises devront néanmoins veiller à une plus grande prudence en ce qui concerne les salariés protégés en raison de la protection attachée à leur mandat. Pour permettre aux salariés de bénéficier du versement des allocations de chômage partiel, l'employeur doit ensuite adresser au préfet une demande d'indemnisation laquelle devra nécessairement préciser :

- les motifs justifiant le recours au chômage partiel,
- la durée prévisible de la sous-activité,
- le nombre de salariés concernés,
- ainsi que la durée du travail accomplie par chacun d'eux.

En cas de suspension d'activité due à un sinistre ou à des intempéries, l'employeur dispose d'un délai de 30 jours pour adresser sa demande. Le préfet dispose quant à lui d'un délai de 20 jours pour statuer sur cette demande.

Ces actions peuvent comporter notamment :

a) La prise en charge partielle par l'Etat des indemnités complémentaires de chômage partiel dûes aux travailleurs victimes d'une réduction d'activité au-dessous de la durée légale du travail. Cette prise en charge se fait par voie de conventions conclues avec les organismes professionnels ou interprofessionnels ou avec les entreprises ;

b) Le versement d'allocations aux salariés subissant une réduction d'activité en dessous de la durée légale du travail pendant une période de longue durée. Ce versement intervient par voie de conventions conclues par l'Etat avec les organismes professionnels, interprofessionnels ou avec les entreprises. Ces allocations sont financées conjointement par l'entreprise, l'Etat et l'organisme gestionnaire du régime d'assurance chômage. Elles sont cessibles et saisissables dans les mêmes conditions et limites que les salaires. Les contributions des employeurs à ces allocations ne sont passibles ni du versement forfaitaire sur les salaires ni des cotisations de sécurité sociale.

Pour sanctionner le non-respect de ce devoir de l'employeur, par hypothèse on pourra se référer à l'art L.51 du Code du travail malien qui sanctionne la rupture abusive du contrat de travail. Ce texte vise tous les cas de licenciement individuel et collectif pourvu que le motif soit illégitime. Ainsi l'employeur qui rompt le contrat sans proposer la réduction du temps du travail, ou le chômage partiel commettrait une rupture abusive des contrats du travail sanctionnée par des dommages-intérêts accordés aux salariés licenciés. A l'image du droit français cette solution se justifie. C'est la logique de la sanction de l'irrégularité qui n'entraîne pas la nullité de la procédure de licenciement et permet seulement

d'obtenir la suspension de la procédure si celle-ci n'est pas terminée ou, à défaut, la réparation du préjudice subi¹. D'autant plus, que les dommages-intérêts est la principale réclamation des salariés maliens. Cela est une constante au détriment de toutes autres demandes. Ce qui a fait aussi que le Tribunal du travail de Bamako dans l'affaire de Dame DIARRA a appliqué la sanction du non-respect de la procédure de réunion sur le fondement L.51² et non la nullité. Dans cette affaire deux salariés avait été licencié pour motif économique sans que l'employeur ait réuni le délégué du personnel.

En France, la sanction de la nullité étant réservée au plan social insuffisant³, il faut considérer qu'il y a double obligation de formation - d'adaptation et de reclassement placée sous le régime de la compression d'effectif injustifiée à la charge de l'employeur ou, le cas échéant, de chaque co-employeur⁴. Ainsi tout licenciement économique prononcé sans qu'il ait eu tentative d'adaptation et de reclassement doit être déclaré sans cause réelle ni sérieuse⁵. Il peut aussi donner lieu à de la réparation d'un préjudice supplémentaire au titre de la violation de l'obligation générale d'employabilité du salarié. Aucun recrutement n'est possible sans qu'il y ait eu proposition de reclassement ce qui, au passage, atteint directement la liberté d'embauche selon le professeur François DUQUESNE⁶. Il a déjà été souligné que la portée de la sanction est incertaine⁷.

¹ v. en particulier les arrêts CGT de Saint Priest, Cass. soc., 18 nov. 1998, n° 96-22.343, Bull.civ. V, n° 501, et Bannaroche, Cass.soc., 25 juin 2008, n° 07-41.065.

² Dans cette affaire, la salariée a été licenciée pour motif économique alors que son employeur a omis de consulter le délégué du personnel. Affaire, Mme Jeanne DIARRA et POBANOU, n°277 RG,n°55JGT du 11mars2005 ? PR2CIT2 .

³ Conseil Constitutionnel, déc. n° 2001-455, du 12 janv 2002.

⁴ Coas.soc, 19 juin 2008, n°07-547

⁵ Manuels Le nouveau droit du travail, Gualino lextenso éditions actualisées avec les reformes votées et les chantiers sociaux 2008/2009, p.320

⁶ Idem, Le nouveau droit du travail de François DUQUESNE précité

⁷ On pourrait considérer que le manquement à l'obligation de reclassement prive le motif de licenciement de sa nature économique. En n'identifiant pas les possibilités d'emploi existant au sein de la collectivité du travail, l'employeur s'empêcherait d'invoquer les difficultés financières que rencontre l'entreprise à l'appui de sa décision, la réorganisation ou la mutation technologique projetées. L'obligation de reclassement intégrerait les éléments qualifiant la définition du motif économique. Mais il serait aussi possible de l'associer à l'exigence de sérieux qui fonde tout licenciement. il en découlerait que la compression des effectifs serait dépourvue de toute justification lorsqu'aucune recherche d'emploi n'a été pratiquée avant la rupture. Faute de reclassement, le licenciement conserverait sa nature économique mais ne serait pas « sérieux ». L'obligation de reclassement

Lorsqu'il a été procédé au licenciement pour motif économique sans que soit proposé au salarié le bénéfice de la convention de reclassement personnalisée ou d'un contrat de transition professionnelle, l'employeur doit verser aux organismes gestionnaires de l'assurance chômage une contribution égale à deux mois de salaires brut moyen des douze derniers mois travaillés (c. travail L.1235-16 et ord. n°2006-433 du 13 avril 2006, art 11). Au sujet des anciennes conventions de conversion, la jurisprudence avait admis la réparation du préjudice subi par le salarié¹. Cette solution doit trouver application.

Paragraphe II : La nullité des décisions patronales unilatérales

107. On entend par décisions patronales unilatérales l'ensemble des décisions qu'un employeur peut prendre de façon unilatérale et qui affectent la vie professionnelle du salarié. Parmi ces décisions, on peut retenir les irrégularités liées à la sanction disciplinaire, le non-respect du principe de non-discrimination, le harcèlement moral et physique.

A-: Cas de l'annulation de la sanction disciplinaire :

108. En France, l'article L.1331-1 du Code du travail définit la sanction disciplinaire comme : « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la situation du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération ». Ainsi, le pouvoir disciplinaire est celui qui permet à l'employeur de sanctionner un salarié lors que ce dernier a eu un comportement qu'il considère comme fautif. Mais, puisque que tout individu qui détient un pouvoir

rejoindrait alors les éléments justifiant de la définition du motif économique. Cette dernière analyse s'accorde bien à l'idée d'un droit au reclassement, expression du « droit à l'emploi ». Dénier au licenciement sa nature économique, faute de reclassement, conduit à refuser au salarié le bénéfice de l'ensemble de la protection que la loi lui accorde dans ce contexte particulier et notamment, de la priorité de réembauchage, ce qui est assez paradoxal. En revanche, associer l'obligation de reclassement et l'examen du sérieux du motif de licenciement permet d'étoffer le contrôle de la décision économique en y intégrant un critère de proportionnalité.

¹ Cass.soc, 8 juillet 1997, Sem, soc, Lamy,som,n°849.

a tendance le plus souvent à en abuser, le législateur aussi bien français que malien, a dû intervenir pour réglementer l'exercice de ce pouvoir, afin d'éviter d'éventuel abus de la part de son détenteur.

Le Code du travail français comme le Code du travail malien ne définissent pas la faute disciplinaire. Le Code du travail français n'aborde que très indirectement la question en délimitant le degré des sujétions que l'employeur est en droit de faire peser sur le salarié ce qui relève de l'examen du pouvoir réglementaire. Il l'envisage encore en éliminant de son champ certains actes ou comportements au vu du principe de non-discrimination ou sur le fondement des délais de prescription (art L.1132-1 et L.1332-4 et L.1332-5)¹. Plus récemment, il lui arrivé de qualifier tel ou tel acte de faute disciplinaire. La sanction, en revanche est évoquée avec plus de précision par l'article L1331-1 du Code du travail français.

Quant au Code du travail malien, seul le règlement intérieur encadre les mesures disciplinaires. A cet effet, L.64 prévoit que le règlement intérieur est établi par le chef d'entreprise. Son contenu est limité exclusivement aux règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline, aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité et aux modalités de paiement de salaires. Ce texte sans faire allusion à la sanction, parle seulement de discipline. Il ne donne pas de définition à la notion de discipline. Mais de façon générale quant on parle de discipline, on pense à certaines conduites à suivre dont le respect nécessite des sanctions.

109. En France, depuis la loi du 4 août 1982, aucune décision de cette nature ne peut plus être prononcée sans être justifiée par une faute. Le droit disciplinaire s'inspire à cet égard à des règles du licenciement. L'avancée probatoire s'accompagne de l'obligation pour l'employeur de mettre en œuvre des procédures avant le prononcé de sa décision. Quant au salarié, il se voit offrir la

¹ Manuels, Le nouveau droit du travail , François DUQUESNE, p.184.

possibilité de contester la mesure dont il fait l'objet devant le juge dans l'espoir d'en obtenir l'annulation. Ces droits et garanties ne trouvent évidemment application qu'en présence d'une faute disciplinaire dont la qualification, rappelons-le est abandonnée à l'employeur.

En France comme au Mali, l'appréciation de la faute disciplinaire relève de l'employeur sous le contrôle du juge (des prud'hommes en France L1333-1 et tribunal du travail au Mali L.51¹). Seul l'employeur peut avoir le choix de placer la discussion sur le terrain disciplinaire². Il n'appartient pas au juge de se substituer à lui à ce niveau. Si le fondement retenu est la discipline l'examen judiciaire porte sur la recherche des éléments constitutifs de la faute ce qui rend nécessairement injustifiée la mesure prise lorsqu'ils ne sont pas découverts³ ou lorsqu'il y a des proportions entre la sanction et la faute. C'est ainsi qu'est exclu le bénéfice des indemnités de licenciement et de préavis voire de congé payés en cas de faute qualifiée de salarié⁴. En temps de grève seule la faute lourde justifie la rupture du contrat de travail de celui qui participe au mouvement (art 2511-1 du Code du travail français).

Ces différentes fautes ont fait l'objet de précisions jurisprudentielles qui éclairent le contenu de la faute disciplinaire sans pour autant épuiser la discussion. La définition de la faute privative d'indemnité, à cet égard, est très instructive. Selon la jurisprudence, la faute grave repose sur un fait ou un ensemble de faits consistant en « un manquement aux obligations nées de la relation de travail ou du contrat... ». Il se confirme que la faute ne peut être reprochée par l'employeur à son subordonné que si elle a été commise alors que ce dernier était à son service. Surtout, il résulte de la formule que la faute

¹ On rappelle que L.51 du Code du travail au Mali vise essentiellement à contrôler l'abus de droit de l'employeur.

² Cass. Soc., 15 nov. 2006, n°0542.030. sur le risque de dérive du tout disciplinaire : V.G.COUTUTIER, in Etude en l'honneur du Président ORTSCHIED, le risque du tout disciplinaire, p.83, coll. de l'Université R.SCHUMAN, Nouvelle série, n°6-2003.

³ Cass.Soc., 28 fév.2006, n°04-40984

⁴ Les articles L.1232-9, L.1234-1, L.1234-4 et L.1234-5

disciplinaire peut consister en une violation des obligations contractuelles mais peut également avoir un autre objet comme le non-respect des prescriptions du règlement intérieur, de la convention collective, ou de tout élément du statut qui découle de l'exécution du travail subordonné.

110. La différence entre le droit français et le droit malien se situe au niveau de l'annulation de la sanction prononcée par un employeur. En effet en droit malien, la question qu'on se pose, est de savoir si le silence du législateur vaut absence de contrôle et de sanction des mesures disciplinaires injustes ou disproportionnées. Contrairement au droit français, le juge malien ne semble pas se pencher sur le contrôle d'opportunité de la sanction disciplinaire. Cette absence de contrôle est liée à la situation sociale et économique du pays. Les entreprises sont restées longtemps considérées comme une propriété familiale. Le chef d'entreprise employait des personnes qui étaient le plus souvent membre de famille. Les règles qui gouvernent l'entreprise sont comparables à l'organisation de la famille. Donc le droit était considéré comme un élément perturbateur pour contrôler les sanctions disciplinaires. Toutefois, l'article L.51 du Code du travail nous semble un moyen de contrôle de toutes sanctions disciplinaires disproportionnées et abusives surtout en matière de licenciement suite à cette sanction.

En toute hypothèse par ce texte, il existe un contrôle de proportionnalité et de justification des sanctions disciplinaires. A ce titre, le juge examine le caractère justifié de la mesure disciplinaire puis la régularité formelle de son prononcé.

Cet ordre s'impose en bonne logique car à quoi servirait-il de s'attarder sur l'examen des formalités de la procédure suivie par l'employeur si la sanction ne repose sur aucune faute¹. Il s'impose également au regard de la décision que la loi autorise le juge à prendre.

¹ Manuels de François DUQUESNE précité p.199.

En France la loi d'août 1982 a expressément reconnu au juge le pouvoir d'annuler une sanction disciplinaire irrégulière. Aux termes de L.1333-2 du Code du travail, l'annulation de la sanction disciplinaire peut être prononcée lorsqu'elle apparaît irrégulière en la forme. Il a été jugé que cette annulation est obligatoire lorsque la sanction est dépourvue de justification à condition qu'il ne s'agisse pas d'un licenciement.¹ Cette mesure permet de rétablir la légalité par la suppression de l'acte juridique illicite et la remise en état des parties².

L'annulation d'un acte juridique illicite en droit du travail est laissée à la libre appréciation du juge. Celui-ci pourrait l'écarter au profit de la seule réparation indemnitaire du préjudice subi. C'est la solution adoptée en matière de sanctions disciplinaires irrégulières. Il est vrai qu'en affirmant que le juge « peut annuler » une telle sanction L1333-1 (ancien art L122-43 al2), le législateur a laissé ouvertes plusieurs interprétations. Saisie à de nombreuses reprises de cette question, la Cour de cassation affirme le caractère facultatif de l'annulation de la sanction.

Cependant, cette lecture du texte a été retenue uniquement dans des litiges relatifs à des sanctions irrégulières de la procédure. La solution qui serait adoptée en matière des sanctions irrégulières au fait demeure incertaine selon Manuela GREVY. On pourrait concevoir que le caractère facultatif de l'annulation soit affirmé pour tous les cas d'irrégularités visés par L333-1 du travail français. Par conséquent pour les sanctions injustifiées ou disproportionnées, le texte légal n'opère en effet aucune distinction selon la nature de l'illicéité.

111. Dans son ouvrage Mme Manuela GREVY suggère que l'annulation de la sanction disciplinaire s'impose au juge dès lors que le salarié l'a demandée³. Une telle annulation ne constitue pas une mesure de réparation en nature du

¹ Cass.soc., 4 avril 2007,n° -05-45644 ; .Cass.Soc., 13 févr 2008,n°06-40350.

² V, infra section sur l'application de la remise en état en cas de nullité.

³La sanction en Droit du travail, Manuel GREVY p.170.

préjudice mais un mécanisme de rétablissement de la légalité par suppression d'un acte juridique irrégulier¹. Cette suggestion semble être défendue par la chambre sociale du 5 mai 1988². En espèce, le Conseil de Prud'hommes a constaté qu'il avait eu (...) une discussion peut être vive mais sans injure ; qu'il a pu ainsi estimer que la mise à pied n'était pas justifiée et condamner l'employeur au paiement du salaire correspondant. On rappellera quant au licenciement disciplinaire que, la loi n'impose pas au juge de l'annuler.

En France une sanction peut être annulée si la procédure prévue n'a pas été respectée.

Ainsi l'article L.1332-2 précise en effet « que lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il doit convoquer le salarié en lui indiquant l'objet de la convocation , sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature qui n'a pas d'incidence , immédiate ou non , sur la présence dans l'entreprise , la fonction , la carrière ou la rémunération du salarié. Au cours de cet entretien le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise L'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien » (pour laisser à l'employeur le temps de la réflexion). Elle doit être motivée et notifiée à l'intéressé. A plusieurs reprises la Cour de cassation s'est prononcée à ce sujet. Les sanctions suivantes ont été annulées pour procédure irrégulières :

- une rétrogradation notifiée en l'absence d'entretien préalable³ ;
- un déclassement dont la notification ne mentionne pas expressément les motifs⁴ ;

¹ La sanction en Droit du travail, Manuel GREVY P170 pré cité

² Cass.Soc. 26.11.87, Dr.Soc 1989,p 91

³ Cass soc 18/1/95 BC V n° 28 RJS 3/95 n° 234)

⁴ Cass soc 17/1/95 BC V n° 25 Dr soc 1996 p 738

- L'irrégularité peut concerner le prononcé d'une sanction disciplinaire non prévue à la convention collective ou au règlement intérieur ;
- par ailleurs la Cour de cassation prohibe le cumul de sanctions disciplinaires pour une même faute : un licenciement prononcé en raison d'une faute qui a déjà donné lieu à un avertissement doit être annulé¹ ;

Le licenciement prononcé en raison d'une faute qui a déjà donné lieu à une mise à pied disciplinaire² .

Quant à l'effet de la décision du juge, l'annulation de la sanction disciplinaire, quelque en soit le motif, a pour effet de rétablir le salarié dans ces droits. Le juge n'est pas autorisé à substituer une autre sanction à celle prononcée par l'employeur. Mais l'employeur a parfois la possibilité de réviser la sanction ou d'en prononcer une nouvelle si l'annulation est justifiée par son caractère disproportionné au regard de la faute et que la procédure suivie est régulière. Dans ce cas, l'annulation laisse intactes les formalités accomplies. La prescription des faits fautifs ne s'oppose pas, en conséquence, à la réfection de la sanction car la procédure a été engagée dans le délai de deux mois. En revanche, la solution contraire prime si l'annulation est fondée sur le non-respect de la procédure ou le défaut de réalité des faits invoqués à l'appui de la sanction.

B- Cas de la nullité du licenciement pour violation de la liberté et des droits fondamentaux :

112. Outre le respect des lois, des règlements et des dispositions conventionnelles applicables à l'entreprise, le pouvoir de direction se heurte à des limites découlant des droits fondamentaux de la personne du salarié ainsi que des libertés publiques(liberté d'opinion, liberté syndicale, droit de grève, etc.). Logiquement toute violation devrait entraîner la nullité de la mesure contraire,

¹ Cass soc 22/7/86 JS 1986 F 67 - 19/3/87 JS 1987 SJ 122 - cass soc 13/10/93 RJS 1/93 n° 1102.

² Cass soc 25/6/86 BC V n° 333 JS 1986 F 58 - cass soc 20/3/91 Sté Artis / Allain.

avec remise en l'état (par exemple réintégration du salarié licencié), comme l'admet le conseil d'Etat , et non seulement l'allocation de dommages-intérêts¹. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1988 a approuvé les juges du fond d'avoir ordonné la réintégration d'un salarié licencié dont la liberté d'expression n'avait pas été respectée, alors qu'aucun texte ne prévoit expressément la nullité².

L'introduction de l'article L.1121-1 du Code travail français par la loi du 31 décembre 1992 en tête des dispositions générales relatives au contrat de travail devrait conduire la jurisprudence à appliquer la sanction de remise en l'état pour toute mesure qui apporte « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Ce texte a en tout cas été mobilisé avec d'autres pour justifier la nullité du licenciement du salarié ayant régulièrement exercé son droit de retrait, alors même que la nullité n'est pas expressément prévue en pareille hypothèse.

Mais, sur le fondement de l'article L.1121-1, la jurisprudence paraît vouloir distinguer les libertés qu'elle qualifie de fondamentales dont la violation doit être sanctionnée par nullité, comme par exemple la liberté de se défendre en justice (notamment à propos de la teneur des écrits produits en justice) et les libertés ordinaires, comme, par exemple, la liberté de se vêtir à sa guise, qui ne relèveraient pas de cette sanction. Mais une atteinte non justifiée ou disproportionnée à une liberté de non fondamentale pourrait peut- être constituer un trouble manifestement illicite que le juge des référés devrait faire cesser sans préjugé de ce qui serait décidé au fond³.

¹ Mémento , Droit du travail, 15^e éd. Dalloz, J -M. VERDIER ; A. COEURET, M- A. SOURIAU, p93

² En effet, la Cour de Cassation, le 28 avril 1988, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Riom du 2 mars 1987 en a jugé ainsi pour un licenciement portant atteinte à la liberté d'expression du salarié. Aucun texte de portée générale ne prévoyant la nullité des actes contraire à la liberté d'expression, il était permis de penser que la nullité avec remise en l'état antérieur serait admis chaque fois qu'une atteinte à un droit fondamental est en cause. Aff. Dunlop c/Clavaud, Dr. ouvrier 1988.250

³ Soc., 28 mai 2003 ; D.2003.2718

1. La nullité de licenciement prononcée suite à une action en justice :

113. Plusieurs articles du Code du travail prévoient que le licenciement prononcé en violation du droit d'agir en justice est frappé de nullité. Il en va ainsi dans l'hypothèse où le licenciement fait suite à une action en justice intentée par le salarié sur le principe de non-discrimination en général (C. travail L.1134-4)¹. De même, est nul et de nul effet, le licenciement d'un salarié qui fait suite à une action en justice engagée sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes (C. trav. L.1144-3). Faut-il aller plus loin et considérer qu'un licenciement qui se trouve sa cause dans une action en justice doit être annulé même si la loi ne le prévoit pas ? Même si la jurisprudence de la Cour de cassation manque de clarté², il s'emble qu'un licenciement est susceptible d'annulation si la loi le prévoit expressément ou en cas de violation d'une liberté fondamentale³. Selon certains auteurs⁴, il s'agit « des libertés protégées contre l'exécutif ou le législateur, en vertu de textes constitutionnels ou internationaux, par le juge constitutionnel(ou international) »⁵. Pour d'autre partie de la doctrine, la « fondamentale⁶ » se rattache au respect de certaines valeurs⁷, inhérentes à la personne humaine ou constitutives de la cohérence, de l'essence d'un système juridique, le niveau hiérarchique d'énonciation n'étant qu'accessoire⁸.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, chacun s'accorde à penser que le droit d'agir en justice constitue un droit fondamental⁹ susceptible d'être rattachée à

¹ V. infra sur la nullité de licenciement pour violation du principe de non discrimination et violation du principe de l'égalité hommes et femmes.

² P ;Beffre : Liberté d'expression du salarié, thèse ss direction. Professeur B.TEYSSIER :Paris II Panthéon Assas,22 octobre 2011n°177 et s.

³ F.GAUDU, les nullités du licenciement et le « principe pas de nullité sans texte : Dr.soc.2010p.151

⁴ B.BOSSU, JCP : la semaine juridique-édition sociale n°49. 6décembre 2011,p30

⁵ J-J Droit des libertés fondamentales :LGDJ 1988,p. 35

⁶ V.B .BOSSU précité

⁷ E.PICARD, l'émergence des droits fondamentaux en France :AJDA 1998,p.6 – F.SUEDRE, Droit européen et international des droits de l'homme :PUF, Droit fondamental,10 éd. p.16

⁸ F.GUIMARD, Droit fondamentaux et contrôle du pouvoir de l'employeur in Droit fondamentaux et droit social :Dalloz, coll. Thème et commentaires,2005,P.63- P.BREFFER,

⁹ M.A. FRISON-ROCHE et M.-COULON, LE DROIT d'accès à la justice in Liberté et Droit fondamentaux : Dalloz,9e éd.2003,n°574 et s.

l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme. L'arrêt de la Cour d'appel est donc parfaitement justifié sur le plan juridique¹.

La solution retenue par cette juridiction recevra-t-elle un accueil favorable de la Cour de cassation ? On peut l'espérer même si la jurisprudence de la Cour de cassation est en la matière particulièrement fluctuante². Ainsi dans un arrêt du 13 mai qui concernait requalification du contrat de travail à durée déterminée, la Cour a exclu la nullité du licenciement alors que l'un des moyens était fondé sur l'atteinte portée à la liberté d'accéder au juge³. Dix ans plus tard, la question est reposé à la Cour d'Appel de Paris du 15 septembre 2011⁴. Dans cette affaire, après la saisine par le syndicat du Conseil de Prud'hommes, la société France Télévision a cessé de fournir du travail à son chef opérateur alors qu'il bénéficiait depuis dix ans, régulièrement et chaque année, de contrats à durée déterminée.

Pour la Cour d'appel de Paris, en absence de toute autre explication plausible, cette attitude adoptée par l'employeur à l'égard du salarié mais aussi vis-à-vis de ces deux collègues de travail pour lesquels le syndicat avait également saisi le Conseil de Prud'hommes, était manifestement destinée à dissuader le salarié d'agir en justice pour réclamer la requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée. En conséquence il y a, selon la Cour d'appel, violation manifeste d'une liberté fondamentale, consacrée par divers instrument internationaux notamment l'article 6, paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui doit entraîner la nullité du licenciement.

¹ V. B.BOSSU cité supra

² G.COUTUTIER, Nullités du licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris :Semaine sociale Lamy, n°1509,p.12.

³ Cass.soc.,13 mars 2001,n°99-45.735 :Jurisdata n°2001-008654 ;Bull.civ. 2001,V,n°87 ; Dr.soc.,2001,p.1117,obs.C.Roy- Loustaunau.

⁴ La semaine Juridique, édition sociale n°49, 6 décembre 2011, ,P29. Note , Bernard BOSSU

114. Mais il est vrai que le salarié n'avait pas rapporté la preuve que le licenciement trouvait sa cause dans l'action en requalification¹. La Cour de cassation a également refusé d'admettre la nullité du licenciement d'un salarié qui avait saisi le juge pour faire valoir ses droits au regard du principe à travail égal, salaire égal². Au contraire pour protéger « la liberté fondamentale de la défense », la Cour de cassation a annulé le 28 mars 2006 le licenciement d'un salarié sanctionné pour avoir produit en justice des écrits injurieux³. Plus encore la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait débouté une salariée de ses demandes tendant à voir prononcer la nullité du licenciement. Dans cette affaire, la salariée avait fait valoir dans le cadre de son pouvoir que son licenciement était motivé par l'exercice de son action prud'homale en requalification⁴.

Quant au Mali, la question ne s'est pas encore posée de savoir si l'employeur pouvait être condamné pour violation de la liberté fondamentale au cas où salarié saisi le juge pour demander la requalification de contrat de travail à durée déterminée. Elle se poserait s'il fait référence au respect de valeurs inhérentes à la personne humaine. Le salarié est vu comme un titulaire de droit qu'il peut exercer sans obstruction. C'est la règle de libre accès au droit et de la liberté protégée reconnue par le Mali. Faut-il le faire sur le fondement des valeurs universelles de droit de l'homme comme la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Certes le Mali, étant en Afrique, n'a pas ratifié cette convention, mais il a ratifié la convention O.I.T sur cette question⁵.

¹ B.BOSSU, précité

² Cass.soc., 20 février 2008, n°06-40.085 et n°06-40.615 ; jurisDta n.2008-42843 ; Dr.soc., 2008, p.530

³ Bull.civ., 2006, V, n°127 ; JCP S 2006, 1382, note P.-Y. Verkindt

⁴ Cass.soc. 20 octobre 2010, n°09-40.927.

⁵ L'Etat malien a ratifié un ensemble d'instruments internationaux qui protègent ces droits tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte relatif aux droits civils et politiques en 1974; les conventions 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail sur la liberté d'association et le droit d'organisation collective en 1960; ou la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples en 1980

Toutefois, la question est exclue parce que le motif de la saisine de la Cour d'appel de Paris, n'est pas une motivation qui amènera un salarié à intenter une action en requalification contre son employeur. Par ce qu'en dépit de ce que le Code du travail reconnaît la sanction de la requalification du contrat de travail à durée déterminée, les salariés maliens sont plutôt tentés de partir de l'entreprise avec des dommages-intérêts.

A tout le moins, au vu de l'article L.1121-1, l'exercice d'une liberté collective en dehors du temps de travail ne saurait fonder un licenciement ou une sanction disciplinaire si l'interdiction par l'employeur d'exercer cette liberté n'est pas justifiée par la fonction du salarié et la nature de l'entreprise¹.

Il convient de souligner une nouvelle fois l'importance du rôle joué par l'article L.1121-1 précité du Code du travail dans le but de montrer le silence de la législation malienne sur la question.

2. le silence du droit malien :

115. En ce qui concerne le domaine couvert par la vie privée (tenue vestimentaire, caméra de surveillance), en France, le juge est intervenu plusieurs fois pour encadrer la marge d'application de la liberté de se vêtir par rapport à : l'impératif d'hygiène et de sécurité, le contact avec la clientèle, l'atteinte à la décence ou aux bonnes mœurs, sur le trouble caractérisé et le principe de proportionnalité, préserver avant tout le but recherché par l'entreprise .

Un arrêt du 16 janvier 2001, de la Cour de cassation sur la question d'un uniforme, a décidé que le port de celui-ci ne pouvait être imposé contractuellement à défaut de convention collective le prévoyant². En espèce, engagés en qualité de surveillants par le syndicat des copropriétaires d'une résidence, deux salariés sont licenciés pour avoir refusé de porter l'uniforme alors qu'une clause de leur contrat de travail l'imposait. Or pour la Cour de

¹ Idem Mémentos ci -dessus. p.281

² Cass. soc. 16 janv. 2001, pourvoi n° 98-44.252, JSL n° 74 du 27 fév. 2001, p. 27

cassation, le contrat individuel de travail ne pouvait comporter de restrictions plus importantes aux libertés individuelles que celles prévues par la convention collective nationale des gardiens, concierges employés d'immeuble. Ce texte imposait le port d'un uniforme uniquement pour certaines catégories de personnel auxquelles n'appartenaient pas les salariés licenciés.

Au Mali, le silence est total sur cette question. Le législateur ne donne pas de définition de la liberté et des droits fondamentaux au travail. Les éléments constitutifs de la vie privée tel qu'ils sont visés dans la société française ne sont pas pris en compte dans la pratique de la réglementation au travail. Par exemple concernant l'habillement au Mali, les salariés en général s'habillent comme ils veulent. C'est-à-dire les salariés s'habillent à leur guise. C'est la règle de liberté vestimentaire. Les salariés par méfiance de se faire remarquer par les autres adoptent le même comportement. La loi n'intervient pas dans ce domaine. La société se règle d'elle-même. C'est l'auto régulation des comportements sociaux. Et pour une question de décence les salariés évitent de porter des vêtements ostentatoires. Le législateur et le juge ne se sont pas encore intervenu sur cette question.

Sur la question de se poser du « port du voile islamique » ; on rappelle que le Mali est un pays laïque comme la France. Mais à la différence de cette dernière, au Mali, la majeure partie de population est musulmane pratiquante. Il s'observe dans le milieu du travail comme dans la vie courante que la tenue vestimentaire n'est pas un sujet qui fait l'objet d'un différend entre un employeur et son salarié.

En revanche, le juge français connaît déjà de cette question. Ainsi un employeur peut-il licencier une vendeuse au motif qu'elle s'habille à sa convenance ? La Cour d'appel de Paris y a répondu par l'affirmative suite au refus d'une salariée d'ôter son voile.

En effet, embauchée au rayon fruits et légumes d'un magasin situé dans un centre commercial, une salariée pratiquant la religion musulmane obtient l'autorisation de son employeur de porter pendant le travail un foulard noué en bonnet lui dégageant le visage et le cou. Mais quelques semaines plus tard, elle se présente à son poste avec un foulard lui dissimulant le cou et une partie du visage. Les juges ont considéré que le refus de l'employeur était justifié par la nature de la tâche à accomplir par une vendeuse nécessairement au contact des clients au sein du centre commercial de « La Défense » dont la conception, destinée à un large public dont les convictions sont variées, impose en conséquence à ceux qui y travaillent la neutralité, ou, à défaut, la discrétion dans l'expression des options personnelles. En conséquence, « le refus de la salariée de renoncer à une coiffe selon des modalités en réalité non nécessaires au respect de ses croyances, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ».

Aussi, l'affaire du bermuda, au cours de l'été 2001¹, le licenciement d'un salarié, parce qu'il portait des bermudas au travail, a été largement médiatisée. Voici un bref rappel des faits. Engagé en qualité d'agent technique des méthodes par la Sagem, Cédric Monribot travaille habituellement en blouse, conformément aux directives de son employeur. Au mois de mai 2001, en raison de la chaleur excessive régnant dans son bureau, il décide de venir travailler en bermuda, tout en conservant la blouse réglementaire. Mais la direction ne l'entend pas ainsi et lui ordonne de porter un pantalon, ce qu'il refuse catégoriquement. Licencié, Cédric Monribot saisit la juridiction prud'homale, en référé, dans le but d'obtenir sa réintégration dans l'entreprise. Il n'attaque donc pas sur l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, mais sur l'existence d'un trouble manifestement illicite causé par la violation d'une liberté individuelle, celle du libre choix de la tenue vestimentaire au travail. Une stratégie qui échoue. Contre

¹ V. L'entreprise et le bermuda ; Frédéric Guiomard, Recueil Dalloz 2003 p. 271 ; Ph. Waquet, Le bermuda ou l'emploi, Dr. soc. 2003, p. 808.

toute attente, les juges ont considéré que le droit de se vêtir librement ne constituait pas un droit fondamental et refusé la nullité du licenciement. la Cour de cassation a approuvé ce raisonnement¹.

116. L'arrivée des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication (NTIC) au sein de l'entreprise (mise à disposition du matériel informatique dans le cadre du travail)a contribué au développement d'un nouveau contentieux tenant aux correspondances électroniques des salariés, reçues et envoyées à des fins personnelles sur leur lieu de travail.

La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur la problématique des messages électroniques personnels sur le lieu de travail. La première décision a été rendue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 2 octobre 2001². Dans cet arrêt, la Haute juridiction affirmait, au visa de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, de l'article 9 du Code civil et de l'article L.120-2 du Code du travail qui correspond au nouvel article L.1121-1, que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances; que l'employeur ne peut, dès lors sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

Par cette décision, elle a réaffirmé un principe déjà bien établi, même sur le lieu de travail le salarié dispose d'un droit au respect de l'intimité de sa vie privée. Ce droit qui s'oppose alors à ce que l'employeur contrôle les correspondances électroniques personnelles de ses salariés à son insu, dans la mesure où, ainsi que le rappelle la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil),

¹ Arrêt de Cour de cassation, Chambre sociale, rendu le 12/11/2008, rejet, pourvoi n°07-42220

² Arrêt Nikon France) : Revue juridique personne et famille(RJPF) janvier 2002,n°1,pp.10-11 note M.BOSSU ; la semaine juridique éd. Général 9 janv.2002, pp63-69 note . Bourrié QUENILLET et F.RONDHAIN ; Grand arrêt n°70.

le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail ne permet pas d'ignorer le respect de la vie privée dont doit jouir le salarié, notamment lorsqu'il utilise la messagerie électronique sur son lieu de travail (rapport de la Cnil, mars 2001).

Cette décision du 2 octobre 2001 a été ultérieurement confirmée par d'autres arrêts de la Cour de cassation. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt en date du 12 octobre 2004¹. Cependant, cette jurisprudence laissait subsister une question portant sur la distinction entre un message personnel et un message professionnel. Le 2 novembre 2000, le Tribunal correctionnel de Paris avait décidé, que le courrier électronique devait être qualifié, juridiquement, de « correspondance privée » de sorte qu'il devait être soumis, sur le plan pénal, au régime de la confidentialité des correspondances. En d'autres termes, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 octobre 2001 était conforme aux règles de droit européennes et françaises, telles qu'interprétées antérieurement par les autorités administratives indépendantes et les juridictions saisies.

Depuis, la jurisprudence a précisé la portée des messages personnels et s'est développée dans le même sens que pour les correspondances papiers². Elle considère que le courriel non identifié comme personnel est présumé avoir un caractère professionnel permettant ainsi à l'employeur d'y accéder hors présence du salarié. Un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2007 illustre ce propos. En l'espèce, un salarié avait envoyé deux messages électroniques à l'une de ses collaboratrices sur le lieu de travail. Alors que la Cour d'appel ne relève aucun élément professionnel dans les messages les considérant alors comme de la correspondance privée, la Cour de cassation ne s'attache pas au contenu mais à l'intitulé des messages. Elle casse l'arrêt de la Cour d'appel aux motifs que celle-ci aurait dû rechercher si les fichiers ouverts par l'employeur avaient été identifiés comme personnel par le salarié.

¹ Cass. Soc. 2 oct 2002, n° 02-40.392

² Cass. Soc, 30 mai 2007, n° 05-43.102

117. A noter que la Cnil recommande d'informer les salariés sur le principe retenu pour différencier les messages électroniques professionnels de ceux à caractère personnel.

Par ailleurs, l'arrêt Nikon a eu un caractère novateur en ce que la Haute juridiction a affirmé, sans l'ombre d'une hésitation, que l'interdiction d'utiliser un matériel professionnel à des fins personnelles n'est pas de nature à écarter la règle du secret des correspondances qui constitue une « liberté fondamentale ». Ainsi, l'employeur ne peut, même lorsque l'utilisation personnelle du matériel informatique a été interdite contractuellement, « prendre connaissance » de la correspondance électronique personnelle d'un salarié même s'il souhaite se ménager une preuve de l'utilisation personnelle du matériel.

Mais que l'on ne se méprenne pas : la Cour de cassation n'a nullement reconnu le droit, pour chaque salarié, d'utiliser les matériels et les logiciels mis par les employeurs à leur disposition à des fins personnelles, notamment pour accomplir des actes de concurrence, comme c'était le cas en l'espèce. L'utilisation personnelle au-delà d'une certaine tolérance, appréciée souverainement par les juridictions du fond - du matériel professionnel mis à la disposition d'un salarié pour qu'il accomplisse la mission qui lui a été confiée et en contrepartie de laquelle il perçoit une rémunération continue de constituer, même après l'arrêt commenté, un manquement au devoir de loyauté qui s'impose au salarié. Ce devoir de loyauté lui interdit, notamment, de se consacrer à une autre activité professionnelle (concurrente ou non) pendant son temps de travail.

La Cour de cassation a, dans cette décision du 2 octobre 2001, censuré la décision rendue par la Cour d'appel de Paris qui avait accueilli les demandes de l'employeur. Celui-ci invoquait l'existence d'une faute grave résultant de l'utilisation personnelle (activité professionnelle concurrente) du matériel informatique. La juridiction suprême a insisté essentiellement sur l'illicéité de la méthode utilisée par l'employeur pour prendre connaissance des faits litigieux.

Il s'agit, certes d'une décision favorable aux salariés en ce qu'elle affirme clairement que, pour vérifier le contenu des messages électroniques envoyés et reçus par un salarié à des fins personnelles, l'employeur doit demander son accord et ne jamais le faire à son insu.

Cependant, cette décision n'a aucunement affirmé, de manière générale, un droit qui serait de se constituer un « vestiaire virtuel » auquel l'employeur ne pourrait avoir accès.

La Cour de cassation a d'ailleurs admis la demande de l'employeur tendant à désigner un huissier de justice chargé de prendre connaissance du contenu des courriels personnels des salariés lorsque celui-ci présente un motif légitime¹. Par ailleurs, la décision ne remet pas en cause le droit, pour les employeurs, de contrôler l'activité des salariés. Elle rend plus délicate, en revanche, les modalités d'application de celui-ci. Tant le contenu des chartes d'utilisation de la messagerie électronique que les fonctionnalités des logiciels contrôlant les messages envoyés et reçus par les salariés doivent désormais être soigneusement examinés au regard du principe de proportionnalité de l'article L.1121-1 du Code du travail.

Sur la mise en place d'un dispositif de contrôle de la messagerie (par exemple, outils de mesure de la fréquence ou de la taille des messages électroniques), il convient de préciser également que l'employeur est tenu de consulter le comité d'entreprise et d'informer individuellement les salariés. L'information porte sur la finalité du dispositif ainsi que sur la durée de conservation des données.

C-Cas de nullité des décisions discriminatoires

118. En droit du travail, la discrimination est le traitement inégal et défavorable appliqué à certains salariés en raison notamment, de leur origine, de leur nom,

¹ V. Cass. Soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818

de leur sexe, de leur apparence physique ou de leur appartenance à un mouvement philosophique, syndical ou politique.

La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations interdit une telle pratique à tous les niveaux de la vie professionnelle. Et l'article L.1132-1 du Code du travail prévoit de sanctionner toute violation de cette loi par la nullité. Ainsi affirme-t-il : « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération..., de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève ».

« Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit ».

Bien que n'ayant pas les mêmes dispositions législatives, en ratifiant la convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de

discriminations, le Mali adhère parfaitement à la définition de la discrimination fondée sur le sexe au sens de la dite convention, en vertu de l'art 115 de sa Constitution qui dispose que : « les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... ».

La Constitution promulguée le 25 février 1992, dispose en son article 2 que : « tous les maliens naissent et demeurent libres et égaux en droit et en devoir, toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée »¹.

Elle pose également de manière claire le principe de l'égalité et de non-discrimination dans ces articles 1 à 21 et assure ainsi à l'homme et la femme les mêmes droits et liberté individuelle de pensée de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de la liberté d'association, de réunion, le droit à la protection sociale, la formation, le droit au travail et au repos, la liberté syndicale et le droit de grève.

119. Le Code du travail malien va dans le même sens en matière de non-discrimination entre les travailleurs. C'est la même formulation telle qu'elle est rédigée par le législateur français. En voyant cette conception de l'égalité on supposait être dans la catégorie des sanctions applicables illustrée par l'article L.1132-1 du Code travail, mais à la différence du droit français, le droit malien parle de cette égalité sans évoquer la sanction rattachable au non-respect de cette mesure pour tous les domaines visés. En droit français le texte L.1132-1 en listant les domaines couverts par les règles de non-discrimination donne au juge son arme pour sanctionner la violation du texte par la nullité.

Le Code du travail malien interdit également comme le droit français la discrimination en raison de l'appartenance à un syndicat (L.51 du Code du

¹ La Constitution est le texte fondamental du pays. Le fait qu'il indique que « tous les maliens » ne signifient pas qu'il exclut du champ de l'interdiction des discriminations d'autres personnes de nationalité différente sur le territoire. On remarque que au niveau du milieu du travail, le Code du travail s'adresse à tous les salariés sans distinction de nationalité et sexe.

travail du Mali)¹. Mais le domaine visé par le droit malien du travail au sujet de non-discrimination est plus restreint. Les autres domaines couverts en France par la non-discrimination n'apparaissent pas tels que la discrimination raciale, la discrimination en raison de son origine, qui ne sont pas énumérés par le Code malien. A ce titre cependant on ne peut pas reprocher au droit malien de ne pas faire comme le droit français. Les questions liées à l'origine ou la race sont très sensibles en Afrique. Au Mali, dans certaines entreprises les salariés sont embauchés ou bénéficient des traitements différents non pas à cause de leur compétence ou de leur diplôme mais par ce qu'ils sont parents de X ou Y dirigeants. Dans ce contexte le législateur malien n'a pas pris le risque de prévoir un texte dont l'application pourrait heurter des sensibilités.

Toutefois, même si comparaison n'est pas raison, comparé aux autres pays africains comme le Cameroun, le Mali est en avance pour la protection contre la discrimination. Ainsi au Cameroun la loi 92/007 du 14 août 1992 portant Code du travail réserve le contrat de travail à durée indéterminée aux seuls camerounais, c'est-à-dire aux nationaux. En effet, pour conclure un contrat de travail à durée indéterminée, les étrangers vivant au Cameroun doivent bénéficier du statut de « résidents privilégiés ». Il s'agit là d'une discrimination indirecte. Le texte camerounais fait une différence de traitement entre les camerounais et les étrangers. Ainsi deux conditions paraissent établies par le droit camerounais. D'une part il faut être de nationalité camerounaise et d'autre part avoir la qualité d'étranger privilégié. Donc toute personne n'ayant pas le statut d'étranger privilégié ne peut pas signer un contrat à durée indéterminée. Là encore, la différence de traitement est établie entre les étrangers. En parlant d'étranger cela suppose d'étranger non privilégié. Le Code du travail ne nous donne pas de définition sur ce sujet. On pourrait penser par exemple, pour ce qui concerne les étrangers privilégiés qu'il correspond aux étrangers résidents. Et les non privilégiés, sont les touristes ou les étudiants. Mais cette comparaison

¹ Cf, infra sur le contenu de L.51 du Code du travail malien.

n'a pas de sens en France, parce que tous les étrangers quel que soit leur statut (résident ou étudiant) peuvent conclure un contrat à durée indéterminée par application de L. 1132-1 du Code du travail.

120. Au Mali, le contrat de travail à durée indéterminée est ouvert aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers comme en France. Le cas camerounais est une discrimination directe. Dans ce pays la différence de traitement entre les nationaux et les étrangers se fonde sur un critère apparent. C'est la loi même qui affiche que les nationaux n'ont pas les mêmes avantages que les étrangers. Ces derniers doivent se contenter comme on peut le dire du « petit boulot ». Les étrangers ne peuvent conclure des contrats à durée indéterminée qu'à la condition de bénéficier le statut d'étranger privilégié.

Au Mali comme en France, les étrangers qui vivent régulièrement sur le territoire national peuvent conclure un contrat à durée indéterminée au même titre que les nationaux à condition que les étrangers aient l'autorisation du travail de la Direction Départementale du Travail. La condition posée par ces deux pays, est une condition légale. Alors qu'au Cameroun on est dans le privilège. La loi camerounaise paraît exclure les étrangers non privilégiés de la possibilité de conclure un CDI. Pourtant, on aurait cru que le droit malien a le même contenu que le droit Camerounais par ce qu'ils sont deux anciennes colonies françaises et sont deux pays francophones. Un tel texte en France et au Mali serait discriminatoire.

Sur la liste des domaines couverts, le Code du travail français (l'article L1132-1) a un champ d'application d'interdiction de la discrimination beaucoup plus large.

On peut dire que l'article L.1132-1 du Code du travail français est le reflet de la spécificité française. Une spécificité qui est liée à la diversité de la société française, c'est-à-dire composée de populations issues de l'immigration ou les questions d'origine sont sujet à des « polémiques ». Le souci est de protéger les

personnes vulnérables qui rencontrent des difficultés en matière d'emploi. En France comme au Mali l'objectif du législateur c'est la règle de l'égalité de chance entre les travailleurs.

121. Le législateur malien n'a pas prévu de règles de protection dans le Code du travail contre la discrimination comme c'est le cas en France.

Pour combattre, on pourrait rechercher dans la norme plus élevée pour combattre la discrimination telle que la Constitution du Mali¹. C'est la norme supérieure qui va trouver application². Alors qu'en France le Code du travail suffit pour combattre la discrimination au travail par des sanctions civiles voire pénales.

Dans l'hypothèse d'une discrimination, le salarié malien va devoir saisir le juge sur le fondement du préambule de la Constitution déjà cité. Un autre problème se pose car ce texte fondamental ne parle pas de non – discrimination directe.

¹ En effet, en droit du travail français au terme de L.1132-1 « toute discrimination à l'encontre de chacun des domaines cités ci-dessus est sanctionnée par la nullité ». Ainsi affirme-t-il : « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération..., de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit ».

V. supra, art 2 de la Constitution de 1992 du Mali.

² Et aussi, il faut rappeler que le Mali a ratifié la Convention 111 OIT qui prévoit d'interdiction de la discrimination dans l'emploi.

On peut le dire ainsi, parce que le régime de la preuve pour l'établissement de non-discrimination n'est pas déterminé par le droit malien¹.

Au Mali, le Code du travail n'est efficace que pour sanctionner la discrimination syndicale dont la sanction est pécuniaire. En effet, selon le droit malien le licenciement prononcé en raison l'appartenance à un syndicat est considérée comme un licenciement abusif dont la sanction est seulement du dommages-intérêts². Alors qu'aujourd'hui le droit français prévoit la nullité. Ce qui est une sanction beaucoup plus dissuasive que l'octroi de simples dommages- intérêts. La nullité a pour conséquence dans un premier temps la demande de réintégration et dans un deuxième temps, le maintien de tous les droits antérieurs.

D- Cas du harcèlement

122. Proche de la discrimination par le type d'atteinte qu'il porte à la dignité de la personne qui en est victime, le harcèlement s'en distingue néanmoins à la fois par ses éléments constitutifs et par son régime juridique lequel est issu de plusieurs lois successives ayant progressivement élargi l'approche du phénomène et perfectionné le dispositif à la fois civil et pénal qui s'y attache. Initiée en France par la loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle, la réforme a été retouchée par la loi du 9 mai 2001 et surtout par celle du 17 janvier 2002 qui, outre de nombreuses adjonctions au niveau technique, consacre le rapprochement entre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral. La loi du 3 janvier 2003 est venue atténuer la portée de cette réforme.

¹ Cf, infra sur le régime des preuves

² Article L.51: La rupture abusive du contrat peut donner lieu à dommages-intérêts. La juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture.

En cas de contestation l'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement. La rupture du contrat est notamment abusive dans les cas suivants:

- - lorsque le licenciement est effectué sans motif légitime ou lorsque la motivation est inexacte.
- - lorsque le licenciement est motivé par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat déterminé.

Deux textes du Code du travail français sanctionnent le harcèlement. Le premier est l'article L.1153-1 du Code du travail, sur le harcèlement sexuel quant au second, c'est l'art L.1152-1, qui prohibe le harcèlement moral.

S'agissant du harcèlement moral, les articles L.1152-1 et suivants du Code du travail français prévoient qu'aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Même si l'existence d'une relation d'autorité a tout lieu de figurer fréquemment en fait dans le tableau du harcèlement moral en entreprise, il est remarquable que la loi n'en fasse pas un élément constitutif du harcèlement moral alignant ainsi la définition sur celle du harcèlement sexuel. En revanche, l'article L.1152-1 met très explicitement en évidence la nécessité d'agissements répétés, la notion même de harcèlement moral supposant, sinon un caractère d'habitude, à tout le moins la réitération des mêmes actes ou d'actes semblables de la part de l'auteur¹ : conjonction et réitération du fait générateur d'un état dépressif médicalement constaté². Néanmoins, s'en remettant au pouvoir d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation ne contrôlait pas la qualification juridique des faits présentés comme constitutifs de harcèlement, cette position a été critiquée en doctrine³. Un arrêt en date du 24 septembre 2008 opère un revirement sur ce point⁴.

¹ Soc. 27 octobre 2004, Dr.soc.2005 p.100.

² Soc., 29 juin 2005, RJS n°949.

³ A l'occasion de cette orientation jurisprudentielle, la cour de Cassatio entend contrôler l'application faite par les juges du fond de la règle de preuve applicable en la matière, l'article L.1154-1 du Code travail français oblige ce dernier à prendre en compte l'ensemble des pièces produites par le salarié pour dire si les faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement.

⁴ Mémento Droit du travail, 15 e éd. Dalloz ; Rapport individuel, Alain, COEURET, Jean-M VERDIER, Anne - M-SOURIAC p. 223 ; V. aussi Sema. Social Lamy 1368 p.8

123. Quant au harcèlement sexuel jusqu'à une décision du Conseil constitutionnel du 4 mai 2012¹, l'article L.1153-1 du Code du travail français la définissait ainsi : « aucun salarié, aucun candidat à un recrutement à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation de qualification, de classification, de promotion professionnelle de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un autre tiers ».

Étaient protégés tout salarié ayant subi ou refusé de subir les agissements, homme aussi bien que femme. Étaient aussi protégés les témoins des agissements (art L.1153-3). Le harcèlement sauf cas particulier la répétition d'agissements ce qui est le propre de la notion aussi bien au civil qu'au pénal. La loi du 17 janvier 2001 avait supprimé l'exigence que le harceleur ait autorité sur la victime, solution qui mérite d'être approuvée, le harcèlement dans le cadre d'une relation de pouvoir institutionnel pouvant toujours être apprécié plus sévèrement par les juges. Ces définitions qui ont été jugées inconstitutionnelles par ce trop imprécises donnent lieu aujourd'hui à une réflexion parlementaire en urgence de façon à ne pas créer un vide juridique trop long.

1. Les sanctions applicables : les sanctions civiles applicables au harceleur sont avant tout la nullité de plein droit de toute rupture de contrat, de tout acte (notamment une sanction disciplinaire contraire aux interdictions ci-avant citées². Encore faut-il que le juge constate que la mesure a pour cause le refus de

¹ Décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012, Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 février 2012 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1365 du 29 février 2012), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Gérard D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 222-33 du code pénal.

² Quant aux sanctions pénales, elles sont prévues à la fois par le Code du travail et Code pénal en France. Le premier se borne à incriminer la violation des interdictions prévues par les articles L.122-46 et L122-49, le second réprime de façon directe le harcèlement lui-même (art 222-33 et 222-33-2)

subir les agissements de harcèlement ou le fait de les avoir subis. Dans le cas fréquent où le harcèlement provoque une absence prolongée pour maladie, contrairement aux règles ordinaires, l'employeur ne peut invoquer la perturbation apportée au fonctionnement de l'entreprise et la nécessité du remplacement pour licencier le salarié harcelé, l'absence étant la conséquence du harcèlement. Remontant jusqu'à la cause première de la situation du salarié, le juge n'hésite pas à frapper de nullité un tel licenciement¹. Bien que la loi ne l'évoque pas, une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts, notamment pour préjudice moral, n'est pas à exclure étant observé que l'auteur du dommage n'est plus, dans la nouvelle conception du harcèlement, nécessairement l'employeur puisque le harceleur peut n'exercer aucun pouvoir hiérarchique sur la victime.

En outre, le salarié victime de harcèlement moral peut obtenir des dommages-intérêts en réparation notamment du préjudice moral subi. Son action peut être dirigée contre l'employeur et/ou le cas échéant contre le salarié harceleur. Le premier, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, pourra être condamné même sans faute de sa part. Le second engage, même en ce cas, sa propre responsabilité personnelle. La jurisprudence fonde cette double responsabilité non sur les principes du droit civil, mais sur les textes propres en matière de sécurité². Toutefois sans constituer juridiquement un harcèlement sexuel ou moral certains comportements déplacés peuvent rendre impossible le maintien de leur auteur dans l'entreprise³. Dans le même esprit, lorsque les règles propres au harcèlement ne sont pas applicables, les tribunaux retiennent parfois l'existence d'une violence. Ainsi, le salarié peut, en réponse à une attitude répétitive de violences morales et psychologiques rompre son contrat de travail et en imputer

¹ Soc., 11 oct. 2006, Bull. cil., V, n° 301, RDT 2007, chron. 30.

² V. supra Mémento Droit du travail, 15^e éd. Dalloz p. 224.

³ soc 30 sept. 2003, V ; MLABAT, « à la recherche du sens du droit pénal du harcèlement » Dr. soc. 2003 p. 491 et s.

à l'employeur¹. Une rupture d'un commun accord peut être annulée sur le même fondement².

2- Problématique du harcèlement au Mali. Une fois encore le droit malien montre son retard par rapport au droit français dans le domaine de la protection des salariés contre les atteintes à la dignité. Il y a un vide juridique sur cette question. A ce jour aucun projet constitutionnel n'est à l'ordre du jour pour palier à ce problème. Là aussi, il y a une différence entre le droit français et le droit malien. En effet, après, le jugement du Conseil constitutionnel d'anticonstitutionnel les dispositions sur le harcèlement, le parlement français viennent de voter un nouveau texte, en fin de palier le vide juridique au sujet du harcèlement sexuel. Au Mali malgré le problème est réel, selon le témoignage d'une salariée victime de harcèlement au Mali:

« Ne sachant que faire, poursuit-elle, j'avais fait convoquer à la police mon chef de service parce qu'il me soumettait à un chantage dont la raison était de m'offrir à lui. Il a convaincu la hiérarchie qu'en l'amenant au commissariat j'avais porté atteinte à l'image de la structure (l'entreprise). C'était la raison officielle de mon licenciement après de longues années de bons et loyaux services » a-t-il déclaré A.S³. Il s'agit là un cas du harcèlement sexuel dénoncé par une salariée qui n'est pas isolé.

Ce témoignage schématise la problématique du harcèlement sexuel en milieu professionnel dans sa globalité : les moyens de recours sont inconnus ou difficiles; il est facile pour celui qui harcèle de nier les faits et de retourner la situation, souvent la victime est la seule à en faire les frais.

124. Le Code du travail au Mali ne comporte en effet, aucune disposition concernant le harcèlement sexuel et moral. Ce qui fait que de nombreuses

¹ soc.,26 janv2005, M, BLATMAN, « Regard sur l'état de santé au travail et la prévention des risques »,Dr,soc,2005p.960.

² sc., 30 nov.2004, V aussi, Mémento droit du travail précité , p.224.

³ Une salariée du secteur privé publiant son témoignage sur site (Mali Web).

femmes, ou même des hommes, faisant l'objet de ce type de chantage en vient à perdre leur emploi. Même lorsqu'ils sont soumis à l'Inspection du travail, les cas de harcèlement sexuel sont aussi difficiles à prouver qu'à trancher.

Le tribunal de Bamako n'a enregistré, à notre connaissance, aucun cas de jurisprudence qui pourrait servir de précédent. Mais, cette absence d'action judiciaire ne saurait signifier que le harcèlement sexuel n'existe pas au Mali. La pratique y est plutôt assez courante au regard de ce qu'on enregistre dans les milieux du travail. On a par exemple le cas du harcèlement invoqué dans la presse du Mali en 2009¹. Victime de harcèlement moral de son supérieur hiérarchique, Pierre Henry LENFANT, le chef de service économique à l'Ambassade de France au Mali, et malgré l'avis défavorable donné par l'inspection du travail à la demande de licenciement de Kadidia Koné, à elle, adressée par le chef du service économique, son licenciement a été prononcé. Situation qui a provoqué l'ire du personnel de l'Ambassade de France qui, pour protester, a déposé un préavis de grève sur la table de l'Ambassadeur de France au Mali.

125. Regroupés au sein du comité syndicat UNTM/ SYNIATHA (syndicat national de l'industrie alimentaire, du tourisme, de l'habillement des ambassades), les travailleurs de l'Ambassade de France au Mali ont engagé le 15 juin 2009, une grève de 24 heures². Dans ledit préavis, les travailleurs dénonçaient le licenciement « économique » de leurs collègues.

Cette grève était une réponse à ce qu'ils avaient appelé l'inaction des hauts responsables de l'Ambassade de France au Mali face à la situation de harcèlement moral vécu par Kadidia Christelle Koné de la part de son supérieur, chef de service économique de Bamako.

¹ Quotidien Nouvelle Libération du 03 juin 2009 à Bamako.

² Cela faisait suite à un préavis de grève déposé à la rédaction le 01 juin 2009, dénommée, paralyser le service français de coopération relevant de l'ambassade de France,

Dans ce préavis de grève, il était mentionné que malgré « l'avis défavorable donné par l'inspection du travail à la demande de licenciement pour motif économique adressée par le chef du service économique de Bamako à Kadidia Christelle Koné, son licenciement est devenu effectif le 31 mai dernier ». Dans le même préavis de grève il est noté que ce licenciement intervient un mois après que Kadidia Christelle Koné eut saisi l'Inspecteur du travail par écrit pour l'informer des conditions de travail difficiles que lui faisait vivre son chef hiérarchique.

126. Signalons que dans ce préavis, il est indiqué en outre qu'il y a une absence notoire de tout accompagnement pour atténuer les effets du licenciement de Kadidia Christelle Koné. Face à cette situation le comité Syndicat UNTM/SYNIATHA dans son préavis de grève demandait le départ immédiat du chef du service économique de Bamako et le maintien de Madame Koné à son poste, et exige le cas échéant, l'indemnisation de Madame Koné sur la base d'un départ négocié. A noter que Mme Kadidia Christelle Koné travaillait à l'Ambassade de France, et précisément à ce poste, depuis près de 13 ans environ. Le motif réel du bras de fer entre Kadidia Koné et son supérieur hiérarchique proviendrait de sa maternité pour laquelle elle a bénéficié d'un congé de maternité comme le prévoit la loi. Depuis sa reprise, elle n'aurait cessé d'être sexuellement harcelée par son chef hiérarchique.

La sanction civile applicable ici est la nullité de plein droit de la rupture du contrat de cette salariée mais elle restera ineffective¹.

127. En définitive, toute violation des libertés et droits fondamentaux appelle la nullité-réintégration². Bien évidemment, dans toute relation de travail une certaine restriction est apportée aux libertés, dont la liberté d'expression, la

¹ Mémentos droit du travail rapports individuels 13^e édition de Jean M VERDIER, Alain COEURET, et Marie-A SOURIAU

² V.Ph. WAQUET, , il ne suffit évidemment pas d'invoquer sans justification la violation de l'art 6 de la Convention EDH(Cass.soc.,31 mars 2004,Dr.soc.2004,666 obs Ch. RADE ;RJS 6/04,n°680.

liberté d'aller et venir ¹le fameux article L.1121-1 gardien des libertés et droits de la personne dans l'entreprise, il admet que des restrictions puissent leur être apportées ;mais, il les passe au filtre de la pertinence et la proportionnalité². A défaut, l'acte est nul³.

Section 3 La violation du statut protecteur du salarié : La nullité prévue mais différemment applicable dans les deux systèmes juridiques

128. La nullité de la rupture a été prévue par le législateur dans un souci de protection du salarié particulièrement digne d'intérêt en raison de sa situation. Tel est le cas du licenciement en période de suspension du contrat résultant d'arrêt du travail consécutif à un risque professionnel (paragraphe 1), à la maternité(paagraphe2), ou du licenciement de la salariée en état de grossesse (paragraphe (3))(selon un régime particulière et controversé qui ne peut toutefois faire obstacle à la réintégration à la demande de la salariée). Le contrat ne peut être rompu durant la période de protection que dans deux cas de figure : soit pour faute grave, soit en raison de l'impossibilité de le maintenir pour motif non lié à l'accident ou à la maladie(ou grossesse).à défaut, le juge des référés est compétent pour faire cesser le trouble manifestement illicite.

Paragraphe I : la protection du salarié victime de maladie professionnelle ou accident du travail

129. La suspension du contrat de travail est une mise en sommeil du rapport de travail. Il en résulte que le salarié qui en fait l'objet est dispensé d'accomplir la

¹ Pour un exemple de licenciement justifié en raison de la production d'une lettre de protestation mettant en cause la direction et l'orientation de la société, et tentant ainsi de déstabiliser l'entreprise, Cass. soc, 15 octobre 1996,RJS 11/96,1158.

² Ce qui permet de dire que l'art L.1121-1 est conforme à la convention européenne des droits de l'homme selon lequel il n'y a de restrictions que celles prévues par la loi. Sur le foulard islamique, v ;CA Paris 19 juin 2003.(apparence physique et conviction religieuses) RJS 10/03,n°1116.

³ L'affaire bermuda force à se demander si la violation d'une liberté non fondamentale ne sort pas du champ de la nullité. Compte tenu de la formulation générale employée à l'art L1121-1, on aurait tendance à penser que la nullité n'est pas exclu, mais qu'il convient d'admettre plus aisément le champ es restrictions.

prestation pour laquelle il a été engagé et ne reçoit plus la rémunération qui en constitue la contrepartie. Ainsi définie, la suspension du contrat de travail s'apparente au mécanisme de l'exception d'inexécution propre aux contrats synallagmatiques¹. En France comme au Mali, il existe différents cas de suspension du contrat de travail protégés par des règles.

La loi a posé le principe d'une suspension du contrat de travail en cas de maladie ou accident autre que de simple trajet. Mais ce principe ne se trouve applicable que si l'activité professionnelle est à l'origine de l'état de santé vérifié ou en voie de vérification, quelle que soit la date du constat, ou quel que soit le moment de la demande de ce constat par le salarié. Aux termes de L.1226-7 : « tout travailleur victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, bénéficie de la suspension de son contrat de travail, pendant toute la durée de l'arrêt du travail ainsi que, le cas échéant, pendant le délai d'attente et la durée d'attente et la durée du stage de réadaptation, de rééducation ou de formation professionnelle que doit suivre l'intéressé ». Le contrat de travail n'est pas rompu, mais suspendu. Le principe est que la suspension du contrat n'entraîne pas de conséquences sur le lien d'entreprise et sur ses effets.

Les salariés dont le contrat est suspendu sont toujours comptés dans les effectifs de l'entreprise. La durée de la suspension peut donc être longue en cas d'accident ou de maladie grave. Aucune limite autre que la consolidation de l'état de santé et la durée des stages postérieurs n'est fixée par la loi ; le contrat pourra être suspendu pendant quinze mois, dix-huit mois ou plus². Les longues suspensions ne concernent pas les accidents de trajet que la loi du 7 janvier 1981 exclut expressément de son champ d'application en France; elles ne concernent pas non plus les salariés en contrat à durée déterminée dans la mesure la suspension ne fait pas échec à l'échéance du terme convenu (art L.1226-19)³. En

¹ Manuels du droit du travail, F. DUQUESNE, éd 2008/2009, p.225

² Droit du travail, G.LYON- CAEN et J.PELISSIER, précis Dalloz précité, p.220

³ Mais le régime spécifique s'applique évidemment tant que le contrat n'est pas arrivé à son terme art L1226-19.

revanche, elles s'appliquent, semble-t-il à toutes les maladies professionnelles, y compris à celles qui ne figurent pas sur le tableau des maladies professionnelles et qui ne sont donc pas considérées, au regard du droit de la sécurité sociale, comme des maladies professionnelles. C'est une conséquence de l'autonomie de la légalité du travail par rapport à la législation de la sécurité sociale¹.

130. Au Mali, L.34 du Code du travail prévoit la suspension du contrat de travail pendant la maladie et l'accident du travail. Ce texte vise différents cas dans lequel le contrat est suspendu:

- 1 - en cas d'obligations militaires ou de services civiques de l'employeur entraînant la fermeture de son établissement.
- 2 - pendant la durée légale des obligations militaires ou civiques du travailleur,
- 3 - pendant la durée de l'absence du travailleur pour cause de maladie ou d'accident non professionnel constaté par certificat médical. Cette durée est limitée à six mois, mais est prorogée jusqu'à la date de remplacement du travailleur,
- 4 - pendant la période d'indisponibilité résultant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle.
- 5 - pendant la durée de la garde à vue ou de la détention du travailleur à condition que celle-ci n'excède pas 6 mois.
- 6 - pendant la durée du chômage technique dans les conditions fixées à l'article L.35.

¹ Plusieurs argument conduisent à adopter cette solution : la loi du 7 janv.1981 ne fait aucune référence à la législation de sécurité sociale ; elle entend manifestement prendre ses distances avec celle-ci(nette distinction de régime entre les accidents du travail et les accidents du trajet). Par ailleurs, l'objectif est de faire supporter par l'entreprise et non aux salariés les risques que celle-ci crée ; du moment que l'inaptitude résulte de condition de travail créée par l'entreprise, la protection est due au salarié. quand à la jurisprudence , elle avait, avant même l'intervention du législateur, dégagé des solutions originales pour accorder une protection renforcée aux victimes des accidents du travail et des maladies professionnelles et, dans cette construction, elle appliquait les mêmes solutions à toutes les maladies qui résultaient de l'activité professionnelle, que ces maladies soient ou ne soient pas des maladies professionnelles au regard de la sécurité sociale.(soc.16 juin1976 ; Bull.V,n°377,p.312 ; En ce sens ,M.DESPAX et PELISSIER : la gestion du personnel, tome I, 2^e éd, p.257contrat,

7 - pendant la grève et le lock out si ceux-ci sont déclenchés dans le respect de la procédure de règlement des différends collectifs.

8 - pendant la période de mise à pied,

9 - pendant la durée des congés payés et d'éducation ouvrière,

10 - pendant la durée du mandat électif au niveau local ou national ou de l'exercice d'une fonction politique par le travailleur.

11 - pendant la durée du congé de maternité,

12 - pendant la période dite de veuvage pour la femme salariée dont le mari vient de décéder. Cette suspension doit être demandée par écrit et être accompagnée d'une copie du certificat de décès du défunt et d'une copie du certificat de mariage.

Elle ne peut excéder 4 mois et 10 jours.

13 - pendant la période de pèlerinage aux lieux saints,

14- participation aux manifestations sportives et culturelles organisées par l'Etat.

130. Parmi ces différents cas, il y a des domaines de suspension du contrat qu'on peut retrouver en droit français du travail. C'est l'exemple de la suspension pour maladie et accident du travail, la durée du congé de maternité, pendant la grève... par contre, il y a des domaines où le droit malien prend ses distances avec droit français. C'est le cas du pèlerinage au lieu saint (à la Mecque pour les Musulmans et au Vatican pour les chrétiens). Bien que le Mali soit un pays laïc comme la France, la pratique religieuse paraît s'accommoder d'avantage avec la législation. D'autant plus que l'autorisation pour se rendre au lieu saint est accordée à toutes les religions (musulman, chrétienne...). A ce niveau, le problème se serait posé, si on avait accordé le droit au musulman et refusé aux autres. Hypothèse est de retenir l'égalité de traitement entre les religions. Donc la pratique est égale à égard pour tous.

Sur la sanction du non-respect, le Code du travail malien fixe plusieurs cas de figures. Pour ce qui concerne par exemple la maladie non professionnelle l'article L.37, il prévoit expressément la sanction applicable¹. En effet, le Code du travail prévoit une durée limitée à six mois pour les salariés en maladie non professionnelle et les salariés absents à cause des accidents non professionnels². Aux termes de l'Article L.37 : « dans le cas visé à l'article L.34 (3), l'employeur doit indemniser le travailleur selon les modalités suivantes :

Pendant la première année de présence :

- indemnité égale au montant de sa rémunération pendant une période égale à celle du préavis,

Au delà de la première année de présence :

- indemnité égale à la moitié du montant de sa rémunération pendant la période d'un mois suivant celle d'indemnisation à plein salaire ». Le cas visé par ce texte est celui du salarié en arrêt maladie.

La leçon qu'on peut tirer du droit malien, est qu'il n'accorde pas les mêmes indemnités aux salariés selon l'ancienneté dans l'entreprise. Alors qu'en droit français les salariés victimes du licenciement dans cette situation bénéficient du même régime de sanction.

Cette durée peut être reportée jusqu'au remplacement du salarié dont le contrat est suspendu. Le problème qui se pose est de savoir que devient ce salarié une fois remplacé. Le Code du travail malien prévoit l'indemnisation du salarié malade. Cette situation est non protectrice du salarié en arrêt maladie. Par ce

¹ En France lorsque la cause de la maladie n'est pas professionnelle, la suspension du contrat de travail n'est pas prévue par la loi¹. Il n'est pas rare cependant, que les conventions et accords collectifs aménagent des périodes de protection assimilables.

² L34 : « ...pendant la durée de l'absence du travailleur pour cause de maladie ou d'accident non professionnel constaté par certificat médical. Cette durée est limitée à six mois, mais est prorogée jusqu'à la date de remplacement du travailleur ».

qu'au delà de six mois d'arrêt, si l'employeur trouve un remplaçant, il peut rompre le contrat de travail. Pour cela il doit simplement indemniser le salarié¹.

131. Pour ce qui concerne le cas de la maladie et accident du travail, le principe de la sanction existe, mais le contenu et la nature de cette sanction ne sont pas les mêmes qu'en France. A cet effet, L.38 du Code du travail dispose que les cas visés à l'art L.34 aliéna 4 (accident du travail et maladie non professionnel) le congé est du mais sans salaire. C'est-à-dire que le salarié ne reçoit pas de salaire. Dans ce cas, c'est la caisse primaire de la sécurité sociale qui prend en charge l'indemnité journalière des salariés².

On ne peut pas dire que le droit français est plus protecteur que le droit malien, parce que la finalité au niveau de la protection du salarié ne semble pas être le maintien de son contrat de travail³. En effet, au Mali, l'article 68 du Code de la

¹ V. L.37 du Code du travail malien cité.

² Incapacité temporaire

L'indemnité journalière est payée à la victime par l'Institut à partir du premier jour qui suit l'arrêt du travail jusqu'à la guérison ou constatation de l'incapacité permanente. L'indemnité est égale à 100 % du dernier salaire de l'assuré précédant l'accident.

Incapacité permanente

En cas d'incapacité permanente, la victime a droit à une rente égale au salaire annuel, multiplié par le taux d'incapacité préalablement réduit de moitié lorsque ce taux est compris entre 10 et 50 % et augmenté de moitié lorsqu'il excède 50 %. Si la victime a besoin de l'assistance d'une tierce personne, la rente est majorée de 40 %. Si le degré d'incapacité est inférieur à 10 %, il est effectué un versement unique.

Le montant maximum de la rente est égal à 20 fois le SMIG.

Le montant minimum de la rente, si le degré d'incapacité est égal ou supérieur à 10 %, ne peut être inférieur à 1,3 fois le SMIG.

Après un délai de 5 ans, la rente peut être convertie en capital en totalité ou en partie si :

- le taux d'incapacité ne dépasse pas 20 %, sur simple demande,
- le taux d'incapacité est compris entre 20 et 50 %, le rachat peut être opéré dans la limite du quart au plus du capital correspondant à la valeur de la rente.

L'assuré, victime d'un accident du travail et bénéficiaire d'une rente, doit se soumettre à des examens médicaux auprès d'un médecin agréé par l'INPS, durant les 2 premières années et ensuite chaque

³ **Article L.34:** Le contrat de travail est notamment suspendu:

- 1 - en cas d'obligations militaires ou de services civiques de l'employeur entraînant la fermeture de son établissement.
- 2 - pendant la durée légale des obligations militaires ou civiques du travailleur,
- 3 - pendant la durée de l'absence du travailleur pour cause de maladie ou d'accident non professionnel constaté par certificat médical. Cette durée est limitée à six mois, mais est prorogée jusqu'à la date de remplacement du travailleur,
- 4 - pendant la période d'indisponibilité résultant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle.
- 5 - pendant la durée de la garde à vue ou de la détention du travailleur à condition que celle-ci n'excède pas 6 mois.
- 6 - pendant la durée du chômage technique dans les conditions fixées à l'article L.35.

prévoyance sociale, renvoie le travailleur malade aux garanties prévues par L37. Donc, le contenu de ce texte, revient à dire que le salarié malade bénéficie de la suspension de son contrat de travail pendant six mois, et qu'au delà il peut être remplacé par son employeur comme on a vu dans le cadre de la maladie ou accident non professionnels. Ce texte n'offre aucune protection à long terme. De ce fait, pendant six mois le contrat est maintenu, mais on ne sait pas qu'elle est la portée de cette suspension. Le droit malien ne nous dit pas clairement, la sanction civile qui doit être appliquée.

132. En France, la suspension fait obstacle à la rupture du contrat de travail (article L.1226-9). Bien que, cette interdiction ne soit pas absolue puisque, comme dans le cas des maternités, l'employeur peut licencier en cas de faute grave du salarié ou en cas d'impossibilité, pour un motif non lié à accident ou à la maladie de maintenir le contrat de travail, mais elle est sanctionnée de façon rigoureuse puisque le licenciement prononcé à tort est « nul »¹.

A cet effet, lorsqu'un employeur licencie un salarié qui était apte à reprendre son emploi ou qui, devenu inapte, ne s'est pas vu proposer un nouvel emploi adapté à ses capacités (alors que c'était possible), l'employeur sera sanctionné plus sévèrement que ne l'est un employeur qui a violé les exigences de la loi du 13 juillet 1973 et qui a licencié sans cause réelle et sérieuse un salarié de l'entreprise. Alors qu'en droit commun, l'employeur est condamné à verser au salarié une indemnité minimale correspondant à six mois de salaires à la double

-
- 7 - pendant la grève et le lock out si ceux-ci sont déclenchés dans le respect de la procédure de règlement des différends collectifs.
 - 8 - pendant la période de mise à pied,
 - 9 - pendant la durée des congés payés et d'éducation ouvrière,
 - 10 - pendant la durée du mandat électif au niveau local ou national ou de l'exercice d'une fonction politique par le travailleur.
 - 11 - pendant la durée du congé de maternité,
 - 12 - pendant la période dite de veuvage pour la femme salariée dont le mari vient de décéder. Cette suspension doit être demandée par écrit et être accompagnée d'une copie du certificat de décès du défunt et d'une copie du certificat de mariage.
 - Elle ne peut excéder 4 mois et 10 jours.
 - 13 - pendant la période de pèlerinage aux lieux saints,

¹ Soc.8oct1991, R. J.S11/91,n°1191.

condition que le salarié ait au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et l'entreprise emploie au moins onze salariés, il est dans ces hypothèses de licenciement irrégulier après accident du travail ou maladie professionnelle, condamné à verser au salarié une indemnité dont le montant minimum est égal à douze mois de salaires et il doit verser quelle que soit l'ancienneté du salarié et quelle que soit l'importance des effectifs dans l'entreprise(L.1226-15).

Cette indemnité, sanctionnant l'illicéité du licenciement, se cumule avec les deux autres indemnités : indemnité compensatrice et indemnité spéciale de licenciement (L.1226-7). En outre, La loi précise que la durée des périodes de suspension est prise en compte pour la détermination de tous les avantages légaux ou conventionnels, liés à l'ancienneté du salarié dans l'entreprise (L.1226-7). La période de suspension ne prend fin qu'après la visite médicale de reprise par le médecin du travail.

Paragraphe II :La nullité du licenciement des femmes enceintes

133. Le licenciement d'une femme en état de grossesse médicalement constatée est prohibé. Comme l'a souligné le professeur COUTUTIER, « la nature de la sanction n'est pas douteuse : le licenciement intervenu au mépris de la prohibition légale n'est seulement pas abusif mais nul »¹.

Aux termes de l'article L.1225 - 4 du Code du travail français, il est interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail d'une salariée en état de grossesse médicalement constatée et pendant et pendant l'intégralité des périodes de suspension auxquelles elle a droit, qu'elle en use ou non, ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes.

Ce principe de l'interdiction de résiliation du contrat de travail est le même posé par L.183 du Code du travail malien qui indique que pendant toute la période de

¹ la sanction civile en Droit de travail précité ;Manuela GREVY ;P :47

suspension, l'employeur ne peut résilier un contrat de travail d'une femme enceinte.

A la différence du Code du travail français, la législation malienne ne prévoit pas la nature et le contenu de la sanction applicable¹. En droit français, l'irrégularité du licenciement est sanctionnée de façon originale puisque celui-ci est déclaré « nul » par la loi. Par conséquent, la nullité anéantit le licenciement. Ce qui peut produire plusieurs effets. En effet, bénéficiant de la protection instaurée par l'article L1225-2 du Code du travail, la femme enceinte a droit à sa réintégration¹.

134. En pratique, il peut arriver qu'un employeur procède à un licenciement alors même qu'il ignore l'état de grossesse de la salariée. Dans ce cas, l'alinéa 2 de l'article L 1225-2 du Code du travail, dispose que l'intéressée peut obtenir l'annulation de son licenciement si dans un délai de 15 jours à compter de la notification de la rupture du contrat, elle envoie à son employeur par L.R.A.R (lettre recommandée avec accusé de réception) un certificat médical justifiant de son état de grossesse². Jusqu'à présent l'application de ce texte conduisait les tribunaux à accorder la réparation pécuniaire du préjudice comprenant les indemnités de licenciement, le préavis, les congés payés et les salaires correspondant à la période protégée ainsi que d'éventuels dommages intérêts mais la salariée ne retrouvait pas son emploi. La chambre sociale a fait un revirement de jurisprudence puisqu'elle affirme que la nullité du licenciement permet la réintégration de la salariée à sa demande dans son précédent emploi ou un emploi équivalent à moins qu'elle ne préfère l'indemnisation de son licenciement³. (Cet arrêt prolonge un arrêt précédent de la chambre sociale 9 octobre 2001⁴ qui indiquait « attendu cependant que le salarié dont le

¹ Cf, page infra sur le cas de maladie et accident du travail.

² Toute fois, lorsque l'employeur ignore l'état de grossesse de la salariée et propose de la réintégrer une fois informé de l'état de grossesse, le refus de la salariée de reprendre son travail la rend responsable de la rupture et lui interdit de réclamer des dommages-intérêts.

³ Chambre sociale le 30 avril 2003 pourvoi 00-44.811 du 30/4/2003

⁴ Cass soc 9/10/2001 n° 99-44353 Bull civ V n° 314 RJS 2001 986 n° 1468 semaine soc Lamy

licenciement est nul et qui ne demande pas sa réintégration, a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité.... ». On pouvait déjà en déduire que la salariée pouvait demander sa réintégration.)

Si l'employeur tarde à proposer la réintégration, la salariée peut refuser et est en droit de réclamer, sur le fondement de l'article L.1225-71, le salaire de la période couverte par la nullité du licenciement et d'éventuels dommages-intérêts.

135. Le Code du travail malien est silencieux sur la nature de la sanction civile applicable en cas de non-respect de l'interdiction de licenciement de femme enceinte. Les textes (articles L.34 et L.L83) se succèdent pour interdire le licenciement mais aucun de ces deux textes ne donne la précision sur la nature de sanction. On pourrait trouver la solution dans l'Arrêté n° 1566/MEFPT-SG du 7 octobre 1996 portant modalités d'application de certaines dispositions du Code du travail¹ : « Le travailleur qui conteste l'ordre des licenciements ou le motif économique, peut se pourvoir devant le tribunal du travail et demander des dommages et intérêts ».encore faut-il- qu'on soit dans l'hypothèse de licenciement économique de la femme enceinte ou doit-on- transposer cette hypothèse à tous les salariées en général et même aux femmes enceintes ou en maternité ?

Dans une note intitulé « Archive et Devoir » du ministère de la promotion de femme de l'enfant et de la famille du Mali, prévoit l'annulation du licenciement de femmes enceintes en cas de violation de l'interdiction de ce licenciement. Il peut même être annulé quand l'employeur n'était pas informé de l'état de grossesse de l'intéressée, à condition toutefois que la salariée lui envoie un certificat médical dans les quinze jours qui suivent la notification du licenciement. Si l'employeur refuse de revenir sur le licenciement, la salariée doit naturellement saisir l'inspection du travail. Et en cas de refus de

¹ Journal officiel du Mali. 1996-10-15, no 19, pp. 708-717

réintégration, l'employeur devra lui verser le montant des rémunérations qu'elle aurait dû percevoir jusqu'à la fin de son congé maternité, auquel s'ajoutent les légales (préavis, licenciement, congés payés) ainsi que d'éventuels dommages intérêts. En revanche, une femme en état de grossesse apparente peut démissionner de l'entreprise sans avoir à respecter un quelconque délai de préavis¹.

136. On voit ici qu'on se rapproche de la solution consacrée par le droit français. A la différence qu'en France la sanction posée est issue d'un texte de loi qui a une valeur juridique. Au Mali, c'est une consigne d'information qui est sans valeur normative et sans fondement juridique. Ce qui pose un problème de droit. Car on n'est pas en présence d'un décret d'application d'un texte mais d'une simple note d'un ministère sans force obligatoire à l'égard du juge.

Paragraphe III: La nullité du licenciement du salarié dont le contrat est suspendu pour fait grève

137. La grève est « la modalité de défendre des intérêts professionnels ² ». Elle est aussi la cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles déjà déterminées auxquelles l'employeur refuse de donner satisfaction ». En outre « c'est un arrêt concerté du travail... dans le but d'obtenir une amélioration des conditions de travail »³. Il arrive que certaines situations soient qualifiées de grève dans le langage courant (surtout au Mali) alors que juridiquement elles n'en sont pas. L'enjeu est de taille, en effet, à défaut de constituer une grève, un mouvement pourra être qualifié de fautif par l'employeur et chacun des participants pourraient faire l'objet d'une procédure disciplinaire qui pourra conduire à un licenciement. Comment concilier le droit de grève et l'exécution des obligations contractuelles ? La réponse se trouvera

¹ BP 2688, Hamdalaye

ACI 2000 Rue de l'Obélisque Porte 99 - Tél : (223) 222 66 59 / 223 66 60 Fax: (223) 222 75

² soc. 28 juin 1951. 532, grand arrêt, n°10

³ Soc. 3 oct 1963, D. 1964, note G. LYON-CEAN ; id. 16 mai 1958 (il faut une cessation du travail, une action concertée, des revendications) D. 1989. IR 176.

dans l'exercice d'une liberté reconnue (A), qui doit respecter certaines conditions(B). Au Mali l'effectivité du droit de grève montre des insuffisances par rapport au droit français. Ce qui souligne l'insuffisance de ces sanctions (B).

A- Une règle de protection dans l'exercice d'une liberté

138. En France, il fut longtemps considéré que la grève avait pour effet de rompre le contrat de travail en dépit de la suppression du délit de coalition. Il était difficile de continuer à l'affirmer, dès lors que le Préambule de la Constitution de 1946 en faisait une liberté. Le législateur a mis ainsi un terme à l'analyse purement contractuelle tirée de l'inexécution du contrat, en énonçant en 1950 que la « grève ne rompt pas le contrat de travail » ; désormais il est suspendu, et en conséquence aucune faute ne peut être imputée au gréviste pour inexécution de ses obligations.

Au Mali, l'article 21 de la Constitution s'inspirant du droit français reconnaît le droit de grève¹. La grève étant un droit, elle n'entraîne pas la rupture du contrat de travail², mais le salarié qui n'a pas fourni sa prestation de travail est privé de son salaire.

1. Grève et emploi :

139. Comme énonce L. 2511-1 du Code du travail en France : « La grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde imputable au salarié ». Cette formule inscrite dans l'art 4 de la loi du 11 février 1950 (ancien L. 521-1) est largement interprétative de la jurisprudence antérieure qui s'était constituée soit au sein de la Cour de cassation rendu postérieurement à la Constitution du 27 octobre 1946, et sur la base du texte de préambule³. Elle a été ensuite précisée dans ces conséquences.

- La grève ne met pas fin au contrat de travail :

¹ Décret N)92-0731P-CTSP portant promulgation de la Constitution du Mali

² Sauf abusif du salarié (exemple de violence).

³ Droit du travail, G. LEONCAN, J. PELISSIER, précis Dalloz, 16^e éd., p. 802.

Pendant la grève le contrat de travail n'est que suspendu ; le contrat reprend à la fin de la grève. La grève a cessé de rompre par elle même le contrat de travail. La jurisprudence a déduit cette règle nouvelle du Préambule de la Constitution, dans deux arrêts de principe¹. La chambre sociale et la chambre criminelle déduisent de la reconnaissance Constitutionnelle du droit de grève (chambre sociale) et de la volonté des grévistes (chambre criminelle) que la grève ne saurait dorénavant entraîner la rupture du contrat de travail. La loi consacre donc cette jurisprudence².

Pas plus que la grève, une faute simple commise par un salarié au cours de la grève ne peut entraîner par elle même la rupture des contrats du travail. Comme l'affirmait la chambre criminelle : « elle ne peut que constituer un motif de résiliation »³.

La grève n'entraîne que suspension des contrats de travail du gréviste, l'employeur doit conserver leur emploi avec leur ancienneté aux grévistes⁴, y inclus les cadres sans pouvoir modifier leur contrat ni les rétrograder⁵. La grève ne suspend pas le mandat des représentants du personnel qui peuvent jouer un rôle de négociateurs. A deux reprises la loi française a renforcé le principe inscrit dans l'art L.2511-1:

- En ajoutant un alinéa 3 : tout licenciement intervenu en violation de l'alinéa est nul de plein droit.
- En faisant référence à l'art L1132-2 relatif au droit disciplinaire : aucun salarié ne peut être licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève. L1132-4 indique que toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. La simple suspension du contrat de travail des grévistes entraînant la reprise du

¹ Crim.28 juin 1951,Dr,soc. 1951,p.474 et rapport, Patin,D,1951.542 ;Soc.28 juin 1951,Dr,soc.1951,532,6^e esp, jugeant les fait antérieur à la loi du 4 fevr.1950,Les grands arrêt, n°10

² Soc, 25 avr.26 juin 1952,D ,soc.1952,Dr, soc,1953,433 et 1957 ;5 avr 1957,J.C.P. 1957,II10137 ;rim.18 juill.1952,J.C.P.1953.II7530 ;soc,9 mai1973,Bull, V, n°282,p.252

³ Précit Dalloz 16^e cité,p.802

⁴ Soc,9 juill,1951,Dr,soc,1952p, 115

⁵ Soc.15févr 1961,Bull,V,n°203

contrat de leur emploi en fin de grève doit logiquement provoquer l'éviction du personnel de remplacement s'il en a été recruté.

- s'il s'agit de l'exercice régulier du droit de grève l'employeur ne peut prendre aucune sanction disciplinaire pas plus qu'il ne peut congédier le gréviste¹. Il est même admis que le règlement intérieur est suspendu pendant la grève comme le sont les contrats². On peut dire aussi que l'exercice du droit de grève n'est pas une faute contre la discipline à condition que cet exercice soit « normal ».

140. Au Mali, deux textes exigent le respect du droit de grève. Le premier est L34 qui prévoit la suspension du contrat de travail « - pendant la grève et le lock out si ceux-ci sont déclenchés dans le respect de la procédure de règlement des différends collectifs ». Et le second concerne l'Article L.231 du Code du travail malien qui indique que: La grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde des travailleurs. Le lock-out et la grève sont illicites pendant la procédure de conciliation et dès qu'une décision arbitrale a acquis force exécutoire. Contrairement à la France, au Mali, on continue de dire que la grève peut être illicite ou licite. En France il n'y a que de la grève licite. C'est les conditions d'exercice de cette dernière qui peuvent faire l'objet de sanctions.

Autre remarque : en France, le Lock-out est « interdit ». A ce titre la fermeture de l'entreprise est évidemment mal perçue en temps de grève puisqu'elle apparaît comme le moyen de briser le mouvement ou de l'empêcher de prendre naissance. Son fondement, pour cette raison, est fortement contesté. Le lock-out est peu évoqué par les textes et le terme même a été banni à l'occasion de la recodification. Seule la réglementation européenne le consacre explicitement (art.2§6 de l'accord du 7 févr.1992 ; traité modificatif du 13 déc.2007, art 153 in fine). La doctrine ainsi que la jurisprudence ont privilégié la thèse de son illicéité lorsqu'il constitue une entrave à l'exercice du droit de grève. Le lock-

¹ La rupture du contrat a été jugée licite si un cas de force majeure s'oppose à sa poursuite ; soc.17 mai 1977, jur.U.I.M.M.,n°377,p.331. La grève, suspension du contrat de travail s'adapte mal au contrat à durée déterminée dont elle ne proroge pas l'échéance (Soc.21 nov.1984,Dr, Ouv 1985,35, Bull, V.445)

² Soc,16 déc.1968,Dr, soc,1968p.318,obs,J. SAVATIER

out ou la grève pratiquée en violation des dispositions de l'alinéa précédent entraînent:

a) - pour les employeurs:

- le paiement aux travailleurs des journées de salaires perdues de ce fait,
- l'inéligibilité pour trois ans aux fonctions des membres de chambres de commerce.
- l'interdiction de faire partie du conseil supérieur du travail et de participer sous une forme quelconque à une entreprise de travaux ou un marché de fournitures pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité publique.

b) - pour les travailleurs:

Pour ce dernier, le droit malien et le droit français convergent sur le principe de sanctions en cas d'atteinte au droit de grève. Mais sur le lock-out la législation malienne est admise par rapport au droit français. En effet, en France, lorsque le lock-out a pour objet de prévenir la grève ou de riposter à son déclenchement, le lock-out constitue un manquement de l'employeur à ses engagements contractuels. Les salariés victimes de la privatisation de travail sont en droit de solliciter des dommages et intérêts¹. Ou de faire constater judiciairement la rupture de leur contrat à ses torts. Toutefois le lock-out peut être admis ou être une exception. Dans ce cas, il est licite lors la décision de l'employeur se fonde sur certaines circonstance s'apparentant à la force majeure. Dans ce cas, sa volonté est en partie étrangère à la fermeture de l'entreprise car ce sont les événements qui le conduisent à cette solution extrême. Il lui appartient alors de démontrer qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de faire travailler les salariés grévistes². La démonstration fait appel aux différents éléments qui permettent de caractériser la désorganisation totale de l'entreprise. A cet égard,

¹ Cass.soc., 1er juillet 1985.Juri.so.85F 77

² V. par exemple pour la préservation de la sécurité des personnes et des biens :Cass.soc.,7 novembre 1990.civ V ,n° 42 ; Cass.soc. 21 mars 1990,Bull.civ.n°131

l'admission du lock-out se situe dans le prolongement de reconnaissance du caractère abusif de la grève et de la situation contraignante le dispensant de verser la rémunération des travailleurs qui ne participent pas au mouvement.

141. Au Mali, même si, le Code du travail prévoit l'existence d'un droit de grève pour les salariés, la question qui se pose est de savoir si le droit malien prévoit la même sanction en cas de licenciement par l'employeur d'un salarié en grève. L'article L34 du Mali n'indique pas explicitement la sanction en cas de licenciement d'un gréviste.

En France, le licenciement est nul, l'employeur qui met fin au contrat de travail d'un gréviste prononce un licenciement illégal (et non seulement abusif). Avant, la Cour de cassation ne sanctionnait ce licenciement que par l'octroi de dommages-intérêts et refusait la remise en état par voie de réintégration ordonnée en référés¹. Les lois du 3 janvier et du 25 juillet 1985 ont fait du licenciement d'un gréviste, en absence de faute lourde imputable à celui-ci, un acte nul et nul de plein droit, sans appréciation possible par le juge, et appelant une remise en état immédiate (L.1132-1 et L.2511-1). Des juges du fond avaient cru pouvoir maintenir la jurisprudence antérieure et décider que les grévistes licenciés de façon illicite n'avaient droit qu'à des dommages-intérêts.

Au Mali, quelle sanction pourrions-nous retenir en cas de licenciement d'un salarié pour participation à une grève ?

Plusieurs pistes de réponse peuvent être évoquées.

D'abord, on pourrait penser à l'article L.257 qui qualifie d'abus donnant lieu à des dommages-intérêts les mesures prises par l'employeur en considération de l'activité syndicale du salarié. C'est le cas de l'activité syndicale du salarié, de son opinion et de son appartenance ou non appartenance au syndicat. Ce texte ne vise pas directement le droit de grève du salarié. Mais au Mali, on sait que la

¹ Soc, 28 oct 1975, D.I.R., p. 234, 31 mars 1982, Dr. soc 1983, p. 225 aff. Talbot, obs. J. SAVATIER, les grands arrêts., n°11 ? l'arrêt indique que la réintégration ne peut qu'être proposée à l'employeur selon L.1235-3 et que le juge des référés n'a pas un pouvoir différent de ceux des juges du fond.

grève est l'apanage du syndicat. Donc il n'y a pas de grève sans l'ordre du syndicat. En France, la grève est un droit collectif dans exercice mais individuel dans son appartenance à chaque salarié¹. Le droit français rejette la conception organique (privilège syndical) consacrée dans beaucoup de pays². Toutefois, dans les services publics, les syndicats représentatifs sont, d'une certaine façon, titulaire du droit de grève (préavis syndical obligatoire). Dans cette hypothèse le salarié qui exerce la grève ne fait qu'exprimer son expression collective qui est une forme de grève³. Ainsi on-t-il dans le cas du 2^e critère de la reconnaissance de grève « collective et concertée... »

Dès lors un employeur qui licencie un salarié gréviste commet au moins un licenciement abusif dont la réparation est l'octroi de dommages-intérêts.

Ensuite l'article L.231 du Code du travail malien pose une sanction redoutable pour les entreprises qui violerait le droit de grève : « l'interdiction de faire partie du conseil supérieur du travail et de participer sous une forme quelconque à une entreprise de travaux ou un marché de fournitures pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité publique ». En effet le marché de fourniture de l'Etat (marché public) est un enjeu considérable pour les entreprises privées. Il s'agit d'un contrat administratif par lequel la personne publique peut confier à une entreprise, ou à un groupement d'entreprises, une mission globale relative :

- au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;

¹ C'est-à-dire des personnes engagées dans des relations de travail. Par suite la grève des étudiants n'a pas été considérée comme pouvant se réclamer du droit de grève et obéit à d'autres règles. Mais est-il réservé aux salariés ? le problème a été posé par des médecins refusant de payer leur cotisation à l'ordre des médecins pour protester contre des dispositions prises par l'ordre. Le tribunal avait estimé qu'ils exerçaient leur droit de grève, liberté garantie par la Constitution, sans qu'il y ait référence au Code du travail. La Cour de cassation a jugé le 15 janv. 1991, Bull. civ. I, n° 19 que « la participation d'un médecin à un mouvement collectif de refus de payer les cotisations ne constituait pas une cessation concertée du travail en vue d'appuyer une revendication professionnelle ». de même un mouvement collectif de travailleur indépendant ne constitue pas une grève.

² Mémentos droit du travail, J-M. VERDIER, A. COEURET, M-A. SOURIAU volume 1, J. Dalloz, p. 278

³ Chaque salarié peut présenter des réclamations, exposer des revendications, faire des suggestions, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants. La liberté d'expression et d'opinion ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise. Au-delà de l'expression individuelle, la grève est une forme d'expression directe et collective sur le lieu du travail, au sein de l'équipe de travail, de l'atelier, du service.... Droit du travail A. MAZEAUD 4^e éd p. 94.

- à la construction et à la transformation des ouvrages ou équipements ;
- à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion ;
- le cas échéant, à d'autres prestations de service concourant à l'exercice par la personne publique de la mission de service public dont elle est chargée.

Le bénéfice généré par le marché peut constituer le capital. Il constitue une part juteuse dans le bénéfice et les chiffres d'affaires de certaines entreprises. L'exclusion de ce marché est certainement plus redoutable que la sanction de nullité du licenciement du salarié gréviste. On pourrait dire que c'est une sanction plus efficace et stratège pour faire respecter le droit de grève. En France il a fallu attendre la loi sur le Financement de la Sécurité Sociale de 1996 pour instituer une sanction visant à exclure du marché public les entreprises en cas de travail illégal¹. Donc le domaine d'application de cette sanction n'est pas le même qu'au Mali. L'employeur verbalisé en cas d'emploi d'étrangers sans titre, de travail dissimulé, de marchandage ou de prêts illicites de main-d'œuvre encourt la fermeture provisoire de son établissement ayant servi à commettre l'infraction et : ou l'exclusion de marchés publics (art .L8272 et L.8272-4)². Dans ce cas peut-on admettre que le droit malien peut aussi être en avance sur le droit français même s'il ne sert pas de référence.

2. Contours du droit de grève :

142. La « grève du législateur » laisse des vides plus ou moins comblés à l'issue d'un contentieux³. La Cour de cassation a dû définir au coup par coup ce qu'est la grève, sans le filet protecteur d'une définition légale. Trois éléments doivent être réunis, sans lesquels le salarié ne peut bénéficier de la protection attachée à l'exercice normal de cette liberté. A défaut, son comportement peut s'analyser

¹ Idem,

² LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude, Marion DEL SOL, professeur à l'université de Rennes1, IODE (UMR CRNS 6262-université de Rennes 1), JCP/ la semaine juridique-Edition sociale n° « 17 janvier 2012p.50

³ V. lord WEDDERBURN, le législateur et le juge, études GLYON-CAEN,123 ;Ph. BERNOUX, Dr.soc.1988 ;625.J.J DUPEROUX, le droit de grève protège-il les grévistes ?,le monde 28 juin 1977.

en une exécution défectueuse du contrat de travail, justifiant éventuellement un licenciement, même en l'absence de faute lourde. La qualification du conflit est le préalable nécessaire à l'application du régime protecteur attaché à l'exercice normal du droit de grève. Ces trois critères sont :

- Une interruption de travail
- Collective et concertée
- En vue d'obtenir satisfaction de revendication à caractère professionnel.

a). Interruption du travail

Le travail doit cesser. Un simple ralentissement de production ou l'inexécution d'une partie des obligations contractuelles (« grève de la pince » pour les contrôleurs de train...) ne satisfont pas à ce premier critère ; les salariés qui participent à ces mouvements collectifs s'exposent au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, sans pouvoir se prévaloir de leur droit d'expression direct et collectif. La « grève du zèle », ne peuvent être qualifiées de grève¹.

A l'inverse, les grèves tournantes hors services publics, les grèves bouchons ou thromboses » sont possibles, quels que soient leur durée ou le nombre des participants. Ces mouvements, tels les débrayages répétés de courtes durées, sont d'une grande efficacité. Ils sont admis, à moins qu'ils entraînent une désorganisation de l'entreprise ; en ce cas, le conflit dégénère en abus insusceptible de protection².il y aurait ainsi une certaine proportionnalité des moyens à respecter dans l'exercice du droit de grève.

¹ Droit du travail Antoine MAZEAUD précité, p. 246

² Cass.soc.,7 avril 1993,Dr.soc 1993, 607 18 janv. 1995,dr.soc ;1995,183, rapp, Ph. WAQUETR, Ph, WAQUET, la grève les mouvements illicites et l'abus d'un droit individuel, RJS 1/97,8.

b. Collective et concerté

Il faut comprendre que dans le droit français tout comme dans le droit malien la grève est un droit individuel, mais il ne peut s'exercer que de façon collective et concertée. A moins que l'entreprise se réduise...à un seul salarié¹.

La grève peut être catégorielle ou minoritaire. Un seul salarié d'une entreprise (à plusieurs) qui cesse le travail peut revendiquer le statut du gréviste, s'il se conforme à un mot d'ordre national ou régional. A l'inverse, n'est pas gréviste le salarié, dans une entreprise d'au moins deux salariés, qui cesse son travail pour un motif qui n'est pas d'ordre collectif, tel un rappel de salaire ou une augmentation de ses frais de déplacement².

c. Mobile professionnel

Le mouvement collectif doit enfin avoir pour objet la défense d'intérêt professionnel. De prime abord, cette exigence semble singulièrement restrictive : elle gomme l'expression d'une révolte, d'une fête. La grève n'est pas une fin en soi.

Le risque est encore de vouloir opposer le politique au professionnel, en cas de mot d'ordre de grève national ; une telle opposition est anecdotique, et n'a pas grand sens, en présence de politique de l'emploi ou de politiques salariales³.

Sur quatre points essentiels, la Cour de cassation a défini une jurisprudence: la solidarité est-elle un mobile professionnel justifiant le recours à la grève ? Pour être professionnelle, une revendication doit-elle être raisonnable, ou bien une place est-elle laissée à l'utopie ? Faut-il que les revendications soient portées à

¹ Cass.soc.,13 novembre 1996,Dr, soc 1996, 1108, obs J Ch. RADE, la solitude du gréviste, Dr.soc.1997,368-E.RAY.J.SAVATIER, un salarié isolé peut-il user de grève à l'appui d'une revendication individuelle ? R.J.S /97,

² Droit du travail ,Antoine MAZEAUD Domat, droit privé, 4^e éd, montchrestien,p.246

³ Sur la force majeure, lors du conflit SNCF de la fin de l'année 1995,V. Cass soc.,11 janvier 2000,RJS 2/00,n°201 ;Dr.soc 2000,404,note A.CRISTAU.

la connaissance de l'employeur préalablement à l'arrêt de travail ? Se servir soi mêmes n'épuise-t-il pas le mobil professionnel ?

- Solidarité, « tous ensemble » : la grève est manifestation de solidarité des travailleurs, que souligne sa dimension collective. Encore faut-il que le mobile professionnel soit présent.

- Solidarité externe : il est évident que le fait de cesser le travail pour répondre à l'appel d'un syndicat protestant contre une politique sociale gouvernementale ou patronale, est l'expression légitime d'une solidarité professionnelle¹. Le mot d'ordre syndical, conforme à la défense des intérêts collectifs de la profession, légitime le mouvement malgré le rejet d'une conception organique du droit de grève. La question reste délicate, en cas d'arrêt de travail de soutien à l'égard de salariés d'une entreprise proche.

- Solidarité interne : en principe, un mouvement de soutien à l'égard d'un salarié de l'entreprise qui fait l'objet d'une sanction justifiée n'est une grève, faute d'intérêt collectif à défendre². En somme, les salariés ne peuvent mettre en échec le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, dès lors qu'il l'exerce régulièrement.

A l'inverse, la qualification de grève est retenue si l'intérêt collectif entre en jeu, par exemple en cas d'arrêt de travail faisant suite au licenciement de plusieurs salariés ayant refusé le fractionnement de leurs congés³, ou bien en cas de licenciement d'un représentant du personnel⁴, ou de licenciement économique qui pèsent sur l'emploi de tout ou partie du personnel⁵.

¹ J.J DUPEROUX, Dr.soc,1988,621.

² « ...n'ayant eu pour objet ni un intérêt collectif professionnel, ni l'amélioration ou la modification des conditions de travail, même de façon indirecte... » Arrêt CORA, Cass.soc, 18 mars 1982,BS 10/83,366,obs.J. DEPREZ ;V ; également Cass.soc.,16 novembre 1993,Dr.soc.1994,35, rapp.Ph. WAQUET et note J-E.RAY ;18 janvier 1995.

³ Cass.soc.27novembre1985,Dr. soc. 1988,132, obs.J .DEPREZ.

⁴ V, CA Paris,21 avril 1989,CSB 1982,204.

⁵ Dr.soc., 1996,204

143. Mais en France, la chambre sociale de la Cour de cassation a nettement pris position et donne toute sa portée à la réforme législative¹.

D'une part, elle juge que, le licenciement des grévistes est nul², le juge des référés ordonne à bon droit la poursuite de contrat de travail qui n'a pu être valablement rompu.³

D'autre part, elle décide que la nullité du licenciement d'un salarié gréviste n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé en raison de la participation à une grève mais qu'elle s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours d'une grève, lorsque ce fait ne peut être qualifié faute lourde⁴.

B- L'effectivité de l'exercice du droit de grève

144. En France la question de la protection du droit de grève est traitée devant les tribunaux. Le juge se penche sur la matière à juger. C'est-à-dire qu'il y a fréquemment un jugement pour déterminer le degré de sanction applicable.

Au Mali le problème est traité différemment. On dirait qu'il y a une pédagogie et l'éducation de l'importance du droit de grève. L'expérience a montré que la violence est due à la mauvaise compréhension de ce droit. Parce pour certains, c'est par la violence qu'on arrive à se faire entendre. Dans ce contexte, la prévention est le meilleur moyen de résoudre le problème. La sanction ne saurait être efficace, compte -tenu du nombre de personnes qui seraient impliquées, il n'aura, ni aussi moyens pour les juger ni de places dans les prisons dans l'hypothèse de condamnation pénale. D'où la nécessité de prévenir la violence par la pédagogie. Comme on le dit « prévenir vaut mieux que guérir ». On rappelle, que la réaffirmation du droit de grève au Mali date de 1992. Ce droit est plus récent par rapport au droit français. Le but est d'apprendre la méthode de l'exercice de ce droit. Cela ne signifie pas que le juge malien ne s'intéresse

¹ Précis Dalloz précité, p803

² Cass, soc 3 mai 2007 n° 05-43-977

³ Cass. Soc, 2fév 2006 n03-47481

⁴ Précis Dalloz 16^e éd, précité, p804

pas à cette problématique du droit de grève. Tout au contraire, Par exemple, lors de la rentrée judiciaire de novembre 2010, le monde judiciaire a montré que la question de l'exercice et la protection du droit de grève au Mali, est une question vivante. A cette occasion plusieurs responsables du monde judiciaire sont intervenus pour mettre l'accent sur la question de l'exercice du droit de grève. D'abord, ce thème d'une brûlante actualité a été développé par Djibril Kané, juge de paix à compétence étendue de Ouélessébougou¹. Celui-ci a passé en revue l'exercice du droit de grève, le cadre juridique de l'exercice de ce droit, ses limites ou ses restrictions. La grève est définie comme une cessation collective et concertée de travail, afin de soutenir les revendications professionnelles, a expliqué le magistrat avant de noter que le droit de grève est une liberté fondamentale consacrée par l'article 21 de la Constitution de notre pays. La grève, selon Djibril Kané, doit toujours reposer sur des revendications légitimes. Elle intervient très souvent lorsque les négociations ont échoué.

145. Il a cité en exemple la demande de paiement des heures supplémentaires par un groupe de travailleurs. Toutefois dans certaines situations, a-t-il poursuivi, les parties ont recours à l'arbitrage. Tout comme le comité de la liberté syndicale du Bureau international du travail exige le service minimum en cas de grève dans certains services comme les services des hôpitaux, le secteur eau et électricité, le transport aérien, la radio et télévision nationales.

En parlant des grèves sauvages² qui sont fréquentes au Mali, il a pointé du doigt les grèves des transporteurs qui sont parfois accompagnées de violences. A ce niveau, le magistrat a évoqué les sanctions qu'encourent certains grévistes. Il peut s'agir de sanctions pénales ou civiles.

¹ Essor du Mali, janvier du 9 novembre 2010 à Bamako, publication sur la rentrée judiciaire du Mali. A ce sujet on retrouve la compétence du juge de paix à compétence étendue dans le chapitre sur les autorités compétentes pour appliquer la sanction.

² Allusion à la grève illimitée dans certains secteurs où les salariés décident de faire grève jusqu'à la satisfaction de leur revendication.

Ensuite, le Procureur général de la Cour suprême a, lui aussi, stigmatisé les excès et les dérives liés à l'exercice du droit de grève. Mamadou BOUARE a invité ses collègues au niveau des tribunaux à appliquer la loi chaque fois que le mouvement de grève est accompagné de violences, d'actes de vandalisme ou de vol¹. Le bâtonnier de l'ordre des avocats du Mali, Me Seydou Ibrahim Maïga, pense lui aussi qu'il est temps de proscrire toute grève sauvage qui occasionne des perturbations sociales ou économiques dans notre pays.

En fin, le chef de l'État en sa qualité du premier magistrat, a lui aussi évoqué le droit de grève au Mali. Il a surtout insisté sur le dialogue social comme moyen de prévention de certains conflits sociaux². « Le respect des libertés syndicales et du droit de grève, ainsi que les nombreuses conventions de l'Organisation internationale du travail ratifiées par le pays, attestent que le Mali est résolument engagé à bâtir pour tous et chacun de ses enfants un mieux-être social qui est un objectif du Projet pour le Développement économique et social », a indiqué le président Touré avant de noter « si le droit d'aller en grève est un acquis irrévocable, c'est son exercice qui soulève parfois des interrogations auxquelles personne ne devrait rester indifférent ».

146. L'intervention du chef de l'Etat s'explique par un contexte socio – historique. S'il est vrai que l'histoire des sociétés négro-africaines a été marquée par la violence armée de grands conquérants bâtisseurs de royaumes, tels Chaka en pays Zoulou, Samory Touré en pays Mandingue, cette même histoire fait apparaître un autre visage du chef, du souverain africain. Il est à la fois conservateur de son peuple, restaurateur de l'ordre politique et social ainsi que de l'ordre cosmique. Le leader doit jouer un rôle important dans la prévention des conflits, afin de maintenir sa communauté dans un état de paix et de prospérité. C'est pourquoi les critères de sagesse et de pondération sont toujours

¹ La grève était synonyme de violence. C'était la culture de la violence avec des casses.

² On rappelle que le chef d'Etat au Mali comme en France a le statut du premier magistrat du pays.

pris en compte dans la dévolution du pouvoir, surtout dans les sociétés lignagères¹.

De manière générale, on peut donc dire que la sanction de la requalification, tout comme celle de la nullité totale ou partielle du contrat de travail, conduit nécessairement à conférer au salarié concerné une protection de son droit et de la situation à laquelle il est confronté². D'ailleurs, le professeur COUTUTIER met en évidence le parallélisme de ces deux sanctions que certains ont pu déjà évoquer³. Au cas où la relation du travail continue, ce salarié bénéficie alors d'une rémunération qui est basée sur le minimum pouvant être perçu par tout salarié d'un CDI.

¹ Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : Mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits. Préfacé par M. Federico Mayor Directeur général de l'UNESCO

² La nullité du contrat de travail ; mémoire de DEA, 2000-2001, p.121, de Severine DHENNIN ; sous la Direction de Brenard BOSSU à l'Université de Lille2,

³ Cf. la théorie des nullités dans la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation, G. COUTUTIER, op, cité.

Chapitre II

La sanction civile réparatrice en droit du travail en France et au Mali

147. Après, la requalification du contrat de travail et la nullité du contrat de travail, nous allons maintenant observer le mécanisme par lequel le droit français et le droit malien définissent les autres modes de sanction civile. Elle nous permet d'éluder le régime des sanctions indemnitaires dont on peut rencontrer dans les différents cas de violation du droit. Par exemple, quand on parle de requalification du contrat de travail à durée déterminée, on sait que le droit français et le droit malien en plus de la requalification du C.D.D, en C.D.I. prévoient que le juge doit d'office condamner l'employeur à payer au salarié une indemnité de requalification de son contrat. De la sanction de cette illicéité liée au respect de conclusion du contrat de travail, on a deux sanctions, l'une est la requalification du contrat (sa remise en état) (I) et l'autre est une contrepartie financière (le versement d'une indemnité). La première sanction étant étudiée en chapitre I, la seconde est l'objet de ce chapitre II.

S'agissant de la définition de la sanction réparatrice, elle provient du latin, « reparatio de repare » qui signifie préparer de nouveau, remettre en état (ce qui été endommagé, ce qui s'est détérioré). Il n'y a guère que l'article 1382 du Code civil qui comporte le terme « réparer » mais n'est évidemment donné, à cette occasion, aucune définition¹. Comme le droit français l'article art 125 du Régime général des obligations qui prévoit la réparation n'en donne pas aussi². Certains iraient même jusqu'à parler de » vide législatif inquiétant »³. Si « vide » il y a, il n'est toutefois, d'une part, que très relatif dans la mesure où la jurisprudence a pris le relais sur les questions touchant à la réparation et d'autre part, que temporaire a priori tous les projets de réforme portant sur le droit de la

¹ Cf C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « quelle(s) réparation(s) ? » in la responsabilité civile à l'aube du XIXème siècle : bilan prospectif. RC Ass.2001,n)hors série,6 bis, n°2 p.62

² Art 125 du régime des obligation du Mali indique que toute personne qui par sa faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence, cause à autrui u dommage est obligé de le réparer.

³ Cf :F. LEDUC, « Régime de la réparation-Modalité de la réparation-règles communes aux responsabilité délictuelle et contractuelle- principes fondamentaux », Jurisclasseur 2001, n 38,p85, . Responsabilité civile et assurances, Fasc2001, 2006+,n°1 : « l'existence d'un dommage est une condition nécessaire de la réparation. En cela, la réparation se distingue de la peine ».

responsabilité envisageant des règles relative à la réparation¹. L'inquiétude suscitée par ce « vide » ne concerne, en outre, pas vraiment la forme de la réparation, objet de cette présentation. Concernant la forme de la réparation, il ne semble pas qu'il soit possible de parler d'« anarchie judiciaire » et de « dangereuse insécurité juridique »². Les choses ne sont peut-être pas des plus limpides mais quelques bases ont été posées, que nous nous efforcerons d'exposer. Enfin, comme le note l'auteur inquiet, « il ne faut pas céder au désir de tout légiférer »³. Laisser les juges maîtres des règles relatives à la forme de la réparation ne nous paraît, dès lors, pas si problématique que cela.

148. Cette absence de précisions textuelles n'a pas laissé libre cours à la seule réflexion jurisprudentielle. Elle a permis le développement de grandes discussions doctrinales. Relativement à la forme que peut prendre la réparation, la thèse la plus classique consiste à rattacher toutes les condamnations, pécuniaires ou non, à la réparation du préjudice. Les mesures de réparation ont pour objet d'effacer ou de compenser les seuls effets d'actes ou d'un comportement illicite. En conséquence le mode et l'étendue de la réparation devraient être déterminés par le seul préjudice subi⁴.

Ainsi, la réparation occupe-t-elle une place en droit du travail français et malien comme les compensations qu'on donne à la victime d'un préjudice. Le droit du travail n'échappe pas au trait général du système juridique ; il en offre un exemple particulièrement vigoureux. La réparation indemnitaire du préjudice subi par le salarié du fait de la violation d'une règle a été instituée par législateur dans de nombre d'hypothèses. Si elle est parfois une alternative à une mesure de

¹ Cf : article 1367 à 1383 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et la prescription ; articles 1386-19 à 1386-37 de la proposition de loi portant réforme de responsabilité civile du 9 juillet 2010.

² Termes employés par C.LAPOYADE-DESCAMPS, déjà cité^o1

³ C.LAPOYADE-DESCAMPS, op déjà cité

⁴Cf, la Sanction Civile en droit du travail ; Manuela GREVY ;L.G.D.J, p :78

réparation en nature du préjudice¹ ou d'une mesure rétablissant la légalité². Elle varie en fonction du préjudice causé à la victime.

Lorsqu'il s'agit d'aborder la forme de réparation en droit français et en droit malien deux questions se posent : existent-t-il plusieurs formes de réparations ? Si oui, le juge a-t-il un choix absolu parmi celles-ci ? Qu'il s'agisse du droit positif ou du droit prospectif, est généralement consacrées une double forme de réparation : d'une part, la réparation en nature, cette première catégorie intégrant sans distinction les mesures de rétablissement de la légalité et les mesures de réparation proprement dites du préjudice en nature. « Elle est celle qui tend à l'effacement du préjudice par rétablissement du statu quo ante, remise des choses en l'état. La réparation par équivalent tend, pour sa part à une simple compensation du dommage par octroi d'un avantage équivalent, lequel peut être pécuniaire ou non »³. En ce sens, la réparation par équivalent ne correspond pas toujours à une réparation pécuniaire. Ainsi la remise d'une chose équivalente à celle détruite est bien une mesure de réparation par équivalent et pour autant, il ne s'agit pas d'argent, la réparation en nature permettant d'atteindre l'objectif assigné à la réparation. On va chercher l'équivalence de la somme d'argent qui va être attribué au salarié par rapport au préjudice subi. Cette réparation varie.

La réparation en nature intervient quand l'obligation contractuelle peut encore être exécutée. Comme par exemple de restituer une chose en son légitime propriétaire, de remplir son engagement ou de cesser de commettre un tort, la réparation par équivalent ne devrait courir que les cas où aucune autre forme de réparation n'est possible.

¹ C'est le cas par exemple, de L1235-3 du Code du travail relatif au licenciement irrégulier qui prévoit que « le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise » et, qu'en cas de « refus par une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité » ; voir aussi les articles L.1226-15 et L124-5 du Code du travail relatifs au licenciement pour inaptitude professionnelle et la rupture anticipée du contrat de travail temporaire.

² Ainsi, aux termes de l'article L123-5 du Code du travail, la nullité du licenciement prononcé en raison d'une action en justice exercée par un salarié concernant l'égalité professionnelle entraîne la réintégration de droit du salarié. Le législateur précise que « si le salarié refuse de poursuivre l'exécution de son contrat de travail, le conseil de prud'homme lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ».

³ Cf :F ;LEDUC cité infra

Ainsi, selon le professeur BENABENT, la réparation proprement dite en matière contractuelle ne se conçoit que sous forme d'un équivalent pécuniaire, cette citation paraît défendue en droit malien (section II) tandis que la réparation en nature réside dans l'exécution forcée de la prestation contractuelle (section I)¹.

Section 1 La réparation en nature : la remise en état

149. En matière civile la réparation en nature peut, tout d'abord, consister dans une restauration de la situation de la victime. Cette restauration ou remise en état peut prendre des formes plus très diverses. Il peut s'agir de condamner à restituer, à restaurer ou à mettre en conformité un bien endommagé, condamnations fréquentes et « appliquées indifféremment à un débiteur qui n'a pas exécuté son obligation contractuelle ou à l'auteur d'un dommage de nature délictuelle »². Le responsable peut, ainsi être condamné à remettre en état un bâtiment³ ou à refaire un mur atteint d'un vice⁴. Alors où se situe le paiement du salaire face retard ou non-paiement du salarié par son employeur ? Quant on se tient à la simple définition de réparation en nature qui vise à la restauration de la situation de la victime, on pourrait dire que le paiement du salarié fera parti de cette catégorie de réparation. Cela paraît être soutenu par le Professeur BENABENT qui énonçait que réparation en nature réside dans le respect de l'obligation contractuelle⁵. La réintégration du salarié dans son emploi peut être classée aussi dans cette catégorie.

Paragraphe : I La réintégration manifestation d'une réparation en nature

150. Evoquée dans les chapitres précédents, cette étude consiste à voir comment le mécanisme de réintégration est utilisé par le droit du travail pour sanctionner

¹ LA Sanction Civile en droit du travail précité , p.128

² G. VINEY et P. JOURDAIN, traité de droit civil.les effets de la responsabilité, LGDJ,2° éd,2001 , n°13 et s

³ Civ.2em 8 avril 1970,Bull.civ.II.n°111,D.1971,somm.30

⁴ Civ ; 19 avril 1948,D1948,81

⁵ La sanction civile en droit du travail M . GREVY précité, p.127

les différents cas de violation des droits du salarié dans l'entreprise. Particulièrement dans les hypothèses de nullité. Dans les précédentes études, on a invoqué l'alternative de la réintégration. Il faut maintenant appréhender la réintégration comme réparation qui consiste à maintenir le salarié dans son emploi. Par exemple, la demande de la réintégration ou la remise en état d'un droit violé en cas de nullité de licenciement du délégué syndical pour absence d'autorisation de l'Inspecteur du travail est admise en France comme au Mali. Ainsi, le droit malien sanctionne-t-il- par la réintégration dans l'hypothèse de l'article L.277 du Code du travail malien qui indique que tout licenciement intervenu en violation de la procédure prévue à la demande d'autorisation de l'Inspecteur du travail est nul de plein droit et le délégué du personnel sera rétabli dans ces droits et réintégré dans ces droits. Toutefois, les deux droits n'affichent pas la même sanction en cas de licenciement illégitime. Au Mali on parle d'abus de droit qui donne lieu à des dommages-intérêts alors qu'en France c'est de licenciement non causé¹.

151. Originaire de l'expression latine « reintegrate » qui signifie remettre à son premier état, la réintégration n'a pas d'autre sens aujourd'hui. En faisant référence sur le vocabulaire juridique de « l'Association Capitant » qui donne une signification au terme de réparation : « dédommagement d'un préjudice par la personne qui est responsable civilement ; rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit »². Elle est vue comme l'opération consistant à rétablir quelqu'un dans sa situation initiale, à restituer en nature ce qui a été injustement pris. Cette définition est commune au droit malien et au droit français du travail. Les deux droits héritent de cette expression latine.

¹ Cf : section sur la perte illégitime d'emploi

² Cf : Cass.2^e civ., 7 décembre 1978 : Bull. II, n°269. Cass.2^e civ. 9 juil. 1981 : Bull. civ. 1981, II, n°156 J. CARBONNIER, les biens. Les obligations., Quadrique manuels, 2004, n°1201

Appliquée au droit du travail, la réintégration pourrait se traduire pour le salarié par la possibilité de retrouver son ancien poste de travail et de récupérer les rémunérations qu'il a perdu. Toutefois, de tels effets attachés à la réintégration ne sont concevables que si cette dernière manifeste la poursuite de l'engagement initial. Or est-ce toujours le cas ? Lorsqu'elle succède à la nullité du licenciement, la réponse est, sans doute, affirmative. En revanche, lorsqu'elle intervient dans le cas de la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la réponse ne saurait être aussi tranchée même si les solutions insufflées par la jurisprudence et la doctrine laisse à penser un nouvel engagement prendrait naissance consécutivement à la rupture de droit intervenue¹.

Si la remise en état doit normalement se traduire par la réintégration du salarié dans la plénitude de ses droits, c'est-à-dire manifester une réparation en nature, tel n'est pas toujours le cas dans la pratique. Surtout au Mali, comme on déjà dit, le salarié va en justice pour réclamer de l'argent, c'est-à-dire que l'action en

¹ Comment s'opère la reprise du travail du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse ? Pour le futur, la réintégration suppose la reprise des relations contractuelles. Pour le passé, les effets de cette mesure sont, e, revanche, atténués puisqu'ils ne sont plus gouvernés par la rétroactivité de la nullité.

« S'agissant de la reprise des relations contractuelles pour le futur, le problème tient essentiellement au point de savoir si l'ancien contrat doit reprendre vie ou un nouveau contrat doit –il être conclu ? L.L1235-3 parle uniquement de « réintégration du salarié avec de ses avantages acquis ». Rien n'est dit sur les effets de cette mesure. Que faut –t-il en déduire ? la jurisprudence ne nous renseigne pas d'avantage. Cependant la logique juridique postule la conclusion d'un nouveau contrat de travail. En effet, est ici sanctionnée l'absence de cause réelle et sérieuse et une rupture du contrat a bien eu lieu, la réintégration n'étant pas consécutive à la nullité du licenciement. La conclusion d'un nouveau contrat s'impose donc. Tel est le sens des solutions retenues par la doctrine.

Aussi, dès lors que l'on considère que la réintégration engendre une nouvelle relation contractuelle, les parties ont – elles une totale liberté pour fixer les modalités du contrat ? En d'autre terme, l'employeur doit-il respecter les termes de l'ancien contrat ou peut-il imposer au salarié de nouvelles conditions d'emploi ? La loi prévoit que la réintégration s'accompagne du maintien des avantages acquis par l'intéressé sous empire du contrat de travail. En toute conséquence, l'employeur ne peut pas tout s'agissant de la fixation des modalités du contrat de travail. En tout état de cause, au regard de la jurisprudence, la notion d'avantage individuel acquis ne paraît recouvrir que l'ancienneté acquise par le travailleur jusqu'à la rupture de son contrat de travail.

S'agissant de la reprise des relations contractuelles pour le passé, elle semble atténuée. Tout d'abord, le salarié ne peut bénéficier d'aucun droit pour la période où il a été absent dans l'entreprise. En conséquence, il ne peut prétendre aux salaires et à leurs compléments, aux congés payés par exemple. Par ailleurs, il ne pourra, en principe prétendre à aucune indemnité liée à la rupture de son contrat de travail, le législateur ayant prévu la réintégration ou une indemnité. Restent les indemnités de chômage versées par les ASSEDIC pendant la période de non emploi. La doctrine se prononce également pour l'octroi de dommages et intérêt fondées sur les articles 1382 du Code civil.

V pour une étude complète des effets de la réintégration dans le cadre du licenciement sans cause réelle et sérieuse : Casan(D), la réintégration du salarié,1998, Montpellier1, thèse sous la direction de P.-H Antommatei,P339 et s.

justice du salarié malien obéit à une logique indemnitaire et non à une option de retourner dans l'entreprise.

Un certain nombre d'obstacles qu'ils soient légaux ou textuels voire qu'ils émanent du salarié, empêchent une restitution en nature. Dès lors, qu'elle sera l'issue indemnitaire de la réintégration ? Prenant acte du fait qu'aujourd'hui les textes conquises par les réintégrations et promises à cette dernière touchent essentiellement les droits fondamentaux du salarié, nous n'aborderons que les effets de la réintégration consécutive à l'annulation du licenciement. Notre (1^e) s'attache à la poursuite de l'engagement initial. Et le (2^e) concerne les conséquences de ce maintien.

A- La réintégration dans l'emploi

152. De manière générale, le législateur n'a pas défini les modalités pratiques de la réintégration. Pourtant, ces dernières apparaissent fondamentales lorsque l'on s'attache à la question de la remise en état. En effet, comment doit s'organiser concrètement le retour du salarié dans l'entreprise ? Celui-ci s'accompagne ou le contrat original se poursuit-il dans les mêmes conditions ? Enfin, le travailleur est-il toujours réintégré dans son emploi initial ou des tempéraments peuvent-ils exister ?

Autant d'incertitude ont amené une réponse jurisprudentielle sans équivoque : la nullité réclame le retour au statu quo ante. En conséquence, la réintégration doit traduire par la poursuite du contrat initial aux mêmes conditions comme s'il n'y avait jamais eu de rupture et qui dit du contrat original dit réintégration dans l'emploi initial. Toutefois, la nouvelle situation ne saurait être toujours identique avec celle ayant précédé la rupture de faite. Des modifications dans la vie de l'entreprise rendues nécessaires notamment pour des raisons économiques ne permettront au salarié que de prétendre au retour dans un emploi similaire ou équivalent. Si le retour du salarié dans son emploi initial constitue le principe (a), la réintégration dans un emploi équivalent en démontre les limites (b).

1. Le principe de retour dans l'emploi initial

153. La réintégration manifeste la poursuite de l'engagement initial, le salarié doit pouvoir poursuivre le contrat de travail qui était initialement le sien avant la rupture de fait intervenue. Identité de contrat signifie, à n'en pas douter, identité de statut et donc même emploi et conditions de travail analogues.

Un texte paraît néanmoins confirmer notre interprétation, L'article L1144-3 du Code du travail relatif au droit d'ester en justice pour faire respecter l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes dispose en effet qu'en cas de licenciement motivé par une telle action, « la réintégration est le droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi. Si le salarié refuse de poursuivre l'exécution de son contrat de travail, le conseil des prud'hommes lui alloue une indemnité... »¹.

L'article L.1226-7 du Code du travail susvisé relatif aux victimes d'accident du travail affirme, pour sa part, qu'« à l'issue des périodes de suspension..., le salarié retrouve son emploi... »². Les expressions « n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi », « poursuivre l'exécution du contrat de travail » ou encore « retrouve son emploi » manifestent, sans aucun doute, la poursuite du même contrat aux conditions initiales et, en conséquence, le droit pour le salarié de retrouver son emploi original. La solution semble aujourd'hui dépassée ce cadre pour trouver à s'appliquer à l'ensemble des cas de réintégration corrélative à la nullité du licenciement. La jurisprudence paraît, à cet égard, corroborer notre analyse comme l'atteste les décisions rendues à propos du droit de grève.

Si on se rappelle les célèbres décisions ayant reconnu la nullité du licenciement fondé pour l'exercice normal du droit de grève, la Cour de cassation a tranché,

¹ Ancien L 123-6 du Code du travail : « est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou ne sa faveur sur place des dispositions du présent Code relatives à l'égalité professionnelle entre homme et les femmes lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. En e cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi.

² V infra sur la nullité du licenciement pour les salariés victimes d'accident du travail.

par la même, la question des conséquences de la nullité du gréviste. Dans un arrêt du 26 septembre 1990, cette dernière a ainsi pu affirmer que « le licenciement étant entaché de nullité...c'est à bon droit que le juge des référés a ordonné la poursuite du contrat de travail »¹. N'est-t-il pas meilleure décision pour attester du principe du retour du salarié dans son emploi ?

154. Si la réintégration du salarié dans son emploi initial ne fait aucun doute, l'identité de poste suppose-t-il nécessairement le retour du salarié dans la plénitude de ses droits et ainsi l'interdiction de toute modification du contrat de travail ? En d'autres termes, le travailleur garde-t-il l'ancienneté acquise et la même rémunération ? Étant l'expression de la nullité, la réintégration ne saurait permettre à l'employeur d'imposer au salarié de nouvelles modalités d'exécution du contrat de travail. Il doit respecter les termes de l'ancien contrat de travail et salarié doit légitimement pouvoir retrouver ses conditions d'emplois initiales². En conséquence, non seulement ses avantages acquis seront maintenus mais il pourra, de surcroît, légitimement prétendre à l'ancienneté et la rémunération qui étaient siennes avant la rupture de fait opérée. Plus hasardeuse est la question liée au bénéfice de l'ancienneté pour la période travaillée. Aussi contrairement aux solutions rencontrées s'agissant de la réintégration corrélatrice au licenciement sans cause réelle et sérieuse, la nullité paraît, en espèce, suggérer le maintien du droit à ancienneté pendant l'absence du salarié, aucune rupture de la relation de travail n'étant intervenue.

155. Certains déplorent, l'atteinte portée au pouvoir de direction du chef d'entreprise, ce dernier étant privé du choix de l'affectation du salarié réintégré. Pour autant, la solution est juridiquement justifiable à peine de nier les effets attachés à la remise en l'état. La réintégration du salarié s'effectue donc dans son ancien poste de travail et aux conditions d'emploi d'origine. Toutefois, un

¹ Cass.Soc. ;26 septembre1990,Cie lyonnaise des goudons et des bitunesc/ André ...Bull civ.V,n38,p 233 ;Dr,soc,1991,P60, note Ray(J.E)

² Cass. Soc.,22 juin 1974, Dr. Ouvrier 1974 ,p.169 ; Cass.soc.,24 juin 1990,Bul.civ. V,n2

certain nombre d'événement paraissent remettre en cause le présent schéma esquissé. La réparation en nature n'est plus alors plus économique ou d'autres facteurs conjoncturels et s'opérer, dès lors, dans un emploi similaire ou équivalent.

2. Une atténuation : la réintégration dans un emploi similaire¹

156. Prenant acte de l'impossibilité pratique de réintégrer le salarié dans son emploi d'origine, la loi et la jurisprudence ont reconnu des atténuations au caractère absolu de ce principe. Lorsqu'elle ne peut avoir lieu dans l'emploi originaire, la réintégration peut ainsi s'effectuer dans un emploi similaire ou équivalent.

De nombreuses dispositions du Code du travail ouvrent, en effet, cette possibilité². Pour preuve, l'article L.1226-7 susvisé relatif à la suspension de la relation contractuelle consécutive à un accident du travail dispose qu'« à l'issue des périodes de suspension définies à l'article L.1226-9, le salarié s'il est déclaré apte par le médecin du travail, retrouve son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalent ».

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par emploi similaire ou équivalent. La réponse est ici fournie par la jurisprudence qui s'est largement inspirée des solutions applicables aux salariés protégés³. Un arrêt, en date du 22 septembre 1997, a pu ainsi considérer qu'un emploi équivalent comportait « le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrière que l'emploi initial »⁴. Eu égard à cette décision, il semble que l'on puisse dire qu'un emploi similaire est un emploi comportant des attributions semblables pour le salarié à celle qui étaient siennes antérieurement à la rupture

¹ Mémoire présenté par Olivier Dupont à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille II p,105

² V. pour les salariés protégés : les délégués du personnel, V art L425-3 du Code du travail, pour les délégués syndicaux V, L412-19 du même Code.

³ Cass.,soc., 24 janvier 1990,Mattei, Bull, ci.V,n)3é ;Dr.soc 1990,p.328 Rapport waquet (ph)

⁴ Cass.soc,2' octobre 1997, Bull,civ,V , n°324 ;D.1997,IR.,p.248 ; RJS 12/97,n°1360 ;

de fait du contrat de travail. La doctrine a d'ailleurs confirmé notre interprétation, celle-ci ayant affirmé qu' « un emploi équivalent comportant des attributions semblables et une rémunération au moins égale à la rémunération antérieure »¹. Une telle décision semble proscrire toute modification significative du contrat de travail mais, en aucun cas, un simple changement des conditions de travail². La jurisprudence d'ailleurs a pu décider, à ce sujet, que « la mutation dans un autre emploi emportant une modification importante des conditions de travail s'analyse en un refus pur et simple de réintégration »³. Ou encore qu' « un emploi constituait pas un emploi similaire au sens de l'article L.1226-7 du Code du travail »⁴. La règle posée est donc claire : un emploi similaire doit être aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé par le travailleur.

157. Une fois définie la notion d'emploi similaire, force est de s'interroger sur les conditions tenant à son recours. Ainsi l'employeur peut-il librement opter entre une réintégration du salarié dans son emploi ou une réintégration dans un emploi équivalent ? Et, le cas échéant, s'il ne le peut, dans quelles hypothèses lui reconnaître-t-on la possibilité d'affecter un salarié dans un emploi équivalent ?

La réponse à la première question est sans ambiguïté : l'employeur n'a pas le choix des modalités pratiques de la réintégration, les textes traçant, selon nous, une direction prioritaire : la réintégration dans l'emploi initial. La Cour de cassation a ainsi privilégié, dans le cas des salariés protégés, la réintégration dans l'emploi occupé antérieurement par le salarié. Dans un arrêt du 24 janvier 1990, la chambre sociale a décidé que « ce n'est que dans le cas où cet emploi n'existe plus ou n'est pas vacant que la réintégration peut avoir lieu dans un

¹ Lyon-caen .G. et plessier. J traité de droit du travail, 14 éd., 1988,n° 14 éd., 1988 ;Waquet .Ph. « l'employeur at-il le choix de réintégrer le salarié protégé dans son emploi ou dans un emploi équivalent » Dr .soc.1980.p ;331.

² Cass.soc.,22 mai 1997,Bull,civ.,V,n°186 ;RJS,7/07,n°809.

³ Cass. crim.21 février 1984,Dr.so. 1990,p331.

⁴ Cass.soc.,30 janvier 1996,cah.soc.barreau.1996.p.109 ;A.25

emploi équivalent »¹. Cette jurisprudence s'est maintenue depuis lors et la solution a été étendue, en usant de la même formule, aux victimes d'accident du travail.² On pouvait toutefois se demander si la situation ne devait pas être cantonnée aux cas où la loi l'aurait prévue. La haute juridiction a répondu par la négative. Elle en a eu l'opportunité à l'occasion d'un litige relatif aux maladies non professionnelles. Le problème qui se posait, et la question en espèce, était de savoir si à l'issue d'un arrêt de travail pour maladie non professionnelle, le salarié pouvait être réintégré dans un emploi équivalent, L.1226-2 du Code du travail français n'ayant rien prévu à cet égard, la Cour de cassation a reconnu cette possibilité en affirmant qu'en ce cas, le salarié devait « retrouver son emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente »³. Des termes de ces décisions, ressort donc une solution d'application générale pour les salariés non protégés : la possibilité d'affecter un salarié dans un emploi équivalent.

158. Toutefois, une telle reconnaissance reste strictement encadrée par la jurisprudence puis qu'elle dépend des notions d'inexistence ou d'absence de vacance de l'emploi initial. Or, dans quelles circonstances l'employeur peut-il arguer utilement de ces événements?

Tout d'abord du caractère non vacant de l'emploi, il semble que l'employeur ne puisse s'en prévaloir que s'il n'est pas en faute pour avoir fait occuper l'emploi litigieux, pendant l'absence du titulaire du poste, de manière à opposer à celui-ci l'indisponibilité de l'emploi lorsqu'il demandera sa réintégration⁴. Par ailleurs l'occupation de l'emploi initial du salarié par un stagiaire intérieur ne rend pas, pour autant, son emploi équivalent impossible.

¹ Cass.soc.,24 janvier 1990,Martei, Bull.civ.,V,n°32 ;Dr.soc.1990,

² pour les salariés non protégés, l'employeur n'a pas le choix entre l'emploi initial ou un emploi équivalent.

³ Cass.soc.,25 février 1997,Bull.civ.V,n°81 ;Dr.soc.1997,p412.

⁴, mémoire présenté par Olivier, op cité, p.108 et voir également, SAVATIER.J ; « la disponibilité en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche » ;Dr.soc .1997,n°2.p,147

Enfin de l'inexistence de l'emploi initial, la disparition de l'emploi doit pouvoir être réellement constatable. Elle peut avoir différentes causes, mais dans la majorité des cas, elle est liée à des difficultés économiques. Ainsi, l'interruption de l'activité correspondant à l'emploi ou encore la cessation d'activité du site voire une restauration conduit inéluctablement à la suppression du poste de travail initial. La cession d'une branche d'activité ou de l'entreprise paraît encore inexistant l'ancien poste de travail. En tout état de cause, l'hostilité de l'employeur ou d'une partie du personnel à la réintégration ne peut caractériser une telle suspension¹.

Au regard des caractères attachés à l'emploi équivalent, il semble que la réintégration dans ce dernier implique une quasi-identité avec l'emploi d'origine. Elle reste, par ailleurs l'exception en la matière et ne se sont, en aucun cas, les conditions strictes d'admission de la réintégration dans un emploi similaire qui sauraient nous contredire. Le retour dans l'emploi origine témoigne ainsi de la poursuite de l'engagement initial. Mais il n'est pas le seul, le maintien rétroactif du droit aux salaires pour la période non travaillée participant, également de cette idée.

B- D'autres alternatives à la réintégration et le fonds de réinsertion au Mali

159. La réintégration ne peut être ordonnée quand elle est matériellement impossible, notamment du fait de la disparition de l'entreprise². En rejetant le pourvoi formé contre une décision qui, pour écarter les demandes de réintégration présentées en raison de l'annulation du plan social, la chambre sociale avait relevé que tous les actifs de l'entreprise avaient été réalisés et que le site industriel sur lequel elle exerçait auparavant son activité avait été entièrement reconverti. Dès lors qu'il ressortait de ces constatations que l'entreprise avait disparu, les salariés ne pouvaient exiger leur réintégration dans

¹ Cass., soc., 3 juillet 1980, Bull. civ., V. n° 597 ; Cass, soc., 9 juin 1988, Drc, soc., 1990, p. 65.

² Soc., 9 juillet 1986, Bull. n° 368 ; Soc., 24 juin 1998, Bull. n° 340 ; Soc., 25 juin 2003, Bull. n° 207

les seuls emplois qu'ils avaient quittés, après que le comité d'entreprise eût tenté sans succès de faire reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale.

Il convient d'observer que, depuis, la loi du 18 janvier 2005, qui n'était pas applicable ici et qui modifie à nouveau l'article L.1235-3 du Code du travail, a fixé des limites à la réintégration des salariés, à laquelle elle confère en outre un caractère facultatif, en l'excluant notamment en cas de fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible. Dans sa décision du 13 janvier 2005, le Conseil Constitutionnel a considéré que ces dispositions n'étaient pas contraires à la Constitution, en reconnaissant au législateur le pouvoir de concilier les exigences contraires que sont le droit à l'emploi et la liberté d'entreprendre.

160. Actuellement d'autres mesures existent en France, comme celle de l'article 41 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 qui crée un nouveau dispositif, le « contrat de sécurisation professionnelle » (C.S.P.), dont l'objet est l'organisation et le déroulement d'un parcours de retour à l'emploi, le cas échéant au moyen d'une reconversion ou d'une création ou reprise d'entreprise. Dans les entreprises non soumises au congé de reclassement (voir ci-dessous), ce « contrat de sécurisation professionnelle » devra être proposé, par l'employeur, à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique. Ce dispositif est appelé à se substituer aux actuels « Conventions de reclassement personnalisé » (C.R.P.) et « Contrat de transition professionnelle » (C.T.P.). Toutefois, la C.R.P. et le C.T.P. restent applicables selon les modalités actuelles, jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions conventionnelles et réglementaires d'application de l'article 41 précité. Dès cette publication, une fiche sera consacrée à ce nouveau dispositif¹.

¹ D'autre mesure existe comme, Les entreprises ou établissements occupant un certain effectif de salariés doivent proposer un congé de reclassement à chaque salarié dont le licenciement pour motif économique est envisagé. Celui-ci peut ainsi bénéficier de prestations d'une cellule d'accompagnement et, le cas échéant, suivre des actions de formation ou faire valider les acquis de son expérience (ou engager les démarches en ce sens). Le salarié a 8 jours pour faire connaître sa réponse. S'il accepte, il conserve son statut. Les actions réalisées dans le

161. Au Mali, contrairement à la France, il existait, une mesure de réinsertion qui n'est pas prévue par le Code du travail, mais qui est organisée entre le gouvernement du Mali et la Banque mondiale dans le cadre des mesures d'ajustement structurel des entreprises publiques et industrielles. Sa mise en œuvre intervenait par décret. Cette mesure était appliquée par le Tribunal du travail au Mali, par ce qu'elle vise directement la relation entre le salarié et son employeur¹. C'est l'exemple de l'article 12 du décret N°363/P-RM du 8 décembre 1988 fixant le montant de l'allocation de réinsertion des ex salariés du Centre National de Cinématographique au Mali². Le processus d'ajustement structurel est basé essentiellement sur la maîtrise de la demande interne, la mobilisation de l'épargne locale, l'optimisation de l'allocation des ressources, et sur un réaménagement des taux de change en vue de sauvegarder la compétitivité de l'économie nationale. Partant de ces objectifs, plusieurs réformes ont été engagées, ayant trait aux finances publiques, à la politique monétaire, au commerce extérieur, à la politique des prix, et à la restructuration des instruments d'intervention économique de l'Etat et surtout à la privatisation des entreprises. Ce plan consiste pour la banque mondiale d'imposer la privatisation des entreprises. Cela a pour conséquence de (compresser comme on le disait) des travailleurs (c'est dire les licencier) en leurs attribuant des fonds appelé fonds d'insertion.

On rappellera qu'il ne s'agit pas de l'hypothèse de cession ou de fusion ou de transformation d'entreprise à laquelle le droit malien du travail et le droit français s'accordent à prévoir des obligations réciproques entre le nouveau et l'ancien employeur (L.1234-7 du Code du travail français et l'article 12 du

cadre de ce congé sont financées par l'employeur. Le congé de reclassement est d'une durée comprise entre 4 et 9 mois.

Pendant le congé, la cellule d'accompagnement assure le suivi individualisé et régulier du salarié dans ses démarches de recherche d'emploi (aide à la rédaction du CV, préparation aux entretiens professionnels, prospection d'offres d'emploi...).

¹ Cf, section sur la compétence du tribunal du travail au Mali

² Cour d'appel de Bamako, arrêt n°414 RG,n°174JGT du 11juillet 2005 ; affaire Abdoulaye PATE DIARRA et 216 autres contres Ex-OCINAM, V, également infra chapitre la réparation

décret N°363/P-RM). Il ne s'agit pas d'un fonds de retour dans l'entreprise mais d'une somme d'argent pour permettre à ces salariés de prévoir un autre projet personnel suite à la privatisation de leur entreprise par l'Etat.

Paragraphe II : Le droit aux salaires

162. La question de paiement du salaire est traitée de deux manières. La première est liée au retard de paiement par l'employeur pendant que le salarié est en poste¹ et la deuxième, c'est le paiement du salaire suite à la rupture du contrat de travail notamment en cas de nullité du contrat de travail. Certes les cas sont visés dans la législation malienne et française, mais l'état actuel de l'évolution de la société montre des disparités entre les deux droits. Au Mali, la demande de paiement du salaire est une question très fréquente devant le tribunal du travail². Le droit au salaire n'est pas forcément lié au licenciement. Elle se fait pendant que le salarié est à son poste. Cela a pour cause le cumul des retards de paiement du salaire. Ce qui donne une primauté à cette demande face à d'autres problèmes comme la demande de congé payés. A cet effet, elle constitue en elle-même une demande de sanction que le juge doit prononcer. Alors qu'en France, on a plutôt tendance à se pencher sur le paiement du salaire suite à la nullité du licenciement. Donc l'approche diffère selon qu'on est en France ou au Mali.

Dans les deux pays le rôle du juge consiste à sanctionner l'employeur qui ne paie pas son salarié, mais le retard dans le paiement de salaire semble être dépassé dans la vie sociale en France pendant que le salarié est en poste. Ce qui va nous permettre de souligner les deux différences.

A- La réparation du non-respect du paiement du salaire

163. Au Mali comme en France le montant du salaire est connu d'avance. Car le salaire est la contrepartie essentielle de la prestation de travail dans les deux

¹ V. paiement du salaire infra paragraphe sur la réparation par équivalent

² V. infra sur le cas de saisi du juge pour le paiement des salaires en retard.

pays. De la question de paiement du salaire peut poser le problème subsidiaire de l'égalité de traitement entre homme et femme notamment.

Au Mali, la question du paiement du salaire est la base de l'évolution récente du droit de travail. En effet, pendant longtemps, les salariés maliens ont souffert du retard de paiement du salaire. Ceux-ci pouvaient travailler des mois sans salaires. Les salaires n'étaient pas virés en fin du mois. Il a fallu attendre le soulèvement de la population en 1991 pour pallier les problèmes liés au paiement de salaire. Ce soulèvement populaire s'est soldé par la satisfaction d'un ensemble de revendications dont le paiement des salaires à la fin du mois était la principale. Par la suite, le Code du travail de 1992 a été adopté. A ce jour quelques difficultés subsistent. Ce qui va constituer le premier point. Le deuxième concerne les réparations par équivalent.

Le salaire est le revenu essentiel d'une famille. Comme l'a rappelé le Tribunal du travail de Bamako, le salaire a un caractère alimentaire¹. Ce, qu'il est la principale source de revenus des travailleurs maliens et français. C'est la contre partie du travail fourni. Et en cela il est un des critères de l'existence du contrat de travail. Sur ce point la jurisprudence lie le contrat de travail au versement du salaire. Au point que dans le jugement du tribunal de travail de Bamako du 24 juin 2002 le juge considère précisément du salaire un caractère urgent². D'où la décision de cette juridiction d'ordonner le paiement immédiat du salaire indépendamment des aux autres demandes du salarié.

164. En outre, le paiement du salaire est encadré par le droit positif malien et le droit positif français. Cet encadrement concerne la périodicité du paiement du salaire, le délai de paiement du salaire et la matérialisation de paiement du salaire... En France l'employeur n'a pas la possibilité de différer le paiement du salaire au delà du délai mensuel prévue par l'article L.3242-3. En effet aux termes de ce texte : « la rémunération des salaires est mensuelle... ». A ce titre,

¹ Jugement du 24 juin 2002 n°215RG et n°173 JGT

²Précité

le principe de la mensualisation est la règle aussi au Mali. Ainsi l'art L.103 du Code du travail du Mali affirme-t-il que le salaire doit être à intervalle régulier ne pouvant excéder : un mois pour les travailleurs engagés à la quinzaine ou au mois. Les services administratifs et établissements publics sont autorisés dans tous les cas, à procéder au paiement mensuel des salaires des employés. Les paiements mensuels doivent être effectués au plus tard huit jours après la fin du mois qui donne droit au salarié.

Cette mensualisation est la règle. C'est l'esprit de la loi. Elle est respectée dans les grandes entreprises telle que les banques, les sociétés mixtes c'est-à-dire celles qui sont en partie sous la tutelle de l'Etat mais qui sont soumis au régime de droit privé. Dans ces sociétés il existe des accords collectifs. L'ensemble des conditions de travail est soumis aux conventions et accords collectifs des travailleurs. C'est le cas par exemple de la Société Malienne de Développement Textile régit par la convention et accord collectif de commerce et industrie. L'Etat est actionnaire et il ne prend pas le risque juridique d'accumuler des retards de paiement de salaires. Dans cette société comme d'autres le régime de mensualisation de salaire est exactement le même qu'en France où la mensualisation du salaire est générale. Cette généralisation résulte de l'accord interprofessionnel du 10 décembre 1977, étendu à toutes les entreprises par la loi du 19 janvier 1979, y compris aux employeurs de maison au prorata du temps quotidien (Soc. 19 mars 1987). Mais quelques catégories restent exclues (travailleurs temporaires, saisonnier, intermittents...).

Il existe de forts rapprochements concernant les composants du salaire au Mali et en France. L'organisation et les conditions du travail au Mali reflètent le système français.

1. Les substituts du salaire sont les mêmes

Il s'agit :

- d'indemnités diverses versées par l'entreprise elle-même au titre de salaire d'inactivité (maladie, jours férié et chômés, indemnité au cas de réduction d'horaire et de chômage partiel, de congés payés, de stage de formation). Leur nature juridique est discutée mais leur régime juridique est en tout état de cause assez voisin de celui du salaire.
- de l'indemnité compensatrice de congés payés, qui est un salaire, parce qu'elle remplace l'indemnité de congés payés qui est elle un salaire.
- de l'indemnité de préavis, qui est un salaire.

2. Les compléments du salaire

- les prestations de sécurité sociale ou du régime complémentaire conventionnel, des allocations familiales, qui ont une large autonomie par rapport au salaire et ont un régime propre ;
- des indemnités réparatrices d'un préjudice, telles les indemnités de licenciement abusif ou injustifié, de rupture anticipée du contrat à durée déterminé, qui n'ont la nature de salaire, ayant leur cause dans la faute de l'employeur ou la garantie d'emploi par celui-ci. En conséquence, elles échappent à l'assiette de l'impôt sur le revenu et au paiement des cotisations sociales¹.

3. Les accessoires du salaire

Ils se multiplient, au risque de permettre de faire échapper une partie aux charges sociales et de rendre impossibles les comparaisons de rémunération entre catégories ou professions. Ils sont inclus dans le salaire lorsqu'ils constituent un avantage en contrepartie d'un travail et sont versés en raison d'une obligation. Par suite :

¹ Droit du travail Antoine MAZEAUD, 4^e éd Montchrestien p. 373

- des primes ou indemnités compensant des frais ou débours (transport, usure, salissure, déplacement frais et route...) ne sont pas des salaires sauf exception ;
- les primes rémunérant les conditions particulières du travail (primes de pénibilité, de nuit, de productivité, à l'économie) sont des salaires ;
- les participations individuelles aux bénéfices, au chiffre d'affaires, etc.) sont des salaires, même si elles représentent une grosse part de rémunération. En revanche les participations collectives (intéressement) ne sont pas des salaires ;
- les gratifications, procédant d'un usage ou multipliés par les employeurs qui comptent en garder la maîtrise et ne pas le faire entrer dans l'assiette d'autres prestations (13e mois, primes de vacances, de bilan, de fin d'année, d'assiduité, exceptionnelles, etc.) sont l'objet d'une distinction fondamentale en jurisprudence :

165. Le revenu constant (régulier) fixes et généraux (attribuées non individuellement mais à une catégorie de salariés), elles sont obligatoires (usage de l'entreprise, contrat de travail, convention collective) constituent un salaire. Toutefois elles sont soumises à des conditions particulières que le salarié doit remplir (ancienneté, assiduité, présence dans l'entreprise à une durée déterminée). Les trois critères sont cumulatifs.

Au Mali, cette question de la nature du salaire est calquée sur le système français. Cependant la périodicité de paiement est très souvent mal menée dans la pratique. Car il peut y avoir souvent du retard dans le paiement du salaire d'un à deux mois non payés. Ce retard peut être dû à l'état de marche de l'entreprise. Si l'entreprise fonctionne bien, les salaires sont normalement versés sans problème. Mais s'il y a une difficulté financière, les salariés sont obligés d'attendre. La plus part de ces entreprises relèvent du secteur informel¹. On pourrait penser, la notion de salaire étant aujourd'hui passé dans les mœurs, que les violations de la loi soient assez rares. D'autant plus que les travailleurs,

¹ Confère infra sur la définition du secteur informel, c'est-à-dire des secteurs non réglementés

devenus conscient de leurs droits, veillent à l'application de la loi par l'employeur et sont prêts à revendiquer le respect de leurs droits en une matière qui les touche directement dans leurs moyens d'existence. Pourtant, certaines mentalités ou genres de vie peuvent faire accepter par le travailleur des combinaisons défavorables, mais qui lui paraissent justifiées par le milieu social. Certaines formes de résistance aux lois et règlements sur le salaire sont uniquement le fait d'employeurs africains ou libanais¹. Il y a certaines manières de violer ou de tourner la loi qui est pratiquée par les seuls africains. On peut donc supposer que ces agissements s'expliquent par la mentalité, ou telle habitude propre au milieu africain.

Tribunaux et inspecteurs du travail sont fréquemment saisis de réclamations émanant d'individus qui se prétendent employés par tel patron et affirment n'avoir reçu, depuis longtemps, que des salaires insuffisants ou mêmes inexistantes. Interrogé à ce sujet, l'employeur rétorque que les rapports l'unissant à son prétendu salarié ne sont pas des relations de travail. Et d'invoquer un état de parenté ou d'alliance qui donnerait à cette situation la forme d'une entraide familiale ou amicale celle d'un arrangement particulier étranger au droit du travail. On remarque, que ce n'est pas les textes qui font défaut, mais l'organisation de la société malienne qui produit ces effets sur la marche de l'entreprise. Et les salariés en subissent les conséquences.

On peut ne pas parler d'accord de mensualisation dans toutes les entreprises. Le secteur informel y échappe en grande partie.

166. Dans le mode de travail, il arrive très souvent que les salariés fassent de la grève pour réclamer le paiement de leur salaire. Cette pratique est courante au Mali. Ce fut le cas par exemple de la société S.O.M.A.D.E.X une société de sous- traitant de la Société Mine d'Or au Mali. Celle-ci gère les travaux d'excavation et d'extraction de l'or de la mine de la ville de Morila, propriété de

¹ Cf sur le contrat de travail dans le secteur informel

deux multinationales sud-africaines et de l'État malien. Après plusieurs mois de bataille juridique, les mineurs avaient décidé en début juillet 2005, une grève de 72 heures pour réclamer quatre années de primes de rendement non payées. Ils s'appuyaient sur la convention collective des sociétés minières, qui prévoit le versement de primes lorsque la production dépasse les prévisions. Or la S.O.M.A.D.E.X avait fait extraire plus de 83 tonnes d'or en trois ans, alors que l'objectif fixé était de 120 tonnes en onze ans. La direction déclara alors que les bons résultats étaient dus à l'exceptionnelle teneur en or du gisement et non aux efforts supplémentaires exigés des travailleurs, contesta la disposition de la convention collective qui, selon elle, « manquait de précision », et refusa de payer les primes.

Enfin, la S.O.M.A.D.E.X. décida également de licencier pour « abandon de poste » les 530 mineurs qui refusaient de reprendre le travail avec un contrat supprimant tous les acquis antérieurs. Et elle les accusa même d'avoir mis le feu, une nuit, aux bus chargés du transport des travailleurs : neuf des 32 mineurs arrêtés sont encore en prison. Aujourd'hui, les 530 travailleurs réclament leur réintégration et la libération de neuf d'entre eux, arrêtés arbitrairement. Un comité de soutien aux grévistes s'est constitué, pour exiger la libération des emprisonnés et la réintégration de tous les grévistes.

167. Il y a violation du droit grève, car la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde¹. Les salariés des salariés doivent pouvoir saisir le tribunal du travail pour demander la réintégration de tous les salariés licenciés. D'autant plus qu'il a été décidé depuis longtemps que le retard dans le paiement du salaire (Cass soc., 13 avril 1976) et son défaut de paiement (Cass.Soc., 13 octobre 1976) rendent la rupture imputable du contrat de travail à l'employeur (Cass.Soc., 1996) ce qui doit alors en assumer les conséquences en admettant en outre que « compte tenu des manquements répétés de l'employeur, le salarié était

¹ Cf ; droit de grève supra.

fondé à ne plus remplir son obligation ») et indemnité compensatrice de préavis. Cette jurisprudence est identique à la décision du tribunal du travail de Bamako du 31 janvier 2005.

Dans ce jugement, le tribunal du travail de Bamako affirme que le salaire est un élément essentiel du contrat de travail dont le non versement est considéré comme entraînant la rupture unilatérale du contrat de travail au tort de l'employeur. Cette position se justifie dans la mesure où le salaire fait partie des critères essentiels du contrat de travail. Car il y a contrat de travail qu'à la condition de contrepartie financière est assurée. Dans ce cas comme tout contrat de droit commun, les conditions de validité ne sont pas réunies. Ce qui est sanctionné par l'octroi aux dommages-intérêts prévus par L.52 du Code du travail malien. On peut évoquer une affaire opposant un salarié nommé sieur DAKOUO qui a fait 36 mois soit 3 ans sans toucher le moindre salaire alors qu'il avait travaillé pour le compte de la société de Gestion Minière SARL. Donc, l'employeur a manqué à ses obligations découlant du contrat de travail. La Cour de cassation française aussi avait pris une position claire sur cette question. Ainsi en cas de manquement délibéré et renouvelé de l'employeur à une obligation résultant pour lui du contrat de travail, la rupture du contrat lui est imputable et s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse¹. En outre, s'analyse en un licenciement la rupture du contrat de travail lorsque les salaires et leurs accessoires ne sont pas payés régulièrement ou restent impayés².

168. En outre, un salarié qui n'a pas reçu l'intégralité de ses salaires des 3 derniers mois ainsi que ses indemnités kilométriques est fondé à refuser de poursuivre l'exécution de son contrat de travail. Cette rupture consécutive au manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles s'analyse en un

¹ Tel est le cas lorsque l'employeur n'a jamais versé au salarié l'indemnité de transport prévue par la convention collective. Cass. soc. 24 avril 2003 n° 01-40.377 (n° 1126 F-D), Debras c/ SARL Sogerep : RJS 7/03 n° 857.

² Cass. soc. 18 mai 1994 n° 90-44.827 (n° 2423 D), Condomines c/ Puigmal

licenciement qui, en l'absence d'énonciation d'un motif, est sans cause réelle et sérieuse¹. Aujourd'hui le salarié pourrait également invoquer une prise d'acte

Mais ce qui est clair, c'est que les employés maliens ont « peur » de saisir le juge du travail pour demander le paiement du salaire pendant que leur contrat est en cours d'exécution. Car ils risquent le licenciement. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire de Morina citée ci-dessus. Dans cette affaire jugée par le tribunal de Bamako, les juges ont relevé que malgré les trois ans de travail de sans salaire, le sieur DAKOUO continuait de travailler au service de la société Minière. Il était animé par l'espoir d'être payé un jour.

169. Au Mali, la plupart des actions en paiement de salaire se font après la rupture du contrat de travail. Car celui qui intente une action en justice contre un employeur ou même une personne quel conque est considéré comme un ennemi. A ce niveau les salariés hésitent à faire des actions individuelles en justice. Dans l'affaire jugée en juillet 2005 par le tribunal du travail de Bamako, 530 travailleurs ont été licenciés par la SO.MA.DEX, une filiale du groupe Bouygues au Mali qui réclamaient leurs primes pendant que le contrat est en cours.

Par conséquent, le non-paiement des salaires reste souvent lettre morte sauf s'il mène une action collective sous l'égide d'un syndicat. Dans ce cas, ils doivent le faire sur le fondement de L.118 du Code travail du Mali qui prévoit la prescription triennale de l'action en paiement de salaire. Contrairement à la France où cette prescription est de cinq ans.

170. Dans l'hypothèse du droit français du travail d'autres sanctions civiles sont possibles. Ces sanctions sont ouvertes à partir des actions en justice menées par le salarié. C'est le cas de la prise d'acte du salarié, de la résiliation judiciaire du contrat prévue par art 1184 du Code civil et la possibilité de saisir le juge des référés.

¹ Cass. soc. 28 février 2001 n° 99-40.995 (n° 777 D), Le Pêcheur .

Voyons d'abord la prise d'acte du contrat et la résiliation du contrat de travail.

S'agissant de la prise d'acte, elle est une action va permettre au salarié de faire cesser son contrat de travail au tort de son employeur. Dans cette hypothèse, le salarié forme d'abord une demande de résiliation judiciaire puis il prend acte de la rupture. La prise d'acte du salarié en raison des faits qu'il reproche à son employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail¹. Par suite le juge n'a pas à statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant. Mais tout en ayant à se prononcer sur la seule prise d'acte, le juge doit se fonder sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié à l'appui tant de sa demande de résiliation que de sa prise d'acte.

Quant à la résiliation judiciaire, elle est utilisée par le salarié comme une alternative à la prise d'acte dans la mesure où, à la différence de cette dernière, elle permet la poursuite de l'exécution du contrat de travail jusqu'à la décision du juge. Une telle action ne constitue pas par elle-même une cause du licenciement². La résiliation du contrat de travail, comme a su qualifier la chambre sociale de la Cour de cassation en France : « la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les mêmes effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse »³. Les juges du fond apprécient souverainement si l'inexécution de ses obligations contractuelles présente une gravité suffisante pour justifier la résiliation. Un manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du

¹ Soc., 31 octobre 2006, 3 arrêts, RDT 2007.28

² Il a été considéré comme de nature à justifier une résiliation judiciaire le fait pour l'employeur de ne pas respecter son obligation de verser le salaire (Cass. soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662) ; Il a notamment été jugé que lorsqu'un salarié démissionne en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture constitue une prise d'acte et produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission. La cour d'appel ayant relevé que le salarié avait expressément démissionné en raison du non-paiement d'une partie de sa rémunération variable, a exactement décidé que cette rupture constituait une prise d'acte, et a pu décider, dans l'exercice souverain de son pouvoir d'appréciation, qu'en raison de la gravité de tels manquements, avérés, cette prise d'acte s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cass. soc. 9 mai 2007 n° 05-45.613 (n° 921 FS-D), Sté Valette c/ Berche.

La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur entraîne la rupture immédiate du contrat de travail sans préavis. L'employeur ne saurait, dès lors, refuser de remettre à l'intéressé le certificat de travail et l'attestation Assédic Cass. soc. 4 juin 2008 n° 06-45.757 (n° 1076 FS-PB), Sté HSBC France c/ Thiry

³ Soc., 20 janvier 1998, BCV n°21

contrat de travail, même sans lien avec une clause du contrat, peut même justifier la résiliation. Cette action est fondée sur l'article 1184 du Code civil français et l'article 105 du Code des obligations du Mali qui prévoit que dans les contrats, lorsque l'une des parties manque en refusant de les exécuter en tout ou partie, l'autre partie pourrait en dehors des dommages-intérêts qui lui sont dus, demander la résiliation du contrat. Contrairement à l'opinion de nombreux auteurs estimant à juste titre que le droit du licenciement, impératif et exorbitant du droit commun, excluait la possibilité pour l'employeur d'obtenir la rupture du contrat par voie de la résiliation judiciaire. La Cour de cassation a estimé d'abord que cette voie restait ouverte à l'employeur et au salarié (et pour les représentants du personnel). Annoncé par quelques arrêts avant-coureurs, un important revirement a été opéré¹. En France, l'employeur n'est pas recevable à demander la résiliation judiciaire du contrat même par voie reconventionnelle, sauf dans les cas (rares) où la loi en dispose autrement. Solution qui empêche le contournement des règles - d'ordre public-du licenciement et illustre l'autonomie, au moins relative, du droit du travail par rapport au droit civil.

171. Au Mali, cette action n'est pas reconnue non plus à l'employeur. A cet effet, le tribunal du travail du Bamako a pris position dans une décision qui date du 30 décembre 1998, en refusant d'appliquer à la demande d'un employeur la résolution du contrat de travail. La question était de savoir si un employeur pouvait demander la résiliation d'un contrat de travail. En espèce, la société I.T.MA. avait saisi le Tribunal de Bamako pour demander la résiliation judiciaire du contrat de son salarié Mme MONCOURT Michel Madebon au motif de ce dernier avait commis une faute lourde en transmettant à un tiers document officiel². En appel, la Cour d'appel de Bamako chambre sociale, par arrêt n°64 du 19 mai 1997 de confirmation du jugement du tribunal de travail, a prononcé la résiliation judiciaire en citant le « Vocabulaire juridique de Mr Gérard

¹ Soc., 13 mars 2001, Dr. soc. 2001624

² le Tribunal du travail en date du 07 octobre 1996 jugement n°206 affaire, ITEMA c/ Mme MONCOURT

CORNU ». Les deux juridictions se sont basées sur la possibilité de résilier un contrat synallagmatique en cas de manquement de son obligation par l'une ou l'autre partie. Pour ces deux juridictions le manquement par une partie à ses obligations contractuelles leur donne le moyen de prononcer la résiliation du contrat de travail. Donc, elles ont fait une utilisation de cette doctrine sans se fonder sur une loi ou sur une jurisprudence. C'est sur ce dernier point que la Cour Suprême de Bamako (l'équivalent de la Cour de cassation) a cassé l'arrêt d'appel. Elle met ainsi fin à une interprétation qu'elle considère comme erronée de la doctrine.

La position de la Cour Suprême de Bamako, était de faire savoir aux parties que la résiliation judiciaire n'étant pas prévue par le Code du travail du Mali qui régit le contrat de travail, donc cette action n'est pas applicable. Cette position est proche de l'état actuel du droit français. Là, le juge malien a pris le même chemin de la jurisprudence française. On se souvient, qu'il a l'habitude de se fonder sur le droit français notamment dans le cas de licenciements sans cause réelle et sérieuse pour rendre des jugements. Mais le Tribunal du travail et la Cour d'appel ont cédé à la facilité en faisant en application d'un passage du « Vocabulaire Juridique comme source de droit positif ». Ce qui n'est pas admissible pour la juridiction suprême du Mali, c'est que les juges du fond ne se contentent pas du Code du travail. Donc tout ce qui n'est pas prévu par le Code du travail ou une jurisprudence, n'est pas applicable dans les relations du travail.

Néanmoins la voie de la résiliation judiciaire reste ouverte au salarié, non sans rapprochement avec les règles du licenciement puisque « la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieux ». Le droit malien doit s'inspirer de ce dernier qui va permettre à de

nombreux salariés dont les salaires sont en retard de paiement de pouvoir saisir le juge pour demander la résiliation de leur contrat¹.

Ensuite, la saisine du juge de référé est une action que l'on peut exercer chaque fois qu'il y a urgence. L'urgence serait justifiée dans cette situation par le non versement du salaire après trois ans de travail consécutif. On peut se demander pourquoi, les salariés concernés n'ont pas pris cette option. Parce que le droit malien le prévoit.

B- Cas de paiement du salaire après un licenciement

172. Le principe du non-paiement pour la période non travaillée est incontestable. Mais la rétroactivité attachée à la nullité exige que l'intéressé soit rémunéré. Celui-ci est censé n'avoir jamais cessé d'occuper son emploi et peut donc prétendre, pour la période non travaillée, aux rémunérations qu'il aurait dû toucher s'il n'avait été injustement congédié. Plus délicate est, en revanche, la question de la qualification à ces rémunérations.

Doit-on considérer que le salarié a droit au salaire qu'il aurait dû toucher s'il avait travaillé ou a eu une indemnité destinée à réparer le préjudice que lui a causé le licenciement nul ? Au Mali l'article L.51 du Code du travail indique qu'en cas de licenciement abusif, le salarié a droit aux dommages intérêts. « Le montant des dommages-intérêts est fixé compte tenu de tous les éléments qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé et notamment :

- Lorsque la responsabilité incombe au travailleur, du préjudice subi par l'employeur en raison de l'inexécution du contrat,
- Lorsque la responsabilité incombe à l'employeur, des usages, de la nature des services engagées, de l'ancienneté des services, de l'âge du travailleur et des droits acquis à quelque titre que ce soit ».

¹ Idem Cass. soc., 20 juin 2006, n° 05-40.662)

La question ne se pose pas de savoir si l'employeur doit payer les salaires indus. Ce texte ne vise pas la nullité du licenciement. De ce fait on n'évoque pas le rappel de salaire. Est à dire qu'en cas de licenciement le salarié qui n'a pas été payé plusieurs mois peut demander le rappel de ses salaires au tribunal du travail.

173. En absence de dispositions expresses, le juge s'est penché plusieurs fois sur la question. Comme exemple il a condamné l'employeur au rappel de salaires non versés suite au licenciement de Monsieur SAMAKE¹. En espèce ce dernier avait été embauché par Horizon Catéring suite à un essai concluant de 3 mois à compter du 1^{er} mai 1997. Mais du 07 octobre au 10 octobre 2004, ce salarié s'est absenté de son service sans autorisation et sans donner la moindre explication à son employeur. Il a été ainsi licencié pour faute lourde.

174. Le tribunal du travail lui octroya le salaire indu. Il le fait sur la base de L.211 du Code du travail qui indique que :« le juge peut ordonner l'exécution immédiate jusqu'à concurrence d'un taux de 50% des sommes portant sur les réclamations de salaires et accessoires... l'exclusion des dommages intérêts nonobstant appel et par provision dispense de caution ».

On en déduit que non seulement le juge malien ordonne le payement du salaire non dû, mais à cause de la nature alimentaire mais aussi le salarié bénéficie d'une mesure d'exécution provisoire. Une autre affaire semblait confirmer cette jurisprudence², mais le problème pour les salariés est que leur demande est forclosée à cause du délai de la prescription. Ces derniers ont attendu 5 ans après leur licenciement pour faire leur réclamation de paiement de salaire.

Les textes français aussi, comme l'article L.1225-71 du Code du travail³ disposaient que « ...lorsque, en application des dispositions précitées, le

¹ Tribunal du travail de Bamako, n°413RG, n°121JGT ; affaire Moussa SAMAKE contre Horizon Cathéring-Sarl du 21 mars 2005

² Tribunal du travail de Bamako n°149RG, n°122JGT ; Affaire Souleymane CISSE et autres

³ Relatif notamment à la protection de la femme en état de grossesse.

licenciement est nul, l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité »¹.

C- Cas du licenciement aboutissant à l'octroi des indemnités de licenciement :

175. Le droit malien parle différemment par rapport au droit français. Le Code du travail qualifie cette rémunération explicitement de l'indemnité et non de salaire. Le Code du travail du mali dans son article L.36 énonce : « Dans les cas visés à l'article L.34 (1 et 2) l'employeur est tenu de verser au travailleur, une indemnité assurant à celui-ci le montant de la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait travaillé et ce, dans la limite du préavis ». Il s'agit du cas - pendant la durée du congé de maternité, pendant la grève et le lock out si ceux-ci sont déclenchés dans le respect de la procédure de règlement des différends collectifs.

Parallèlement, l'article L.1226-15 relatif au licenciement intervenu en violation de l'avis d'aptitude ou d'inaptitude du médecin du travail parlait d'une « indemnité » allouée au salaire². Que faut-il en déduire ? Convenait-il d'étendre les solutions applicables aux femmes en état de grossesse à l'ensemble des licenciements nuls et ainsi, retenir la qualification de « salaire », ou ces textes étaient-ils d'interprétations strictes ?

¹ Art L1225-71 du Code du travail : « l'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L1225-1 à L1225-68 peut donner lieu à des dommages – intérêt au profit du bénéficiaire, en sus de l'indemnité de licenciement.

En outre, lorsque, en application des dispositions précitées, le licenciement est nul, l'employeur tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité »

² Article L. L.1226-15 du Code du travail « lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions de L1226-7 ou des premier et quatrième alinéas de l'article L1226-10, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité ». V. également l'article L.1144-3 du Code du travail qui dispose qu'« est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié engagé en sa faveur sur la base des dispositions du présent Code relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action de l'action en justice. En cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi. Si le salarié refuse de poursuivre l'exécution de contrat de travail, le conseil des prud'hommes lui alloue une indemnité qui ne peut être inférieure aux six derniers mois... »

176. Les juges ont incliné largement en faveur de la première solution. Telle est la portée à attacher aux décisions rendues en matière de licenciement du fait de l'exercice normal du droit du grève que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer. Par un arrêt en date du 2 septembre 1990, la haute juridiction est, en effet, venue affirmer que « le licenciement des grévistes étant entaché de nullité, c'est à bon droit... que le juge des référés, pour faire cesser un trouble manifestement illicite, a ordonné la poursuite du contrat de travail qui n'avait pu être valablement rompu...Après avoir justement constaté l'absence de contestation sérieuse, la Cour d'appel a pu condamner l'employeur à verser les salaires indûment retenus depuis date du licenciement nul »¹. Cette solution qui a été, à maintes reprises, confirmée depuis, précise clairement la nature de la rémunération accordée à l'intéressé : ce dernier a droit au versement des salaires indûment retenus depuis la date du licenciement nul et non à une indemnité compensatrice du préjudice par l'acte illite de rupture². C'est le contraire au Mali, le Code du travail parle d'attribution de dommages intérêts. C'est une indemnité qui répare le préjudice lié au licenciement abusif. Comme illustre, l'article L.51 du Code du travail malien: La rupture abusive du contrat peut donner lieu à dommages-intérêts. La juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture. Ce texte malien est différent de l'article L.1225-71 du Code français. C'est-à-dire que ce texte prévoit le paiement de salaire indûment retenu.

177. Peut-on se féliciter d'une telle solution ? A l'évidence, oui et ce, tant sur le plan des principes juridiques que sur celui de ses conséquences pratiques. Ainsi, la réintégration prescrivait de se situer dans une logique de restitution et non

¹ Cass.,soc., 26 septembre 1990. Cie Lyonnaise des goudrons et des bitunesc/ André et à.,Bull.civV.n°387.P233 ;Droit soc.1991,p60 note Ray.J.E

² V., notamment Cass.,soc.,28 avril 1994,cah.soc.barreau 1994,n°61,A.35 ;cons.prud'h.,Avignon.27 novembre1995,Dr. ouvrier, p 30.

d'indemnisation. En somme, la remise en l'état suffisait à permettre et obligeait à qualifier de salaires les sommes versées aux grévistes¹.

Sur le plan pratique, la qualification retenue emporte de nombreux effets. Tout d'abord, une telle qualification implique que l'employeur s'acquitte des cotisations sociales afférentes au versement des salaires. Dès lors, le salarié réintégré retrouve son droit aux prestations sociales pour la période non travaillée. Le caractère salarial des sommes allouées induit encore le versement des indemnités afférentes aux congés payés. S'agissant enfin des revenus de remplacement ou des gains perçus par le travailleur durant la période non travaillée², ces derniers ne seront pas pris en compte pour le calcul du salaire puisque celui-ci a un caractère forfaitaire³. En revanche, le salarié pourra être condamné à restituer les indemnités de chômage indûment perçu en raison du paiement des salaires.

Le législateur, relayé par la jurisprudence, est ainsi parvenu à rétablir la situation antérieure du salarié illégalement licencié en s'attachant à donner à la nullité l'ensemble des effets qui étaient les siens, à savoir la réintégration dans le même emploi avec maintien des salaires pour la période non travaillée. En ce sens, l'on peut affirmer que « la réintégration restitue à celui que le droit protège soit la sécurité de sa situation injustement menacée, soit, si la menace s'est réalisée, ce dont il a été privé à tort »⁴. Toutefois, tel ne sera pas malheureusement pas toujours le cas, un certain nombre d'obstacles empêchant la restitution en nature. Dès lors, la réintégration n'exprimera plus d'une réparation en nature mais bien celle d'une indemnisation.

¹ Dr.soc.1991, p713, note de Jean Mauris VERDIER « au delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs »,

² par exemple, les salaires que le salarié a pu toucher en travaillant chez un autre employeur

³ Lyon-caen.G., le salaire, Droit du travail, Ed. Dalloz, 2^e éd., p77, n°66

⁴ Rivero J. sanction juridictionnelle et règle de droit, Etudes offertes à Léon Julliot de la Morandière, Lib.Dalloz, paris, 1964, p457

Paragraphe III : Les obstacles au principe de réintégration du salarié

A- Droit à la réintégration du salarié dans l'hypothèse du licenciement du représentant du personnel sans l'autorisation administrative

178. Le licenciement sans autorisation administrative n'est pas simplement abusif ou sans cause réelle et sérieuse. Etant inopérant, il est frappé de nullité. Le représentant est donc en droit, s'il le souhaite, d'exiger sa réintégration. S'il ne demande pas, on ne peut pour autant s'en tenir au droit commun du licenciement¹. Ce droit à la réintégration est le fruit d'une évolution remarquable, qui a longtemps opposé la chambre criminelle à la chambre sociale de la Cour de cassation.

Au départ, une logique civiliste s'opposait à une logique pénaliste. Selon la première, l'employeur, qui a irrégulièrement licencié, avait bien l'obligation d'assurer le maintien du contrat en raison de la nullité du licenciement² ; mais s'il refusait de s'acquitter de son obligation « de faire », il n'était condamné qu'à verser des dommages et intérêts, sur le fondement de l'art 1142 du Code civil. Selon la théorie générale des obligations, on ne pouvait en effet, à l'époque de la jurisprudence « fortalis (1952), contraindre le débiteur à s'acquitter « en nature » de son obligation de faire, sous peines de porter atteinte à la liberté individuelle. Seulement, dans le même temps, la chambre criminelle estimant que le défaut de réintégration était constitutif d'un délit d'entrave, délit contenu tant que l'employeur ne satisfait pas son obligation de mettre un terme à cette voie de fait(1968)³. La chambre sociale a fini par s'incliner en 1972⁴ tant au vu de la jurisprudence de la chambre criminelle que de l'évolution de la théorie générale des obligations : le juge des référés peut ordonner la réintégration, au besoin sous astreinte.

¹ J-Y FROUIN, l'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation, RJS 11/01, chron.842

² Cass., 3 juin 1948, arr. Rymondis, JCP, 1948, II, 4462 ; D. soc. 1948, 98

³ Cass. Ch. mixte, 25 octobre 1968, arr. Detoeuf, D 1968, 707 ; JCP, 1969, II, 1516 ; Dr. soc. 1969, 176, obs SAVATIER.

⁴ Cass. soc. ; 14 juin 1972, arr. DAL PZC. Revet Sol, Dr ; soc., 1972, 465, obs. J. SAVATIER

179. Le parcours est achevé : la réintégration peut être imposée à l'employeur, sous la double pression du délit continu et de la contrainte-non physique-mais financière (l'astreinte). Elle peut être ordonnée en référé prud'homal, en présence d'un trouble manifestement illicite¹.

La réintégration doit être effective, et le représentant doit être en mesure d'exercer son mandat. Si néanmoins l'institution a été renouvelée, l'intéressé conserve le bénéfice de son statut protecteur, en qualité d'ancien représentant pendant six mois².

La réintégration a une portée rétroactive. Il est alloué une indemnité d'un montant égal à la rémunération qui aurait été perçue entre la date de l'éviction et celle de la réintégration, au titre de la méconnaissance du statut protecteur.

Le salarié est seul en droit d'exiger sa réintégration. Il se peut qu'il n'entende pas s'en prévaloir pour multiples raisons (difficultés économiques de l'entreprise accompagnées de suppressions d'emploi, stress, nouvel emploi dans une entreprise, régime particulièrement attractif de l'indemnisation). En ce cas, le licenciement est certes entaché de nullité, mais la sanction est indemnitaire.

B- La faculté pour le salarié de ne pas être réintégré

180. Étant une prérogative pour reconnue dans l'intérêt exclusif du salarié, la réintégration est toujours un droit pour ce dernier mais elle n'est jamais du devoir. En conséquence, une mesure de réintégration ne peut jamais être imposée au travailleur.

La possibilité pour le salarié d'exprimer son refus à une mesure de remise en état peut se décliner à différents stades. Tout d'abord, son opposition à une mesure de remise en l'état peut se manifester au stade de la demande. Celui-ci peut tout simplement ne pas solliciter une telle mesure et préférer le terrain

¹ Elle n'est pas assortie de délai, Cass.soc., 11 décembre 2001, RJS 2/02, n°2000

² Cass.soc. ; 9 mars 1989, RJS 4/89, n°360. Sur la discussion, v. J.-Y FROUIN, RJS 11/01, préc., sur la problématique en cas de nullité de plan social.

indemnitaire. Cependant, même s'il ne la sollicite pas, elle est soulevée d'office¹. Là on pourrait remarquer que nonobstant la différence entre le droit français et le droit malien, les deux législations se retrouvent du même niveau dans la pratique. Parce que le droit malien, s'est placé dès la rédaction du Code du travail sur le plan indemnitaire². La réparation la plus apte est l'indemnisation³ et les décisions du tribunal du travail de Bamako illustre cela. Toutes les demandes qu'on a cité ont pour objet, le versement de dommages-intérêts⁴. Finalement on remarque le législateur s'est conformé à la demande des salariés et le juge ne fait que sauvegarder cette demande.

Dans tous les cas où elle est offerte au salarié en France, la réintégration n'est jamais automatique. Elle ne se réalise que s'il la demande ou ne s'y oppose pas et ce, par qu'elle est une prérogative reconnue au salarié dans son intérêt exclusif.

181. Si l'on s'intéresse à la jurisprudence, il apparaît que la renonciation à la réintégration est très courante. Quelles sont les raisons pouvant motiver un tel choix du salarié ? Deux lignes directrices semble fonder en tel choix. Tout d'abord, la non - réintégration présente un attrait financier certain, le législateur, ayant souhaité sanctionner sévèrement l'employeur précédent à une rupture illicite ou injustifiée de la relation contractuelle, a prévu d'importantes indemnités en absence de réintégration. L'article L.1235-3, sanctionnant le licenciement intervenu sans cause réelle et sérieuse, accorde ainsi au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six dernier mois⁵. On comprend dès lors l'hésitation du salarié. Une seconde raison pouvant un tel choix. Elle tient à la crainte du salarié réintégré de renouer avec son employeur, le climat de travail risquant d'être conflictuel.

¹ S'agissant du pouvoir du juge de soulever d'office la réintégration, on différencie souvent entre les nullités simples qui ôteraient cette possibilité et les nullités de plein droit qui l'y contraindraient.

² V ; supra sur l'octroi du dommage intérêt en droit malien

³ Cf à L.51 du Code du travail au Mali qui prévoit le dommage-intérêt

⁴ V. annexe de la thèse.

⁵ V ; le paragraphe sur le décalé du droit français par rapport au droit malien

C - Les obstacles légaux et factuels

182. Qu'ils soient légaux ou factuels, un certain nombre d'obstacles paraissent encore compromettre l'effectivité d'une mesure de réintégration.

1. Les obstacles légaux

183. Force est de constater que le droit reste souvent impuissant à rendre une remise en état effective dès lors que la loi offre une échappatoire indemnitaire obligatoire ou même facultative.

La nullité du licenciement peut parfois être convertie en une sanction indemnitaire. Telle est la solution retenue par le législateur dans un certain nombre d'hypothèse où il s'oppose à ce que la nullité soit suivie de la réintégration du salarié.

L'exemple le plus significatif, en la matière, nous est fourni par le licenciement de la femme en état de grossesse. L'article L.1225-4 du Code du travail prescrit la nullité du licenciement fondé sur la maternité¹. Pourtant L.1225-71 du même Code n'en tire pas les conséquences puisque ce dernier se borne à affirmer que « l'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L.1225 -1 à L.1225-28 et L.1225-35 à L.1225-69 (...ne...) peut donner lieu l'attribution de dommages intérêts au profit du bénéficiaire, en plus de l'indemnité de licenciement »². C'est la même logique de réparation adoptée par le droit malien en cas de nullité de certains licenciements comme c'est le cas de la nullité du représentant du personnel sans l'autorisation de l'Inspecteur du travail³. Là, le rapprochement est patent et on pourrait dire que le droit français, rejoint le droit

¹ Article L.1225-4 du Code du travail français : « aucun employeur ne peut résilier le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle était en état de grossesse médicalement constaté et pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat de travail auxquelles elle a droit au titre de congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines qui suivent l'expiration de ces périodes »

² V. de plus l'alinéa 2 de l'article L.1225-71 du même Code qui dispose qu'« en outre, lorsque, en application des dispositions précitées, le licenciement est nul, l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait perçu pendant la période couverte par la nullité ».

³ V. infra sur la nullité du licenciement abusif.

malien par le mécanisme des « application de certaines sanctions ». Le droit malien paraît être en avance à ce niveau.

Par ailleurs, excepté L.11443 du Code du travail qui prescrit expressément la réintégration comme conséquence de la nullité qu'il édicte¹, aucune disposition légale ne fait référence à la réintégration à cette date. L'œuvre jurisprudentielle est, certes, conséquente et constante mais une mesure de réintégration ressort toujours du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui pourrait préférer, dans l'absolu et eu égard aux circonstances de l'espèce, une sanction indemnitaire.

Enfin, sans réellement s'opposer à une mesure de réparation en nature, le législateur participe encore, parfois, de sa non effectivité lorsqu'il la prescrit à titre facultatif². La réintégration consécutive à un licenciement sans cause réelle et sérieuse est ainsi toujours subordonnée une proposition du tribunal en ce sens. Par ailleurs, quand bien même le juge suggérerait une telle mesure que les parties devraient encore l'accepter³. Le constat est sans rappel : la réintégration corrélative à un licenciement sans cause réelle et sérieuse est une mesure ignorée de notre pratique judiciaire qui préfère l'issue indemnitaire⁴.

2. Les obstacles factuels

184. En nos temps de crise économique, « la réintégration dans le poste de travail constitue, plus que jamais, une sérieuse garantie d'emploi pour le

¹ L.1144-3 du Code du travail : « est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagé par ce salarié ou en sa faveur sur la base des dispositions du présent Code relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes lorsqu'il est établi que ce licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice. En ce cas, la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi ».

² V. par exemple, les articles L1235-2 et L. 1226-15 du Code du travail : « Le premier dispose que « si le licenciement survient pour cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des deux parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité ». le second prévoit que « lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance de L1226-8 ou des premiers et quatrième alinéas de l'article L.1226-19, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des deux parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité ».

³ En ce que l'employeur doit accepter une telle mesure, elle reste rarissime, ce dernier préfère souvent se séparer du salarié.

⁴ Mémoire cité supra

salarié »¹. Pourtant, force est de constater qu'aujourd'hui, aucun employeur ne peut sérieusement s'engager sur l'emploi, les fluctuations économiques paraissant des obstacles de fait insurmontables à une mesure de restitution en nature. On découvre, ici comme ailleurs, l'influence des situations de fait sur le droit².

Le droit de la réintégration doit s'accorder avec la conjoncture économique. Ainsi, face à une mesure de réintégration décidée par le juge, l'employeur pourra s'y opposer en raison de l'impossibilité matérielle d'exécuter une telle décision. Différentes hypothèses paraissent pouvoir justifier cette impossibilité factuelle de réintégrer le travailleur.

Tout d'abord, la décision de réintégration peut se heurter à la suppression ou à la disparition du poste de travail qu'occupait le salarié antérieurement à la rupture intervenue. La question est alors de savoir si un tel obstacle peut justifier la réintégration. A cet égard, la Cour de cassation ne paraît pas prendre en considération cet obstacle qu'elle a affirmé qu'en ce cas, le salarié devrait être réintégré dans un emploi équivalent comportant le même niveau de rémunération, la même qualification et les mêmes perspectives de carrières. Mais la solution n'est-elle pas différente si l'entreprise a cessé toute activité ? Il semble que l'on puisse affirmer, sans risque, que lorsque la situation est irrémédiablement compromise, l'employeur est libéré de son obligation de réintégration³.

S'appuyant sur cette disposition légale, la chambre sociale déduit qu'en cas de redressement judiciaire, le repreneur était tenu, comme l'était l'employeur initial, de respecter son obligation de réintégration. La Cour a ainsi affirmé que »l'article L.1242-4 s'appliquait à toutes les phases de la procédure...et

¹ Cassan. D., la réintégration du salarié, 1998, Montpellier 1, thèse sous la direction de P-H. Antonnattei,

² V. à ce sujet : Bossu. B. « les situations de fait et évolution de la jurisprudence de chambre sociale de Cour de cassation ». Droit ouvrier, mars 1999, p. 94-101

³ On peut rapprocher cette hypothèse de la force majeure. Par exemple, la cessation totale d'activité est considérée comme un cas de force majeure : Cass. soc., 9 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 368, p. 282

qu'existait une continuité dans l'exploitation de l'entreprise et en conséquence une obligation de réintégration à la charge du cessionnaire »¹.

185. La réalité économique ne paraît s'opposer à l'effectivité d'une mesure de réintégration que lorsque la situation de l'entreprise est véritablement obérée, « irrémédiablement compromise ». Cette position, inspirée du primat de l'intérêt individuel du salarié sur celui de l'entreprise, s'inscrit dans le courant actuel de protection et sauvegarde de l'emploi. Pourtant, elle n'est pas exempte de critiques car force est de constater que les impératifs de pérennité et de survie de l'entreprise doivent parfois primer les intérêts des salariés². Or, en imposant une mesure de réintégration quelles que soient les circonstances économiques, la jurisprudence risque inéluctablement de provoquer la cessation d'activité et la suppression de nombre d'emplois.

Qu'ils émanent du salarié, de la loi voire des situations factuelles, les obstacles à la réintégration à la remise en état sont nombreux et expliquent le faible taux de réintégration effective. Le législateur et le juge, conscients de cette réalité pratique, n'ont pas oublié le salarié victime d'un licenciement nul ou injustifié. Ils ont en effet organisé une issue indemnitaire en cas de non réintégration.

Paragraphe IV : Le principe de l'égalité de rémunération : l'effacement de la disparité

186. Le principe d'égalité de rémunération signifie que dans un périmètre de référence, tous les individus, vont disposer des mêmes droits, des mêmes avantages, et vont supporter les mêmes obligations, ou les mêmes contraintes. Ce principe exclut toute distinction, toute différence de droits. Sont donc prohibées les distinctions qui consistent à appliquer une norme différente à des personnes placées dans la même situation. La règle doit donc s'appliquer à l'ensemble des personnes concernées de la même manière. Si on se tient à la

¹ Cass. crim., 15 octobre 1991, Action juridique, 1992, n°spéc., Protection et licenciement des délégués, p34

² Thiebault. H. « l'employeur et le juge », Dr.soc., 1997p.133

définition donnée par la Cour de cassation sur la réparation en nature on peut placer sous le champ de cette réparation le respect du principe d'égalité entre les salariés. La mesure consiste à effacer la différence de traitement et de remettre les salariés dans mêmes droits. Donc « replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvé si l'acte dommage ne s'était produit »¹. Donc à travail égal salaire égal par effacement du préjudice.

La loi du 22 décembre 1972 (décret du 27 mars 1973) oblige à assurer entre hommes et femmes, pour un travail identique ou de valeur identique ou de valeur égale, égalité de rémunération comprenant le salaire et tous les autres avantages et accessoires art L.3221-2 et suivent du Code du travail français².

De manière générale l'employeur ne peut accorder des avantages qu'à la condition que toutes les personnes placées dans la même situation en bénéficient³. Cette jurisprudence trouve son fondement dans L.2261-22 et L.2271-1 du Code du travail français qui imposent à l'employeur d'assurer pour un même travail ou pour un travail de valeur égale égalité de rémunération entre salarié, quel que soit leur sexe, leur situation de famille et l'article L.3221-3 énonce (« Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et femmes »).

187. A partir de deux textes assez anodins du Code du travail (les articles L.2261-22 et L. 2271-1, la Cour de cassation a bâti dans l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996, une règle générale d'égalité selon laquelle lorsqu'un salarié -quel que soit son sexe- accomplit le même travail que d'autres salariés dans les mêmes conditions, il a droit à la même rémunération.

¹ Cf cass ; 2° civ ; 7 déc 1978 déjà cité p140

² Manuel, Droit du travail volume 2 rapport individuels ; J-M. VERDIER, A. COEURET, M-A. SOURIAU, Dalloz, p.118

³ Cass. Soc. 28 novembre 2000 n°97-43715, 99-41661 en espèce, La salariée demandait le rappel de salaires pour discrimination salariale, du fait qu'elle ait bénéficié d'une « prime de choix » inférieure à celle d'autres collègues. Selon la Cour de cassation, cette prime a été nettement inférieure à celle des autres collègues, or il n'a pas été établi que cette différence était justifiée par des éléments objectifs.

Le texte qui traite le respect du principe de légalité de rémunération est L. 95 du Code travail. Il indique qu'à condition égale de travail, de qualification professionnelle et de rendement, le salaire est égal pour tous les travailleurs, quels que soient leur origine, leur sexe, leur âge et leur statut

Ce principe d'égalité de traitement renvoie à la conception de l'égalité qu'on appelle « égalité concrète » ou « égalité par la différence » ou encore « égalité de fait ». Cette conception est en particulier présente dans le droit européen communautaire et dans le droit anglo-saxon.

Les domaines visés sont les mêmes, il s'agit de tous les avantages liés au travail qui dérive de la rémunération. Il concerne non seulement le salaire de base mais aussi tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement en espèce ou en nature. Encore faut-il que les salariés soient placés dans des situations égales de compétence égales et de qualification égale.

188. Trois différences existent entre le droit français du travail et le droit malien. On peut résumer ces différences par le fait que le Code du travail malien est silencieux sur la question¹. Toutefois, on ne peut pas affirmer que le silence du Code du travail malien vaut absence de mesures alternatives. A partir du moment où le Mali a ratifié la Convention 111 O.I.T sur le respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, on peut se prévaloir de ce texte.

L'étude de ces différences nous permet de faire une suggestion pour que le législateur malien puisse se pencher sur la question enfin de le traiter au cas par cas les différents points.

A cet effet, le droit français permet de reconnaître les différences de rémunération autorisées. Le principe n'est pas violé lors que l'employeur subordonne l'octroi d'avantage à des conditions particulières dès lors que tous

¹ La différence entre le droit français et le droit malien n'est pas absolue à partir du moment où le juge malien s'inspire très souvent de la jurisprudence française. Sur certaines questions quant , il est bloqué il cite la jurisprudence française pour trouver la solution à la problématique juridique. Comme exemple voir la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

les salariés peuvent bénéficier, dans les mêmes conditions, de l'avantage accordé. De même, le principe de l'égalité rémunération n'est pas violé, lorsque la différence de traitement peut être justifiée par des raisons objectives. Les règles déterminantes de cet avantage doivent être préalablement définies et contrôlable.

Le principe « à travail égal salaire égal » ne prohibe pas les différences entre salariés qui ne sont pas placés dans des situations identiques. Voici les cas où les différences de rémunération sont justifiées :

A- La promotion d'un salarié

189. L'employeur est seul juge de l'opportunité de la promotion des salariés sous réserve de respecter le principe d'égalité de traitement entre les salariés et les règles fixées par la convention collective¹.

Dès l'embauche le salaire peut être négocié à l'embauche mais il doit toujours respecter les minima professionnels et le principe « à travail égal, salaire égal ».

L'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés, de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique. Les différences de traitement non fondées sur un élément objectif sont interdites.

B- L'employeur peut individualiser des salaires

190. L'employeur est en principe libre de fixer les salaires en fonction des compétences et des responsabilités confiées à chaque salarié. Il peut ainsi individualiser les salaires dans la mesure où il s'appuie sur des critères de différenciation objectifs. A titre d'exemple, l'appréciation des compétences par un jury indépendant constitue un élément objectif de nature à justifier la différence de traitement².

¹ Cass. Soc. 9 juillet 1985 n°83-40336

² Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 17 octobre 2006, n° 05-40398

L'employeur peut procéder aussi à une évaluation des salariés. Dans cette hypothèse, l'employeur tient de son pouvoir de direction le droit d'évaluer le travail de ses salariés. Les résultats de cette évaluation permettent à l'employeur de s'appuyer sur des éléments objectifs pour conduire sa politique d'individualisation des salaires. Le dispositif d'évaluation doit être porté à la connaissance des salariés. Ainsi l'employeur doit les informer des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle utilisées. L'information n'est pas nécessairement individuelle mais elle doit être accessible à tous.

Par conséquent, les outils utilisés doivent être pertinents au regard de la finalité poursuivie. Les procédés peu fiables scientifiquement, ainsi que ceux ne débouchant pas sur une appréciation purement professionnelle, doivent donc être écartés.

191. Si l'employeur désire se soumettre à ces techniques d'individualisation de salaire, le salarié n'est pas en droit de le refuser. Ce refus justifierait un licenciement pour faute grave¹.

Toutefois, il existe des mesures de « rattrapage » pour rétablir l'égalité des chances entre hommes et femmes. Des mesures temporaires peuvent être prises au seul bénéfice des femmes pour remédier aux inégalités de fait qui affectent leurs chances.

Ces mesures doivent résulter :

- soit de dispositions réglementaires prises dans les domaines de l'embauche, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail, -
- soit de stipulations de conventions collectives étendues ou d'accords collectifs étendus,

¹ Cass. Soc. 10 juillet 2002 n°00-42368

- soit enfin d'un plan pour l'égalité professionnelle. Par exemple : un plan pour l'égalité professionnelle peut prévoir que certaines formations pourront être proposées aux seules femmes.

Dans ce domaine en droit français le régime de la preuve a été pendant longtemps plus avancé et plus adapté que dans d'autres. Deux différences existent entre le droit français et le droit malien : le premier est lié au régime de preuve et le second concerne la nature de sanction.

La deuxième différence est basée sur la preuve : La loi du 16 novembre 2001, texte général relatif aux discriminations au travail, sous l'influence des normes communautaire¹ et avec l'appui de la jurisprudence, a mis en place un dispositif probatoire applicable y compris à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes (art L.3221-8 Code travail français). Ce faisant le salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » doit soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération ; l'employeur doit apporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence². Pourtant , il ne faut pas confondre, le principe « à travail égal salaire égal » qui pose une règle d'égalité de traitement entre salariés placés dans la même situation et l'interdiction des discrimination qui vise à éliminer les différences fondées sur des critères prohibés, énumérés par la loi³. Quant au droit malien sur cette question le régime de droit commun qui s'applique⁴.

S'agissant de la sanction de la violation du principe de l'égalité de traitement entre les salariés, le droit malien prévoit cette mesure de protection sans dire la nature de sanction civile applicable. La sanction qu'on y prévoit serait celle relation à la violation du principe de non-discrimination. Par ce qu'on ne pourrait trouver le fondement de la violation de ce principe que sur une

¹ Directive du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

² Soc.25 mai 2005,RJS 8-9/05n°84

³ Cf art L1133-1 section sur la nullité des mesures discriminatoires.

⁴ Cf . Paragraphe sur le régime des preuves.

différence de traitement discriminatoire entre les salariés sur le fondement de la Constitution du Mali¹. Aussi le salarié pourrait se constituer partie civile en cas de procès pénal conformément à l'article L.319 qui prévoit des sanctions pénales². Dans tous les cas le droit malien en inspirant de la jurisprudence française trouve des solutions au problème posé³.

192. Les deux droits (L.319 pour le Mali et L.3221-7 français) pourraient se retrouver quand le juge décide la remise en état. Hypothèse consiste de payer à salaire égal aux salariés qui se trouvent dans des situations analogues. Mais à la différence du droit français, le Code du travail malien ne prévoit pas la nullité. En droit français la sanction peut être l'inopposabilité de la mesure. A cet effet L.3221-7 indique que qu'est nulle de plein droit toute disposition figurant notamment dans un contrat de travail, une convention ou accord collectif de travail, un accord de salaires, un règlement ou de barème de salaires résultat d'une décision d'un employeur ou d'un groupement d'employeur et qui, contrairement aux articles L.3221-2 et L.3221-2 à L.3221-6, comporte, pour un ou des salariés de l'un des deux sexes, une rémunération inférieure à celle de salariés de l'autre sexe pour le même travail ou travail de valeur égale. La rémunération plus élevée dont bénéficient ces derniers salariés est substituée de plein droit à celle que comportait la disposition entachée de nullité.

193. En résumé, l'action en faveur de l'égalité entre les hommes et des femmes est spectaculaire au niveau institutionnel et normatif. Mais la ségrégation par le travail et la rémunération semble s'y adapter continuellement. Du reste, les besoins en matière de protection normative sont contradictoires. Alors que dans les classes dirigeantes, on peut réclamer la suppression de toutes mesures

¹ Article 2 de la Constitution de 1992: tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée.

² Article L.319: Seront punis d'une amende de 20.000 à 50.000F et de 15 jours à 3 mois d'emprisonnement ou de l'une de ces deux peines seulement, les auteurs d'infractions aux dispositions des articles L.95, 98, 99, 102, 103, 104 et 130.

³ Cela a été le cas au paragraphe (2) section 2 sur la réparation par équivalent la qualification de la cause réelle et sérieuse du licenciement.

discriminatoires, même de protection, comme l'interdiction du travail de nuit, en revanche face aux marges familiales, une telle libération risque de restreindre leur accès à l'emploi.

Manifestement, le droit peut être un facteur d'accélération des changements sociaux. Mais, ses normes ne peuvent produire les effets qui en sont attendu qu'autant qu'elles s'harmonisent avec les autres valeurs dominantes dans la société et s'insèrent dans une dynamique sociétale. Le levier juridique peut contribuer au progrès de l'égalité entre homme et femme. Au travail. On peut même sentir que les avancées ainsi obtenues peuvent porter une évolution élargie à d'autres sphères d'activité, notamment au sein de la famille et de l'environnement immédiat mais, dans les sociétés « composites » l'impact de ces réformes peut être net dans le sphère élevé de la société, nul auprès de larges couches sociales, voire négatif pour certain. Il semble tributaire d'autres changements économiques, sociaux et culturel dont la prise en compte est de nature à renforcer l'adéquation des normes aux réalités et à accroître l'effectivité. C'est pourquoi, les solutions uniques d'application générale, telles qu'elles correspondent à l'impératif de l'égalité devant la loi, apparaîtraient souvent inadéquates face à la complexité des situations à traiter et des besoins des groupes sociaux distincts. En revanche, les mesures promotionnelles peuvent s'avérer plus appropriées pour soutenir les changements souhaités.

Section 2 La réparation par équivalent

194. Comme il a été précédemment dit, le droit malien et le droit français ne diffèrent pas par rapport à la définition théorique de certaines sanctions. C'est le cas de la réparation par équivalent. Dès lors qu'il est admis qu'on ne peut voir dans la réparation par équivalent qu'une réparation pécuniaire, il n'est pas très difficile de déterminer ce que vise exactement cette réparation. Elle consiste en une indemnité en argent que l'auteur du dommage verse à la victime sous la

forme de dommage et intérêts. Si l'on parle souvent de réparation par équivalent, c'est que la somme d'argent allouée à la victime vient compenser, en lui procurant une valeur équivalente, ce qu'elle a perdu et le gain dont elle a été privée. L'essentiel des difficultés qui se posent relativement aux dommages-intérêts se concentrent à la disparité de son évaluation en droit français et en droit malien. Cette disparité est due simplement à la différence entre le mode de calcul des indemnités allouée au salarié malien par rapport au salarié français. Par exemple : en cas de nullité de licenciement le salarié français peut avoir la possibilité de prétendre à une indemnité d'au moins six mois de salaire alors que l'indemnité de son homologue malien ne peut dépasser un mois de salaire dans les cas visés par l'article 54 du Code du travail malien. Sur le principe de réparation par équivalent il y a des rapprochements dans cette de réparation (paragraphe 1), mais des différences existent quant au contenu de réparation (paragraphe (2)).

Paragraphe I : Les convergences

A- L'octroi d'office d'un mois de salaire : une réparation en droit malien et en droit français

195. Le montant planché est susceptible de réparer un préjudice dont l'étendue est moindre. Il est très répandu en droit du travail, le mécanisme a été institué en matière de licenciement irrégulier au fond prévue par l'article L1235-2, le licenciement pour inaptitude professionnelle de l'art L1226-15(2). Il est également prévu en matière de requalification du contrat de travail à durée déterminé de L1237-2 et de travail temporaire L1251-41¹. La jurisprudence malienne et la jurisprudence française partagent la même application de la sanction liée à indemnité du salarié.

¹ Les Sanctions en droit du travail Précité P134

1. Cas du licenciement irrégulier (irrégularité procédurale) mais justifié¹ :

196. Les deux textes français et maliens prévoient le même principe d'un mois de salaire pour réparer l'irrégularité de la procédure en cas de licenciement. Ici s'agit là l'équivalence d'un mois de salaire qui est octroyé d'office. Du côté français, L.1235-2 du Code du travail dispose que si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une peine qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. Il s'agit donc d'irrégularité affectant la procédure préalable ou la notification, ou l'énonciation des motifs, donc absence ou le retard d'une formalité². Quant au Mali, c'est l'Article L.52 qui indique: « Si le licenciement d'un travailleur est légitime quant au fond mais survient sans observation de la formalité de la notification écrite de la rupture ou de l'indication de son motif, le tribunal doit accorder au travailleur, pour sanctionner l'inobservation des règles de forme, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois du salaire brut du travailleur ». On dirait une répétition, mais cela n'en est pas une, car il s'agit de deux textes différents qui prévoient la même chose.

La procédure n'a pas été respectée, mais la cause est réelle et sérieuse (sinon la sanction de l'irrégularité n'est pas applicable, car l'irrégularité au fond absorbe l'irrégularité de procédure, dont la sanction n'est que subsidiaire³. La sanction est l'octroi d'un mois de salaire⁴. Cette sanction à caractère indemnitaire est

¹ Concernant le licenciement injustifié des salariés de plus de 2 ans d'ancienneté et travaillant dans les entreprises de 11 salariés. Ces salariés s'ils refusent la réintégration ont droit à une indemnité au moins égale à 6 mois de salaires. On dépasse là le principe d'une réparation d'un mois de principe. V ; infra sur l'application de la sanction de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

² Mémentos droit du travail 15^e édition; cité infra p.98

³ (Cass., Soc., 25 mai 1976, Bull. pv ; 75-40337, n°312 p.256

⁴ Chambre sociale, 28 juin 2005 (Bull. n° 215)

L'article L. 122-14 du Code du travail dispose qu'« En l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de

aussi admise en droit malien du travail et appliquée à cet effet par le juge malien.

Dans une affaire jugée par le tribunal du travail de Bamako du 8 avril 2002¹, le juge malien accorde à monsieur DOUCOURE une simple réparation pécuniaire égale à un mois de salaire. En espèce, monsieur DOUCOURE embauché en qualité de gardien depuis le 27 mars 1995 a été licencié par son employeur pour injure. En effet à la suite d'une maladie monsieur DOUCOURE avait demandé à son employeur une avance sur son salaire, ce dernier lui refuse. Il a alors proféré des propos désobligeants accompagnés de voies de faits sur le directeur en l'empêchant de sortir de son bureau. En plus de cela, il a convoqué son employeur au commissariat de police qui leur proposa un règlement amiable devant aboutir au paiement de son salaire du mois.

Alors qu'il se rendait au service pour chercher son salaire comme convenu, il lui a été notifié sa lettre du licenciement. C'est ainsi qu'il a saisi le Tribunal d'une demande en paiement des dommages et intérêts. Il ressort clairement du jugement en l'espèce que l'employeur n'a respecté aucune formalité de

convocation ou sa remise en mains propres », sans que ne soit expressément prévue la sanction de l'inobservation de ce délai.

Cette disposition a déjà été interprétée par la Cour de cassation de façon à rendre effective la protection du salarié voulue par le législateur : il a été ainsi jugé que le non-respect du délai de cinq jours ouvrables entre la présentation au salarié de la lettre de convocation à l'entretien préalable et l'entretien lui-même, constituait une irrégularité qui ne pouvait être couverte par le fait que le salarié était assisté lors de cette phase de la procédure (Soc., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-43 276).

La question s'est ici posée de savoir si le salarié pouvait refuser le bénéfice du délai de cinq jours entre la convocation et l'entretien préalable au licenciement, instauré à son profit par l'article L. 122-14 du Code du travail.

L'intérêt de l'arrêt du 28 juin 2005 est d'affirmer avec la plus grande netteté que le salarié ne peut renoncer au délai de cinq jours, destiné à préserver ses droits. La Chambre sociale considère ainsi les dispositions de l'article L. 122-14 du Code du travail comme étant d'ordre public, et les parties ne peuvent, conformément à l'article 6 du Code civil, y déroger par leur seule volonté. Le non-respect de ce délai cause donc nécessairement un préjudice au salarié, fût-il de principe (Soc., 20 octobre 1994, pourvoi n° 93-42 635), mais n'a pas pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse

¹ Tribunal du travail de Bamako, n°068 RG, n°250 JGT, affaire Abdoulaye DOUCOURE c/ SOMAGES du 23 septembre 2002.

procédure du licenciement. Monsieur DOUCOURE a reçu la lettre de licenciement alors qu'il était venu chercher son salaire¹.

197. Le tribunal du travail malien n'ordonne qu'une faible réparation de cette irrégularité. Il applique ainsi la sanction prévue à cet effet par L.52 du Code du travail d'où il ressort que : « Si le licenciement du travail est légitime quant au fond, mais survient sans observation de la formalité de notification écrite de la rupture ou de l'indication de son motif, le tribunal doit accorder au travailleur, pour sanctionner l'inobservation des règles de forme, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire brut du travail ».

Dans cette affaire l'employeur de M. DOUCOURE avait plaidé sur les injures et les voies de faits sur la personne de l'employeur et démontré le non-respect et non obéissance du salarié à son employeur qui ne pouvait qu'être qualifié de faute lourde. Le juge interprète ce texte L.13 du Code du travail malien², en assimilant le comportement du salarié à une faute lourde.

On rappelle que, la faute lourde peut être définie par l'intention du salarié de nuire à son employeur. C'est la faute la plus grave, dans l'échelle de gravité des fautes. Il en est notamment ainsi des comportements tels que la violence, les atteintes à la pudeur, sabotage, dénigrement, vol, divulgations de secrets de fabrications, faux et usages de faux, etc. dans la décision du tribunal du travail de Bamako, l'insulte du salarié peut rentrer dans cette catégorie. Comme en cas de faute grave, la faute lourde permet à l'employeur de licencier le salarié, mais aussi de rompre par anticipation un CDD, un contrat d'apprentissage, un contrat de professionnalisation, etc.

¹¹ La Cour de cassation française s'était prononcée sur cette question en disant que l'employeur ne peut, sans commettre d'abus, se séparer du salarié qui lui a présenté une demande relative à sa rémunération, soc ;, 19 avril 1961, I.C.E 1962. V infra sur les sanction de d'abus de droit sections sur la perte illégitime d'emploi.

² L13 du Code du travail : « le contrat individuel de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelé employeur ».

198. Toutefois, l'employeur qui souhaite rompre un contrat pour faute lourde doit toujours respecter la procédure disciplinaire. Le salarié quitte alors immédiatement l'entreprise à compter de la réception de la lettre de licenciement. Il ne bénéficie d'aucun préavis de licenciement. L'employeur peut signifier une mise à pied oralement au salarié puis confirmer celle-ci dans la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement, ou par lettre séparée.

La mise à pied conservatoire ne doit comporter aucune durée. En effet, une mise à pied conservatoire n'est pas considérée comme une sanction disciplinaire et doit être à durée indéterminée.

Pendant la période de mise à pied, le salarié n'est pas rémunéré. En cas de faute lourde, le salarié perd son droit aux indemnités de licenciement, de préavis, mais aussi tout droit à l'indemnité de congés payés. Mais cela ne dispense pas l'employeur du respect de formalités.

C'est le non-respect des formalités comme le dit le juge malien qui a été la base de la condamnation de l'employeur. C'est ce qui s'est passé dans cette affaire. Lorsque le salarié s'est rendu à son travail, il lui a été notifié son licenciement. Au niveau de la réparation d'un mois de salaire, ce jugement malien nous rappelle une décision de son homologue français du 25 mai 1976 dans laquelle, la Cour de cassation paraît permettre au juge de ne pas obliger l'employeur à remplir les formalités à condition de le condamner à l'indemnité légale d'un mois¹. Cela laisse apparaître un rapprochement entre le droit malien et le français au sujet de l'octroi d'un mois de salaire.

La Cour de cassation considère que seule la sanction est l'indemnité égale au maximum d'un mois de salaire². C'est dire que, la Cour de cassation décide que

¹ . En droit français, il y a des exceptions, c'est par exemple le cas notification qui oblige l'employeur d'informer le salarié de sa possibilité d'être assisté par un conseiller de son choix, cette absence de notification sanctionne le licenciement sans cause réelle et sérieuse qui entraîne des sanctions plus lourdes qu'un mois de salaire, V, mémentos droit du travail 12^e édition Alain COEURET, J.M. VERDIER, Marie- Armelle SOURIAU, P499

² Mémentos cité ci-dessus p.278. 15 ed.

les juges du fond peuvent estimer que l'accomplissement de la procédure ne présente aucune utilité. La sanction de l'irrégularité formelle se limitera, dans de nombreux litiges, au paiement d'une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire¹

2. Cas de requalification du contrat de travail à durée déterminée

199. L'hypothèse concerne le volet financier qui accompagne la redéfinition du contrat de travail à durée en contrat à durée indéterminée². Ainsi quelle est la nature de cette sanction accompagnatrice ?

La nature de l'indemnité de requalification a été, durant quelques temps entourée d'incertitudes. Le législateur n'avait pas pris parti sur ce point, et c'est finalement la circulaire n° 92-14 du 29 août 1992 qui est venue résoudre la difficulté en précisant que cette indemnité avait le caractère de dommages - intérêts et n'était donc pas soumise aux charges sociales et fiscales.

Ainsi, cette indemnité se distingue clairement de l'indemnité de précarité, que la même circulaire a considérée comme un complément de salaire. Une telle analyse repose sur la finalité même de cette indemnité, qui est destinée à compenser la précarité de la situation du salarié sous contrat de travail à durée déterminée. Celle-ci est en effet versée à la fin du contrat de travail à durée déterminée en même temps que le salaire du dernier mois et, à ce titre, elle doit figurer sur le dernier bulletin de paie. En vertu d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de notre Cour, elle est due à l'issue de chaque contrat à durée déterminée³.

200. En définitive, on peut considérer que cette indemnité de requalification constitue la conséquence indemnitaire de la sanction civile infligée à

¹ .les juges du fond n'ont pas à motiver leur appréciation de fait (Cass.Soc.18mai1978, bull.V,n° 372) ; ils peuvent limiter le montant de cette indemnité à un franc(Soc.24oct.1979,Bull.V779). Même sans entretien, le salarié n'appartient plus aux effectifs (Soc.24janv.1990,D1990.I.R.,P.45)

² V, chapitre I, la requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

³ soc., 5 février 1992, bull., N°66, P41

l'employeur qu'est la requalification. Cette analyse résulte directement des termes de l'article L.1245-1 du Code du travail. Si elle demeure peu explicite dans la doctrine, elle se dégage très clairement d'un arrêt rendu par la chambre sociale le 7 avril 1998, qui a affirmé qu' « il résulte de l'article L.1245-1 du Code du travail que si la demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est portée directement devant le bureau de jugement, cette saisine directe s'étend non seulement à la demande en paiement de l'indemnité, qui est la conséquence de cette requalification, mais également à la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail ».

Cette analyse découle de la nature même de l'action en requalification, qui opère globalement dès la date de conclusion du contrat. Ainsi selon J. Savatier, « la sanction de la requalification s'apparente à une nullité, mais à une nullité limitée à cette dérogation au droit commun que constitue la stipulation du terme. La clause sur la durée déterminée du contrat étant considérée comme non écrite, on revient aux règles du contrat de travail à durée indéterminée »¹. Pour d'autres auteurs, l'action en requalification est un cas de substitution légale du contrat imposé par l'ordre public social et laissée à la discrétion du salarié.

La loi malienne est muette sur cette contrepartie due en cas de requalification du contrat de travail à durée indéterminée. La jurisprudence malienne ne semble pas faire, l'application d'office de cette indemnité de requalification. Cela peut s'expliquer par le fait que les salariés maliens saisissent le juge en général pour demander d'argent et non pas pour revenir dans le même emploi. Ils ne demandent pas au juge de « transformer » son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée mais à leur payer des dommages intérêts ou des salaires indus.

¹ Cf, section sur la réqualification du contrat, 38 et svt.

La jurisprudence malienne aurait pu s'inspirer de certains arrêts de la Cour de cassation française pour encourager les salariés maliens à demander la requalification du contrat de travail. Comme, le tribunal du travail le fait souvent dans d'autre domaine comme le cas licenciement abusif pour l'octroi de dommages-intérêts¹. Par ce qu'en demandant cela les salariés maliens gagneront non seulement la requalification du contrat en CDI mais aussi une indemnité en plus. Cela peut produire la même efficacité que le droit français.

B- Le cas de l'octroi des dommages- intérêts

201. Ils permettent de réparer le préjudice en octroyant à la victime un forfait. C'est une réparation qui est prévue par l'article 1382 du Code civil français et l'article 124 du régime général des obligations au Mali². L'article 1382 fait allusion à la finalité réparatrice de la dette du responsable. En effet, aux termes de cette disposition, l'obligation pesant sur celui qui a causé un dommage est de « réparer » ce dommage.

En matière contractuelle l'inexécution ou la mauvais exécution d'une obligation par celle des parties qui en était débitrice, engendre généralement un dommage. Pour le professeur Jourdain ³, le créancier d'une obligation non satisfaite doit au principal se trouver placé dans la situation qui aurait dû être la sienne si le promettant n'avait pas manqué à son obligation. La Cour de cassation qui partage cet avis, estime que la victime de l'inexécution a droit à l'exécution de l'obligation et qu'elle doit avoir lieu en nature⁴, de sorte que le juge ne doit accorder des dommages-intérêts compensatoires que si l'exécution en nature n'est plus possible.

202. Si le Tribunal estime que la rupture du contrat a trouvé son origine dans la commission de fautes réciproques, il ne peut se limiter à décider d'ordonner la

¹ V.infra sur la sanction de la perte illégitime d'empli.

² C.f, sur la 1^e partie section sur l'application des règles de droit commun en droit du travail

³ Jourdain (P.), Responsabilité civile,, RTDC juill. -sept. 1997, p. 662

⁴ Civ. 1^{ère}, 9 décembre 1986, Bull. n° 291

compensation totale des réparations, sans avoir recherché, par une analyse des dommages subis par les uns et par les autres et il ne peut rejeter la demande en paiement de dommages et intérêts formulées par les deux parties que si les motifs du jugement font apparaître expressément que le juge a constaté que les préjudices subis par chacune des parties du fait de l'autre, ont affecté d'une manière égale, l'une comme l'autre d'entre elles¹.

S'agissant des contrats du travail, l'ensemble des dispositions relatives aux conséquences de l'inexécution traite des dommages et intérêts, à l'exception des articles 1143 et 1144². Il peut s'agir du droit pour le salarié victime d'un licenciement abusif de prétendre des dommages – intérêts, soit victime toute autre sanctions disciplinaire injustifiée de la part de son employeur. La théorie de l'abus de droit est le fondement principal du dommage intérêt. Ainsi il peut être alloué une indemnité distincte en réparation du dommage moral résultant des circonstances notamment vexatoire entourant la rupture, sur le fondement de l'art 1382 du Code civil³. Dans certaines circonstances, on parlera de « légèreté blâmable »⁴. Ce droit est prévu par le Code travail français et malien dans son article L.51. La jurisprudence malienne reconnaît à cet art L.51 du Code du travail un droit constant.

C'est ainsi que dans une décision du 31 avril 2005 du tribunal du travail tout en faisant référence à un arrêt du 09 décembre 1965(décision de la chambre sociale de 1965) fait appliquer le caractère constant du droit aux dommages et intérêts au Mali.

203. De même au sujet de la remise en état après annulation d'une sanction disciplinaire, la chambre sociale réaffirme que le versement des salaires perdu par le salarié après l'annulation de la sanction disciplinaire n'exclut pas, une

¹ 3e Civ. - 2 juillet 2008, BICC n°692 du 1er décembre 2008)

² La sanction civile en droit du travail précité, p.102

³ Par exemple Cass.soc., 17 décembre 1986, Bull.civ, n°621, 12 mars 1987, Bull.civ V.147.

⁴ Cass.soc. 20 janvier 1998, RJS 3/98, N°275 ; 10 juillet 2001, Dr.soc.01 1125, obs, G. COUTUTIER(salarié privé d'une mesure du plan social, en raison de son licenciement prématuré).

condamnation éventuelle de l'employeur au versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi par le salarié pour avoir été irrégulièrement privé de son emploi. L'annulation de la sanction disciplinaire tarit la source du préjudice, elle ne l'efface pas nécessairement en totalité¹. La position du tribunal du travail au Mali montre que certaines jurisprudences françaises sont d'application directe au Mali. Pour insister sur cette application le Tribunal du travail cite cette jurisprudence dans son jugement. On pourrait transposer la pratique quotidienne du droit français au Mali, car en France, le retard dans le paiement de salaire donne lieu à la condamnation de l'employeur, par le conseil de prud'hommes aux dommages- intérêts,

Ou à des intérêts moratoires en application de l'article 1153 du Code civil selon lequel : « dans une obligation qui se borne au paiement d'une certaine somme, les dommages - intérêts résultant du retard dans l'exécution ne constituent jamais que la condamnation aux intérêts aux légal », lesquels sont dus du jour de la sommation de payer ou d'un autre équivalent, telle une demande valant mise en demeure².

Eventuellement, des intérêts compensatoires, distincts des intérêts moratoires, si le juge constate l'existence, pour le salarié créancier, d'un préjudice indépendant du retard apporté au paiement par l'employeur causé par la mauvaise foi³: pour des salariés contraint de recourir à la grève pour obtenir le paiement de leur salaire, réparation du dommage subi du fait, notamment, des heures perdues par suite de la grève). Il incombe alors au juge de faire apparaître dans sa décision, ce préjudice distinct. Cette jurisprudence doit inspirer le juge malien. Car il arrive très souvent que les salariés font grève pur réclamer le paiement de salaire. C'est l'exemple de SYCEF (Syndicat des Contractuels de l'Enseignement Fondamental) ayant constaté avec amertume le retard de salaire

¹ Voir par exemple, CPH TOURS, 02.05.83,A.J.n°40.p.25 dans le même sens
Cass.Soc.16.11.93.D.1994,JDCE,P457,sp.p.458

² cass Soc., 21avril1988 arrêt n° 86-43.837 inédit (non publié) ;et 6juin 1990 87 -41-478 inédit.

³ Cass. Soc,14 mars 1979 .bull n°232, pv 76.41.143

de 2 mois des enseignants contractuels de Koulikoro et certainement après moult tentatives de régularisation de la situation auprès des autorités compétentes, sans succès, s'est vu obliger de recourir à une grève considérée comme seul moyen efficace en date du 11 janvier 2008. Car, mis en colère. Ainsi, sur mots d'ordre du bureau exécutif, les contractuels de l'enseignement fondamental ont arrêté le travail jusqu'à nouvel ordre en tout cas à Bamako et à Koulikoro¹. Certainement, non seulement pour protester contre la situation qui prévalait à Koulikoro, mais aussi à Bamako. Semble-t-il, puisque le District de Bamako accusait déjà environ 8 jours de retard de salaire.

Paragraphe II : Les différences existantes entre les deux droits

204. Certes la question de paiement de salaire paraît afficher des convergences, mais le droit malien montre du retard quant à la matérialisation du paiement du salaire. A ce niveau le bulletin de salaire ne semble avoir d'intérêt au Mali comme en France (A). Dans la même logique on trouve la question de prescription d'une demande salariale (B), aussi l'option de six mois de réparation (C).

A - Le défaut de remise du bulletin de paie, le décalage du droit français par rapport au droit malien

205. Dans le droit français deux sanctions dérivent de l'application du Code travail qui se répartit entre la remise du bulletin de paie du salarié et la mention obligatoire pouvant contenir un bulletin. Consacrant une pratique en usage dans les entreprises importantes afin d'éviter toute contestation ultérieure, une loi du 1^{er} mars 1931 a rendu obligation, la délivrance par l'employeur d'un bulletin de paie en France (C.trav. L. 3243-2)². Au Mali aussi, l'obligation de remise du bulletin de paie est mentionnée dans l'article L.104 du de travail malien en ces

¹ Zénith BALE, un journal du Mali paru le 11 janv.2008

² Précis Droit du travail, J.PELLICIER, Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES, 26 e éd.2012p.920

termes que l'employeur est tenu de délivrer au travailleur, au moment du paiement, un bulletin de paie. Sur l'obligation de remise de ce bulletin deux sanctions sont prévues par le droit positif français d'une part dans une jurisprudence ancienne, l'employeur peut être condamné aux dommages – intérêts, d'autre part le conseil de prud'hommes peut lui ordonner à remettre le bulletin de paie sous astreinte¹.

206. Par ailleurs, l'employeur qui ne remet pas le bulletin de paie ou qui dissimule partiellement le salaire convenu sur ce bulletin commet une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation du contrat de travail sans que le salarié ait à respecter le préavis et l'employeur assume la responsabilité de la rupture du contrat de travail.² Aussi, l'employeur est responsable de la rupture du contrat de travail en cas de non-paiement d'une semaine de congés payés et de non-remise des bulletins de salaires³.

Dans le même sens, le seul fait pour un salarié de ne pas reprendre son travail après une demande de justification de son absence par l'employeur, ne caractérise pas une démission. Ayant constaté que l'employeur s'était abstenu de remettre au salarié des bulletins de paie et de lui verser des compléments d'indemnités de congés payés et de maladie, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations d'où il résultait que l'employeur avait manqué à ses obligations, la rupture du contrat de travail lui était imputable et s'analysait en un licenciement⁴.

Enfin, il convient de rappeler que le délit de travail dissimulé est constitué par dissimulation d'emploi lorsque l'employeur ne mentionne qu'une partie de la rémunération des heures de travail⁵ et sur le plan civil, le motif d'une

¹ (Soc., 19 mai 1998. Dr.soc. 1998.723,obsC.MARRAUD

² Cass. Soc., 24 mars 1971, JCP 1971.IV.122.

³ Cass. soc. 16 novembre 1995 n° 92-42.182 (n° 4454 D), Perez c/ Sanchez.

⁴ Cass. soc. 7 mai 2002 n° 00-40.724 (n° 1529 FS-D), Hraouli c/ SNC Cadin et Cie Hôtel Brittany

⁵ Droit du travail, J.PELISSIER,Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES, 26 e éd.2012,p.924 v. aussi .Crim. 27 sept.1994,RJS 12/94,n°1375 ;22 févr.2000, RJS,n° 562. Une mention mensongère peut constituer le délit de faux

condamnation à payer au salarié l'indemnité de l'article L.8223-1¹. Bien que le droit malien paraisse s'inspirer en partie à ce régime de sanction applicable pour ce qui est le défaut de remise de bulletin de paie, l'effectivité de cette sanction au mali est mitigée. Comme on l'a si bien évoqué ci-contre, les salariés ont une grande méfiance pour saisir le juge pendant que le contrat de travail est en cours pour toute demande, la remise obligatoire de bulletin de paie ne semble pas échapper à cette procédure.

207. Au Mali, en pratique il y a un registre de paiement de salaire dans toutes les entreprises. Ce registre est constitué d'un ensemble de feuilles fixes portant une numération continue sous relier cartonnée. Il est tenu par ordre de dates. Ce document est conservé pendant un délai de cinq ans suivant la dernière mention et tenu à la disposition des inspecteurs de travail. L'objectif c'est d'éviter de dissimuler le travail. On voit ici que le droit malien est en retard par rapport au droit français de plus d'une décennie année parce que depuis la loi du 2 juillet 1998, ce registre est supprimé en France. En plus non seulement ce droit est vétuste mais aussi il n'évolue et ne s'adapte l'évolution. A défaut de moyen financier, il existe peu d'entreprises qui disposent de l'outil l'informatique pour imprimer des bulletins de paie. C'est pour cela qu'on se contente encore de ce registre de paie comme preuve de paiement des salariés.

Alors quelle serait la place de la mention obligatoire sur le bulletin de paie ?

En France, le bulletin doit comporter les mentions prévues par R 3343-1 du Code travail français qui sont entre autre le nom et l'adresse du salarié ainsi que le cas échéant, la désignation de l'établissement dont dépend le salarié. La période et le nombre d'heures de travail auxquels se rapporte le salaire en

de l'article .441-1 C.pénal (crim.7 sept.2005, Bull. crim, n°220 :mention que la salariée se trouvait en congés payés qu'elle était en arrêt maladie.

¹ Pour la cour de cassation, la dissimulation n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a de manière intentionnelle, porté sur le bulletin de paie un nombre d'heure de travail inférieur à celui réellement effectué (soc. 4 mars 2003, Dr.soc.2003.528, obs. C.RADE ; 19 janvier 2005, Dr.soc. 2005,obs. C.RADE ; 8 mars 2007,RDT 2007.395,obs. GPIGNARRE, V ; ég. Infra sur la sanction pénal e2 e partie.

distinguant, s'il y a lieu, les heures qui sont payées au taux normal et celles qui comportent une majoration pour les heures supplémentaires. S'il y a lieu, l'intitulé de la convention collective de branche applicable...

208. Le droit français attache une importance à cette mention. Car l'intérêt en jeu est sur l'application des avantages liés à une convention collective. En droit malien, il semble qu'il y ait absence de la mention de la convention collective applicable sur le bulletin de paie. Cette question trouve sa solution par l'application d'une seule convention collective dans l'entreprise. C'est le principe de l'unicité de statut collectif dans l'entreprise.

Il convient de distinguer le cas où le bulletin de paie ne fait référence à aucune Convention Collective parce que l'activité principale de l'Entreprise n'en relève pas (1°), du cas où le bulletin de paie ne comporte aucune référence par simple omission (2°).

1°- Si l'entreprise n'est soumise, compte tenu de son activité principale, à aucune Convention Collective, dans cette hypothèse, le bulletin de paie doit simplement indiquer la référence aux dispositions du Code du travail relatives à la durée des congés payés et du préavis (C. trav. art. R. 3243-2).

2°- Si l'entreprise est soumise à une Convention Collective, dans ce cas, il convient d'appliquer les dispositions de l'article R. 3243-2 du Code du travail selon lesquelles l'employeur est tenu de porter à la connaissance du salarié la Convention Collective applicable sur les bulletins de paie.

Alors quelle est la sanction de ce défaut d'information ?

La Cour d'appel de VERSAILLES avait, dans un arrêt du 23 mai 2002, énoncé que le salarié ne rapportait pas la preuve du préjudice réel résultant de cette absence d'information pour rejeter sa demande d'indemnisation du fait du défaut d'information de l'employeur sur la Convention Collective applicable à l'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cet arrêt le 19

mai 2004, considérant que l'absence d'information sur la convention collective applicable par l'employeur causait nécessairement un préjudice au salarié¹.

Sur l'ampleur du préjudice allégué par le salarié, la question a été longtemps posée sur la portée de la mention dans le bulletin de paie du salarié de la convention collective applicable en France. La Cour de cassation affirme que la mention dans le bulletin vaut information du salarié de la convention collective qui lui est applicable². L'intérêt de cette mention c'est de permettre au salarié de prétendre aux avantages d'une convention collective (voir supra sur la comparaison des avantages de convention collective).

Le cas où le bulletin fait référence à une convention collective n'est pas si rare. Le salarié peut-il s'en prévaloir, aussi bien dans les relations individuelles que dans les relations collectives de travail ?

- Dans les relations individuelles de travail, la Cour de cassation a considéré que la mention de la Convention Collective sur le bulletin de paie « vaut reconnaissance de l'application de la Convention à l'entreprise ». Ainsi, un salarié peut se prévaloir de la Convention Collective mentionnée sur son bulletin de paie pour demander le paiement de divers rappels d'éléments de rémunération fondés sur cette Convention Collective. Le fait que l'entreprise ne soit soumise, compte tenu de son activité principale, à aucune Convention Collective ne prive pas le salarié de se prévaloir de la convention collective mentionnée sur son bulletin de paie. C'est ainsi qu'un salarié a réclamé le paiement de l'indemnité de non-concurrence prévue par la Convention Collective des Ingénieurs et Cadres de la Métallurgie, Convention mentionnée sur ses bulletins de paie et que la Cour de cassation a rappelé que si dans les relations collectives de travail, une seule Convention Collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, dans les relations individuelles, le salarié peut

¹ Cass.Soc. 19.05.2004 n°02-44671.

² Cass. soc 18 juillet 2000, bull.2000, n°296,p.234

demander l'application de la Convention mentionnée sur le bulletin de paie, cette mention valant reconnaissance de l'application de la Convention à son égard.¹ De même, un salarié peut se prévaloir des mentions « Code APE 741 G » ainsi que « l'entreprise adhère la Convention Collective » pour demander l'application de la Convention Collective des Bureaux d'Etudes Techniques, Cabinet d'Ingénieurs Conseils, Société en Conseils dont le champ d'application s'étend notamment aux activités répertoriées sous le Code 741 G.²

209. Mais l'indication de la Convention Collective dans le contrat de travail, et donc a fortiori sur le bulletin de paie, ne saurait interdire au salarié d'exiger l'application de la Convention à laquelle l'employeur est assujéti au regard de son activité principale, dès lors que celle-ci lui est plus favorable. Cette solution est logique. Il s'agit d'interdire à l'employeur de choisir la Convention Collective qu'il entend appliquer au salarié, de recourir à l'application volontaire d'une Convention Collective dans le but d'écarter celle de la Convention dont relève en principe l'entreprise du fait de son activité principale.

- Dans les relations collectives de travail, une seule Convention Collective est applicable et est déterminée par l'activité principale de l'entreprise. Ainsi, un syndicat ne peut se fonder sur les dispositions de la Convention Collective mentionnée sur les bulletins de salaire pour désigner un salarié en qualité de délégué syndical dans une entreprise comprenant moins de 50 salariés qui ne relèverait pas de cette même Convention.

B- La prescription de la demande de réparation

210. Si le salarié n'est pas payé au jour prévu, il dispose d'une action en paiement pendant une durée précise et irrévocable. Le droit français encadre la limite pour la demande des impayés de salaire, au même titre que le droit malien. Le but est de protéger l'employeur de l'accumulation de dette. Il s'agit

¹¹ (Cass. soc. 10 déc. 2002, n 00-44.260 Ivaldi c/ Sté RSA Sécurité France)

² (Cass.soc. 29.04.2003 n°01-42026 F P)

aussi de donner à tout salarié ayant travaillé quel que soit son ancienneté et son statut de pouvoir réclamer à son employeur de lui payer le salaire indu. Aussi c'est de faire connaître la durée prévue pour saisir un juge enfin qu'il puisse sanctionner un abus de pouvoir. Cet abus consistera pour le juge de faire payer le salaire qui est la contrepartie essentielle du travail.

Le domaine visé est aussi le même pour le droit malien et le droit français du travail. Sont concernés par la loi à cet effet, le salaire proprement dit et ses accessoires, et toutes les créances nées d'une prestation de travail et périodiques (congrés payés, indemnité de préavis...). Les indemnités de rupture abusive ou de licenciement qui ne sont ni des salaires ni périodiques, mais réparent un préjudice, sont écartées de la prescription du salaire.

Toute fois la durée fixée pour réclamer le salaire par les deux législations n'est pas la même. Pour le droit malien elle est de trois ans conformément à l'article L.118 du Code travail malien. Pour le droit français cette durée est reportée à cinq L.3245-1 conformément à l'article 2274 du Code civil depuis la loi du 17 juin 2008. La question de la prescription du paiement de salaire est d'une importance capitale au niveau social.

211. Au Mali, jusqu'aux années 1991, la société malienne était très déstructurée sur cette question. Le travailleur malien pouvait faire souvent trois mois sans salaire. Cela touchait toutes les catégories de travail. C'était presque une société « sans droit » dans laquelle il n'existait presque pas de saisine du juge pour faire une réclamation.

Après la chute du régime militaire en 1991, ce fut l'avènement de la démocratie. Le Gouvernement de transition qui a été mis en place a donné le premier pas de régularisation des salaires conformément aux revendications des opposants de l'ancien régime. Il n'y a pas eu de saisie de juge, mais une simple volonté politique. En 1992, le nouveau Code du travail a été adopté avec des textes contraignants donnant la possibilité aux salariés de saisir le juge pour réclamer

des salaires indus. Les juges quant à eux, sont devenus des défenseurs des droits des salariés. Plusieurs affaires illustrent cette évolution, dont l'affaire SOMIEX contre ses ex-salariés jugée par le tribunal du travail de Bamako du 06 mai 2004¹.

212. Dans cette affaire, le juge malien devrait se prononcer sur le délai de prescription de la demande salariale prévue par l'article L.118 du Code travail du Mali qui fixe cette durée à trois ans. En espèce, les ex salariés de la S.O.M.I.E.X avaient saisi le tribunal seize ans après la liquidation de leur société pour demander des arriérés de salaire et des indemnités. Le tribunal du travail relève que toute demande de paiement de salaire est limitée à trois ans appliquant l'article L.118 du droit commun. Tout en reconnaissant le droit des salariés, le juge malien montre à ces derniers l'existence d'un encadrement légal de la prescription. Certes, il y est possible de faire valoir leur droit au paiement des salaires impayés, mais on ne peut faire cette demande sans limite de temps. Comme on le remarque dans cette décision, les salariés de la S.O.M.I.E.X ont fait leur demande 16 ans après. Le jugement fait apparaître que les salariés méconnaissaient la limite de temps de la prescription².

Au Mali, on remarque l'absence des cas décompte journalier du délai de prescription. Le délai n'est pas dépassé à un jour ou une semaine et ou un mois près. C'est des mois, voire des années qui sont dépassés. Le système français du calcul « au jours francs » n'existe pas en droit malien. Encore on peut retenir de cette décision, la capacité et la volonté du juge malien, de bien analyser toutes les questions liées à la relation du travail. Il donne un sens au Code du travail. Dans cette affaire, il étudie toutes questions relatives à la prescription. C'est pour cela qu'il ne s'est pas contenté de se limiter à la seule prescription du salaire. Ainsi pour faire usage du bon droit le juge fait la différence entre les

¹ Décision du 06 mai 2004 N°204 RG et N°175JGT de la cour d'appel de Bamako Tribunal du travail de Bamako ; affaire Brahim DIAKITE contre S.O.M.I.E.X.

² Décision n°204 RG précité

accords sur les indemnités créées par l'Etat malien au profit des travailleurs « compressés » des sociétés et entreprise et les autres revenus des salariés¹. Ces indemnités sont soumises à la prescription de droit commun conformément aux dispositions de l'article 253 du régime général des obligations du Mali².

213. Ces indemnités échappent au délai triennal qui est applicable à la réclamation de salaire prévu par L.118 du Code du travail³. Et conformément à l'Article L.119 la prescription, commence à courir à la date à laquelle les salaires sont dus.

Par cet arrêt on ne pourra pas affirmer que le droit malien du travail est la copie collée du droit français. C'est une autonomie affirmée d'autant plus qu'on retrouve la même différence au niveau de la prescription en droit commun. Au Mali la demande de paiement des créances de droit commun est de 20 ans (art 253 du Code des obligations) alors qu'en France c'est 5 ans.

Les délais de prescription poursuivent, pour les employeurs, un but bien précis: la garantie de leur sécurité juridique dans les rapports de travail. C'est pour répondre à cet objectif de «sécurité juridique» que l'alinéa 2 de l'article L. 1235-7 du Code du travail, introduit par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005, avait été inséré dans le Code du travail: «Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement.»

¹ Les salariés compressés sont des salariés qui par la suite de privations des entreprises publiques ont été licenciés par l'Etat.

² Arrêt N°204 RG et N°175J.G.T publié au Tribunal du travail de Bamako en date du 30 juin 2004.

³**Article L.118: L'action en paiement du salaire se prescrit par trois ans**

214. Néanmoins, un doute planait quant au champ d'application de ce délai de douze mois. En effet, tout le débat tournait autour des questions suivantes: cette disposition était-elle limitée aux seules contestations des licenciements économiques collectifs ou concernait-elle toutes les actions relatives à un licenciement économique, incluant le licenciement individuel? De même, ce texte était-il applicable aux actions individuelles des salariés contestant la cause réelle et sérieuse de leur licenciement pour motif économique?

La chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 15 juin 2010¹, met un terme aux incertitudes relatives au champ d'application de ladite disposition puisqu'elle apporte un véritable éclaircissement. En l'espèce, deux salariés saisissent, plus d'un an après leur licenciement pour motif économique, le Conseil de Prud'hommes d'une demande d'indemnités, estimant que le motif économique de leur licenciement n'est pas fondé. L'employeur fait valoir que les demandes des salariés sont irrecevables car formées hors délais. La Cour d'appel juge la contestation des salariés recevable et la Cour de cassation confirme cette position en indiquant clairement que «le délai de douze mois prévu par le second alinéa de l'article L. 1235-7 du Code du travail n'est applicable qu'aux contestations susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique, en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde pour l'emploi».

Ainsi, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur car «la contestation des salariés ne portait pas sur la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi». En l'espèce, les salariés contestaient la seule absence de cause réelle et sérieuse de leur propre licenciement. Leur action demeure donc soumise à la prescription civile de droit commun, qui a été ramenée de trente à cinq ans par la loi du 17 juin 2008². Jusqu'au 19 juin 2008, le délai de prescription pour engager une action en matière de paye variait en fonction de la périodicité : si le

¹ Cass. soc., 15-06-10, n°09-65.062

² loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

versement dépassait l'année (ex. : les indemnités de licenciement ou de rupture anticipée d'un CDD), le délai de droit commun de 30 ans. Ce délai était en revanche de 5 ans pour toutes les sommes versées mensuellement ou avec une périodicité d'un an au plus (ex. : les salaires, les heures supplémentaires). La loi fixe désormais à 5 ans le délai de droit commun de la prescription extinctive applicable aux actions personnelles ou mobilières. Ce délai s'applique dans tous les cas où la loi ne fixe pas de règles particulières en la matière. En droit du travail, sont notamment concernées par ce nouveau délai de prescription, les actions des salariés en vue de la délivrance d'un document (exemple : certificat de travail, attestation Assedic, etc...), en paiement des indemnités de rupture, mais également en paiement de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice subi du fait d'un manquement de l'employeur.

215. Ce délai est également applicable aux actions intentées par les comités d'entreprise pour réclamer le versement des budgets qui leur sont dus pour la gestion des activités sociales ou de fonctionnement¹. Deux conséquences peuvent être tirées de la solution rendue par les Hauts magistrats:

- d'une part, la prescription de 12 mois prévue à l'alinéa 2 de l'article L.1235-7 du Code du travail trouve à s'appliquer aussi bien aux actions en annulation du licenciement engagées par les salariés, qu'aux actions engagées par le comité d'entreprise ou les organisations syndicales, dès lors qu'elles tendent à faire constater que la procédure de licenciement pour motif économique est nulle et de nul effet, du fait de l'absence ou de l'insuffisance du plan de sauvegarde pour l'emploi;

¹ Cas particulier des actions en discrimination

Jusqu'à présent les actions en réparation du préjudice subi du fait d'une discrimination étaient, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, soumises à la prescription de droit commun, donc au délai de 30 ans. Désormais, la loi fixe un délai particulier en la matière en édictant : "l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par 5 ans à compter de la révélation de la discrimination." Sont visées par ce texte toutes les discriminations sans restriction (âge, sexe, religion, origine, mœurs, etc...). La durée peut paraître courte, mais c'est sans compter avec la précision concernant le point de départ de la prescription qui est fixé au moment de sa révélation. Cela signifie qu'un salarié peut par exemple, à l'issue d'une carrière de 30 ans au service d'un employeur, intenter une action dans le délai de 5 ans suivant son départ dès lors que c'est après avoir quitté l'entreprise qu'il prend conscience qu'il a été victime d'une discrimination, et ce, même si cette discrimination a eu lieu au début de sa carrière.

- d'autre part, cette prescription spécifique ne peut être opposée aux salariés dont l'action se limite à contester le motif économique de leur licenciement, quand bien même ils feraient partie d'une procédure de licenciement collectif ayant imposé l'élaboration d'un plan de sauvegarde pour l'emploi.

Il ne fait nul doute que la solution rendue par l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 15 juin 2010 est favorable au salarié, qui peut donc saisir le Conseil de Prud'hommes dans le délai de cinq ans suivant la notification de son licenciement économique, aux fins de contestation de la cause économique de celui-ci¹.

C- La réparation née de la perte illégitime de l'emploi : divergence dans la sanction de l'exigence de cause réelle et sérieuse

216. Le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est pas entaché de nullité. Il donne lieu à dommages-intérêts, ce qui le rapproche de la sanction de l'abus de droit, et l'éloigne du licenciement entaché de nullité. Il est constant dans les deux droits et selon une jurisprudence très ancienne et très ferme que l'absence de faute du salarié ne suffit pas à conférer au congédiement un caractère abusif². Cette solution résulte du droit même de résiliation unilatérale. Interdire à l'employeur de se séparer du salarié non fautif, ce serait expliquait-on, consacrer la propriété de l'emploi et nier le droit de résiliation unilatérale³. L'évolution historique de la définition donnée par le législateur français au licenciement sans cause réelle et sérieuse pose des bases de comparaison entre les deux droits. (I). Cette évolution nous permet de clarifier le régime des sanctions applicables (II).

¹ Selon l'art 2224 du Code civil, selon lequel le point de départ du délai est situé au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer. Le terme « révélation » renvoie nécessairement au moment où le salarié a connaissance des faits commis par le licenciement et où il est en mesure d'estimer qu'il subit un préjudice..

² V. note. Soc., 9 janvier 1953, bull.,32,p23 ;8 juill 1954,Bull.,n°501,p.375 ;soc.,5 déc.1962,Bull IV,n°874,p.727 ;soc.,5 mai 1965, Bull. IV, p.286.

³ Droit du travail 2^e Edi tome 1, André BRUN et Henri GALLAND Rapport individuels de travail p,865

1. L'évolution de la sanction de la perte illégitime d'emploi et le rôle de l'abus de droit:

217. En France, l'élaboration du droit du licenciement fut progressive. Elle a pris appui sur le corps de règles qui vit le jour, pour l'essentiel, avec la loi du 13 juillet 1973 (loi n°73-680). Sur ces bases, s'est développé un régime complet du licenciement pour « motif personnel » c'est-à-dire inhérent à la personne du salarié mais sur ces bases encore, a prospéré une autre variété de licenciement dont la justification doit être recherchée dans les difficultés économiques ou d'organisation que rencontre l'entreprise¹. Longtemps, la rupture de contrat de travail à l'initiative de l'employeur a été soumise au régime de l'abus de droit. Le contrôle judiciaire de la décision patronale était alors réduit à sa plus simple expression. En outre, il fallut attendre la loi du 13 juillet 1973 pour que soit introduit dans le Code du travail un certain nombre de règles inspirées des principes directeurs du procès. Le droit d'être entendu, celui de se défendre, le droit d'être informé, impriment désormais ce qu'il est courant d'appeler « la procédure de licenciement ». Mais si le législateur a inscrit son dispositif dans la perspective d'une conciliation entre les parties, la pratique a clairement orienté la procédure de licenciement vers la préparation du contentieux judiciaire (prud'homal en France et du tribunal du travail au Mali). L'objet de la contestation porte principalement sur le motif de la rupture qui déclenche la mise en œuvre de procédures destinées à préparer le débat judiciaire².

En France l'article L.1232-6 prévoit l'indication des motifs du licenciement dans la lettre de notification. La loi du 25 juin 2008 souligne que tout licenciement pour motif personnel ou pour motif économique « est justifié par une cause réelle et sérieuse » (art L.1232-1 et L.1232-2). L'art L1235- du même Code dispose qu'il appartient au juge « d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur ». C'est assurément là une des dispositions

¹ Le nouveau droit du travail, François DUQUESNE, p.263

² Idem ,Le nouveau droit du travail, François DUQUESNE,

les plus importantes de la loi de 1973, dont la portée doit être appréciée quant à la notion et quant à la preuve de la cause réelle et sérieuse. Depuis la loi de 1973, de la sanction de l'abus on est passé au contrôle des motifs du licenciement¹. Désormais le licenciement doit avoir une justification ; du licenciement abusif, c'est-à-dire fautif, on est passé au licenciement objectivement injustifié.

218. Au Mali, certes la notion de cause réelle et sérieuse prévue dans la loi française n'est pas directement réceptionnée dans le Code du travail malien. Par contre le renvoi à ce Code par le juge pour qu'il constate le licenciement abusif et aussi l'exigence que l'employeur apporte la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement, nous fait penser à un rapprochement entre les deux droits.

Autrement dit, la définition donnée par le Code du travail malien semble mettre ensemble le droit antérieur à la réforme de 1973 en France (licenciement abusif) et le droit issu cette loi.

S'agissant du droit antérieur de la loi de 1973 ; née en jurisprudence au XIXe siècle, par réaction contre l'individualisme libéral et la conception absolutisme des droits, la théorie civiliste de l'abus du droit devait trouver un domaine d'élection et une formule singulière en matière de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, par suite de l'inégalité des parties en présence et du souci de préserver la stabilité de l'emploi². Aussi bien la jurisprudence se trouvera-t-elle consacrée par la loi du 19 juillet 1928. Aux termes de l'ancien article 23, alinea5, la résiliation abusive par l'une des parties donc singulièrement l'employeur donnera lieu à des dommages-intérêts³. C'est

¹ Mémentos Dalloz, Droit du travail volume 2, rapport individuel du travail, Jean –Maurice VERDIER, Alain COEURET, Marie-Armelle SOURIAU. p 269

² Droit du travail 16^e Ed ,G. LYON-CAEN, Jean PELISSIER, Précis Dalloz,p.267

³ Droit du travail 16^e Ed précité p.267

toujours la solution du droit malien à travers l'article L.51 du Code du travail qui sanctionne le licenciement abusif des dommages-intérêts¹.

Ensuite, le contrôle du juge sur l'exercice du droit de résiliation unilatérale porte depuis bien longtemps sur les motifs animant l'auteur de la rupture du contrat ainsi que sur les circonstances entourant celle-ci. La loi du 13 juillet 1973 a apporté un renouvellement des techniques juridiques mises en œuvre à cet égard.

219. Dès le milieu du XIXe siècle, la jurisprudence avait eu recours à la technique de la rupture abusive : une faute pouvait être commise dans l'exercice du droit de résiliation, cette faute résultait souvent des motifs et aussi, mais plus rarement, des circonstances de la rupture. Elle était sanctionnée par une condamnation à l'auteur de la rupture à des dommages-intérêts. Cette application particulière de la théorie générale de l'abus de droit avait été consacrée successivement par les lois du 27 décembre 1890 (réformant l'art 1780 du Code civil français) et du 19 juillet 1928 (anc.art.23, Liv., I, C.c.tr. français)². Le concept de rupture abusive avait connu un grand développement jurisprudentiel. Pourtant les insuffisances de contrôle de l'abus (notamment au plan de la charge de la preuve) étaient très largement dénoncées par la Doctrine et par des syndicats³.

La loi du 13 juillet 1973 a posé une règle nouvelle : le licenciement doit être fondé sur une cause réelle et sérieuse. Curieusement, cette règle n'est proclamée à titre principal par aucun texte, mais elle résulte nécessairement de l'art L.1232-6 qui fait obligation à l'employeur d'énoncer, « la ou les causes réelles et sérieuses du licenciement ». Et de l'article L.1235-1 selon lequel il appartient au juge « d'apprécier la régularité de la rupture suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur ».

¹ Sous l'égide de la loi du 19 juillet 1928, il apparaissait que la résiliation abusive de la part d'une des parties - et plus spécialement de la part de l'employeur - donnait droit à dommages et intérêts.

² Droit du travail 2^e édition, Tome1, les rapports individuels du travail André BRUN, Henri GALLAND, 1978, éd. SIREY, p.854

³ Cf, Droit du travail de 1978 précité

220. L'employeur ne peut donc en principe rompre le contrat que si cette rupture se justifie par une cause conforme aux exigences légales. La technique de la rupture abusive est dépassée : l'employeur qui licencierait sans cause réelle et sérieuse n'abuserait pas de son droit de résiliation, il en dépasserait les limites¹. Le licenciement ne serait pas abusif, mais irrégulier, ou mieux injustifié.

Donc, la loi du 13 juillet 1973 en France sur la cause réelle et sérieuse a réalisé l'objectivation du motif dont la réalité signifie qu'il est existant. Cette loi a changé substantiellement le droit antérieur fondé sur le régime de la rupture abusive du contrat de travail en faisant de la rupture du contrat un acte causé c'est-à-dire un acte juridique qui, pour être conforme à la loi doit avoir une cause (L.1232-1 du Code du travail)². L'employeur ne peut plus rompre le contrat de travail pour n'importe quel motif ou cause. Il ne s'agit plus d'un contrôle de l'abus dans le licenciement mais avant tout d'un contrôle de la légitimité de ce dernier. Là encore le droit malien est concerné par cette analyse, car le Code du travail dispose en effet que le juge doit contrôler cette légitimité du motif de rupture du travail et qu'il doit aussi vérifier l'exactitude de la motivation.

La loi française de modernisation sociale du 17 janvier 2002 n'a pas modifié ces dispositions légales. La cause réelle et sérieuse dans le licenciement est exigée et laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. A ce titre, l'article 23, alinéa 6 de l'ancien Code précisait que « le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture » du contrat de travail. La Cour de cassation avait interprété ce texte en énonçant que l'employeur était responsable de la bonne marche de son entreprise, le licenciement décidé par ce dernier était donc, en principe, licite.

¹ En ce sens, J, PELISSIER, et DESPAX expliquaient qu' il est en effet classique de distinguer entre la faute commise dans l'exercice même d'un droit et la faute dont se rend coupable celui qui outrepassé les limites de son droit. Seule la première peut être qualifiée « d'abus de droit ».

² Philippe WAQUET, les nullités du licenciement : régimes et conséquences, S.S Lamy. Suppl. N°1164 13 avril 2004.

221. Bien que le Code du travail malien renvoie au caractère abusif et la réparation par le dommages-intérêts, il prend ses distances par rapport à la loi de 1973. C'était au salarié d'apporter la preuve de l'abus du licenciement. Donc comme le Code du travail français, le Code du travail malien exige de l'employeur qu'établisse la preuve de la cause réelle sérieuse du licenciement.

A cet effet, les deux droits font explicitement référence au juge pour vérifier le motif du licenciement. En France l'article L.1235-1 dispose qu'il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux. Le Code malien indique que la juridiction constate l'abus de droit. Aux termes de l'Article L.51: « La juridiction compétente constate l'abus par une enquête sur les causes et les circonstances de la rupture ».Et seulement : « en cas de contestation l'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement ».

De sorte que le juge malien doit vérifier le motif invoqué par l'employeur tout comme son homologue français.

En renvoyant au juge la tâche de contrôler de la légitimité ou l'exactitude de la motivation du licenciement, le droit malien dans ses articles L.51 et suivants ne se distingue finalement du droit français que par l'emploi des mots. Le droit français invoque un licenciement sans cause réelle et sérieuse, quant au Code du travail malien, il indique que le motif doit être légitime ou que la motivation doit être exacte. Ce qui revient au même.

La jurisprudence du tribunal du travail de Bamako montre très explicitement ce rapprochement. Car elle fait référence à la jurisprudence française du 12 février 1981, pour juger la cause réelle et sérieuse du licenciement¹. C'est certainement une façon pour le Tribunal du travail de qualifier le licenciement injustifié avec les mêmes critères que le droit français. En effet, le Tribunal de Bamako a été saisi suite au licenciement d'un salarié absent pendant une longue période de son

¹ Tribunal du travail de Bamako arrêt n°274 RG, n°124JGT du 16-06-2005. Faisant référence à Cass.soc.12 février 1981,n°79-41.264,cah. prud'h.1981-72. Voir document annexe

entreprise sans justification. Il saisit le juge pour faire constater que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse et par conséquent pour demander des dommages -intérêts. C'est ainsi par référence de la jurisprudence française que le juge malien trouve la solution pour qualifier le licenciement du salarié comme fondé sur la cause réelle et sérieuse¹.

222. Ceci montre que les éléments de définition donnés par la jurisprudence française peuvent servir de base juridique pour caractériser la cause réelle et sérieuse du licenciement en droit malien à partir d'un texte qui autorise très largement le rapprochement. Pour cela :

- la cause doit être réelle, ce qui postule l'existence de cette cause. Ainsi l'insuffisance professionnelle ou l'inaptitude du salarié alléguée par l'employeur doivent être vérifiés par le juge et résulter de faits précis et réels imputables au salarié (et non aux circonstances économiques expliquant par exemple par une baisse du chiffre d'affaires). De même la mésintelligence ou la mésentente entre le salarié et l'employeur ou les autres membres du personnel ne peut être une simple allégation de l'employeur mais doit s'être manifestée par des faits permettant une constatation objective. L'incompatibilité d'humeur ne constitue pas à elle seule une cause de licenciement. Seule l'existence de faits ayant provoqué une mésentente durable et persistante, génératrice d'une réelle perturbation dans la marche de l'entreprise dont le salarié est responsable peut justifier le licenciement de ce dernier, le juge devant même rechercher si une autre solution n'était pas possible pour régler les différends personnels. Si un doute subsiste sur l'imputabilité de la mésentente au salarié, le juge fait profiter ce doute au salarié². Le juge malien, s'aligne sur cette appréciation de la

¹ L'absence du salarié ne perturbe pas le bon fonctionnement de l'entreprise (Soc. 5 juin 2001). Même des absences répétées peuvent être discutées devant une juridiction : c'est à l'employeur de démontrer qu'elles sont de nature à nuire à l'entreprise. Si le travail est exécuté dans des conditions normales, rendu dans les délais impartis au supérieur hiérarchique, l'argument de la présence sur le lieu de travail devra être sérieusement argumenté. Une vendeuse sur un stand ou dans un supermarché et un commercial qui prospecte et multiplie les rendez-vous auprès de la clientèle n'ont évidemment pas le même rapport à leur lieu de travail. La présence indispensable au sein de l'entreprise semble logique dans le premier cas, beaucoup plus relatif dans le second

² Mémento Dalloz précité.

jurisprudence française. Par exemple, dans les motifs du jugement du tribunal de travail du 22 juillet 2004¹, les faits sont caractérisés à l'image du droit français. Donc il a oublié la formulation du Code du travail malien.

- la cause doit être sérieuse : cette exigence appelle en principe le juge à dépasser le simple contrôle de la matérialité des faits et le degré de culpabilité du salarié pour apprécier en fonction du trouble qu'apporterait au fonctionnement de l'entreprise la continuation du contrat de travail. Sur cette question le juge malien contrairement à la précédente affaire sur l'absence injustifié, prend une certaine autonomie par rapport au droit français en affirmant qu'à partir du moment où le salarié a causé un préjudice certain à l'entreprise son licenciement est justifié. En effet, par requête en date du 22 juillet 2004 Marstan ELHERS a attiré son ex-employeur la SOMIEX-Sa devant le Tribunal aux fins d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement abusif². Les causes invoquées par l'employeur consistaient en des détournements de fonds de la société. Dans cette affaire, le contrôle du juge s'est porté sur la cause du licenciement qui s'est révélée sérieuse. Et pour renforcer ce contrôle le droit malien permet au juge de faire des enquêtes. Ainsi les faits invoqués doivent être en relation avec l'activité professionnelle du salarié. Par suite des événements extérieurs à celle-ci, survenus en dehors du temps du travail et des lieux de travail, ne sont pas des causes sérieuses. Il en est ainsi même s'il s'agit d'actes immoraux ou illicéités, même s'il donne lieu à des poursuites pénales, sauf s'ils ont sur la vie professionnelles des répercussions suffisamment graves pour rendre impossible le maintien du lien contractuel.

Aussi, les faits doivent être de nature à rendre impossible le maintien du contrat de travail. A ce niveau, il faut distinguer deux catégories de motifs sérieux :

- Motifs tenant à la personne du salarié, ils sont de deux sortes :

¹ V. ci-contre les références du jugement du tribunal de travail de Bamako, n°254 RG

² Cour d'appel de Bamako, Tribunal du travail de Bamako, n°254RG, n°056JGT ; affaire Marstan ELHERS / SOMIKA-SA, objet réclamation des dommages-intérêts

Les fautes d'une suffisante gravité ; il est certain que la faute légère ne suffit plus à justifier le licenciement (par exemple des retard peu fréquents au travail ou la production tardive d'un certificat justifiant une prolongation d'absence).

225. Mais contrairement à l'opinion de certains auteurs, la jurisprudence distingue la faute « sérieuse » justifiant le licenciement et la faute grave faisant en outre perdre le droit de préavis et à l'indemnité de licenciement. La faute sérieuse constitue ainsi une catégorie intermédiaire entre la faute légère et la faute grave.

2. La directive individuelle de l'abus de droit

226. Trois notions ont été utilisées, selon les circonstances, pour caractériser l'abus : l'intention de nuire¹, la légèreté blâmable², et la violation des formes³.

L'intention de nuire se sépare de la légèreté blâmable au point de vue psychologique : tandis que l'intention de nuire suppose une attitude délibérément vexatoire de l'employeur vis-vis du salarié, la légèreté blâmable s'analyse en une imprudence sans mauvaise fois de l'employeur, qui a eu un comportement excessif et a dépassé la mesure en se séparant du salarié.

Ce sont là les critères qui donnent des pistes pour différencier le licenciement sans cause réelle et sérieuse du licenciement abusif.

La chambre sociale a affirmé cette différence dans sa jurisprudence. Une cour d'appel a pu décider que si les griefs d'insuffisance de résultats et de refus de se plier à la discipline nécessaire dans le travail invoqués par l'employeur constituaient un motif réel et sérieux du licenciement d'un cadre ayant dix ans d'ancienneté, ni une mise à pied conservatoire, prise en période de congés

¹ Sic, Soc., 19 févr. 1975, D.S. 1975p, 73, aff. Fleurance, qui depuis 1968 donne lieu à l'indéterminable procédure qui sont relatées dans l'arrêt de la cour de Lyon du 1 juillet 1975, J.C.P. 1976, J18290, note VERDIER. L'employeur avait astreint son comptable Fleurance « à des tâches inutiles et fastidieuses dans le seul dessein de l'amoinrir à ses propres yeux et à ceux de ses camarades de travail ». C'est un exemple type d'abus caractérisé par « l'intention de nuire ».

² Soc. 2 juillet 1975, D.S., p. 195

³ Défaut de consultation préalable d'un conseil de discipline prévu par la convention collective : soc., 30 avr. 1959, D. 1959, somme. 51, IV, p. 129 ; ouest prudhomme., 1959, p. 321

annuels, l'intéressé ne pouvant mettre en péril la société par son activité. La Cour d'appel a donc pu en déduire qu'un tel licenciement avait un caractère vexatoire, source d'un préjudice moral, ouvrant droit à des dommages –intérêts¹. La brutalité du licenciement et les circonstances vexatoires de la rupture ayant causé un préjudice à un salarié, préjudice distinct de celui du licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'intéressé pouvait prétendre à des dommages-intérêts se cumulant avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse².

3. Les applications de l'abus en droit malien

227. En France, la loi du 27 avril 1958 (maintenant L.2141-8) interdisant de prendre en considération l'appartenance syndicale, notamment en matière de licenciement et prévoit expressément la sanction de l'abus qui indique que les dispositions des articles L.2141-5 et L.2141-7 sont d'ordre public. Cette loi a donné un point d'appui à la jurisprudence classique qui, depuis longtemps, jugeait abusive les ruptures déterminées par l'adhésion à un syndicat et aussi l'exercice de l'activité syndicale³. En droit malien du travail on retrouve dans le champ d'application de l'article L.51 du code malien cette sanction de dommages-intérêts, « lorsque le licenciement est motivé par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat déterminé⁴ ».

228. Le congédiement inspiré par le désir de frauder les droits des salariés concernant leur vie professionnelle. Le tribunal du travail de Bamako dans sa décision du 11 mars 2005 donne un exemple d'application en qualifiant le non-respect de la procédure de licenciement à l'intention de nuire de l'employeur. En espèce Madame DIARRA et Monsieur DAKOU ont été en septembre 2003

¹ Cas,soc.21 mars 1991,n°1198 D,SNMI c/Delaforge,2^e moyenne, rejet

² Cass,soc. 21février1995,n°836 D,SARL Holgestion c/Mingasson,2^e moyen, rejet. Voir aussi Cass.soc ;1^{er} avril 1998,n°1840 D,Sté Alcatel TITIN Answare c/ Gourio, rejet

³ Soc.23 mars 1960,bull. IV,n°297,p.234(licenciement peu après une désignation du salarié comme secrétaire syndical)

⁴ V, supra section sur la liberté syndicale

embauché par la Société de gestion minière. Le 06 juin 2001 Madame DIARRA fut licencié pour motif économique¹.

229. Cette dernière a saisi le tribunal du travail pour le contester la procédure du licenciement économique sur le fondement de L. 47 à L.50 du Code travail du Mali. L'abus est constitué à partir du moment où l'employeur ne s'acquitte pas de l'indemnité de licenciement. L'abus de droit apparaît alors comme une notion évolutive et dynamique dont les fondements reposent sur le particularisme de la relation de travail. L'abus de droit ... est un standard juridique au contenu indéterminé révélant sa plasticité et sa malléabilité. Ces qualités favorisent une utilisation adaptée et finalisée de la notion. Son contenu indéterminé est alors déterminable par l'identification de sa fonction en droit du travail². D'où le non-paiement des droits de licenciements de L.47 à L.50 du Code travail constitue l'intention de nuire.

Donc si l'employeur a le droit de licencier il a aussi l'obligation de payer les indemnités. Le contrôle de l'abus ne se fait pas ici par le tribunal du tribunal sur le motif ou sur la procédure du licenciement mais sur le droit du salarié en contre partie de son départ de l'entreprise. Le Code travail malien à travers ces deux textes institue différentes obligations avant tout licenciement pour motif économique.

En effet, L.48 du Code du travail indique que ...le travailleur licencié bénéficie, en dehors du préavis et de l'éventuelle indemnité de licenciement, d'une indemnité spéciale, non imposable, payée par l'employeur et égale à un mois de son salaire brut. Il bénéficie également, dans son ancienne entreprise et pendant deux ans, d'une priorité d'embauche dans la même catégorie.

¹ Tribunal du travail de Bamako n°277RG, n°55JGT du 11 mars 2005 arrêt cité infra sur la réparation de dommages-intérêts.

² Thèse de Auteur : Emilie Letombe sous la direction de Bernard Bossu **Ecole Doctorale 74**
Faculté de Droit de Lille

230. Ce qui importe au salarié c'est le paiement de ces différents droits. Le non-respect constitue une intention de nuire (un abus de droit). L'intention de nuire englobe des réalités très différentes en fonction de la matière à laquelle elle s'applique. L'appréhension et le contenu de la faute commise sont très variables. On se souvient que la chambre sociale avait le 19 avril 1969 affirmé que l'employeur ne peut, sans commettre d'abus, se séparer du salarié qui a présenté une demande relative à sa rémunération¹. Dans les faits jugés par le tribunal de Bamako² on a pu dire que la salariée avait fait trois ans sans salaire. Par ce constat, son employeur était dans une obligation morale soit de trouver une solution avant de procéder à son licenciement, soit de lui payer son indemnité en cas de départ.

C'est encore pour cela que le tribunal du travail de Bamako justifie sa décision en se fondant sur l'article L.50 qui vise la procédure de règlement amiable pour éviter le licenciement, le recours au licenciement sans négocier avec les salariés caractérise une intention de nuire de l'employeur³. Ceci est une procédure coutumière reprise par le Code du travail. Elle consiste pour la partie liée par un contrat à négocier pour trouver une alternative au conflit. Donc il y a une obligation de négocier et de loyauté. En licenciant la salariée dans ces conditions il aurait un abus de droit.

4. La clarification de la réparation :

231. Le législateur français ne prévoit pas la même sanction indemnitaire pour l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Et pour cela, deux textes régissent les modalités de la réparation indemnitaire du préjudice causé par un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le premier ne précise pas la nature de l'illicéité (ex L.1235-3C.trav.) le second qualifie le licenciement sans

¹ Soc., 19 avril 1961, I.G.E. 1962, p.325 ; Soc., 20 décembre 1966, I.G.E. 1966, p.527

² Affaire précitée

³ Article L.50: Les procédures des articles L. 48 et 49 sont écartées en cas de protocole amiable de départ librement et loyalement négocié entre l'employeur et le ou les travailleurs.

cause réelle et sérieuse de « licenciement abusif » art L.1235-5 al 2). Cette équivoque, née de la loi de 1973, n'a pas échappé à de nombreux auteurs¹. Pourtant la loi du 13 juillet 1973 a fait du droit de résiliation jusqu'à alors « non causé » un « droit causé ». Dès lors, comme l'observe le professeur Pélissier, en absence de cause réelle et sérieuse, il n'y a plus, strictement parlé, d'abus de licenciement, il y a absence de droit. Le licenciement n'est plus abusif, il est irrégulier. C'est, par conséquent, à tort et de façon confuse que l'article L.1235-5 du Code du travail vise « le licenciement abusif »².

Si l'on peut ainsi « douter du sens des mots », il ne fait guère de doute, en revanche, que la loi n'a pas absorbé le licenciement abusif dans la notion de cause réelle et sérieuse³. D'une part les deux notions n'ont pas de même nature. La première s'apparente à l'identification d'une illicéité. La seconde constitue une règle de fond que doit respecter l'acte de licenciement ; faute de quoi il est irrégulier. D'autre part, la qualification d'abus conserve un espace résiduel dans le droit commun du licenciement. Indépendamment de l'existence ou de l'absence d'une cause réelle et sérieuse, l'acte peut, en effet, être intervenu dans des circonstances qui relèvent de la conception classique de l'abus de droit : intention de nuire, légèreté blâmable. Le licenciement abusif, qui « réside dans une attitude de l'employeur en un temps proche de la rupture ou dans la manifestation de sa décision » ouvre droit à une réparation indemnitaire distincte de l'éventuelle condamnation prononcée sur la base des arts L1235-3 et L.1235-5 du Code du travail⁴. C'est sûrement pour dire que le licenciement sans cause

¹ Voir, Gérard COUTUTIER, « le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?, droit Soc, 1978, sp. p74, spp. 80

² G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPLOT, droit du travail, 18^e éd., n°407, P360-361. aussi ² Le licenciement peut encore être abusif-stricto sensu, mais dans des conditions assez particulières. Il faut supposer que l'employeur avait le droit de licencier (le licenciement a une cause réelle et sérieuse) et que l'employeur a abusé de son droit en rompant le contrat dans des circonstances inadmissibles : celles-ci portent atteinte à la réputation et à l'honorabilité du salarié (soc. 22 juillet 1981, fr. ouv. 1982, p. 188 ; soc. 14 jan. 1981, Jurs. soc ; U.I.M.M 1981, p. 188 ; Soc. 13 mai 1980, bull. V. 320.

³ En sens contraire, C. Radé, droit du travail et responsabilité civile, LGDJ, 1997, n°43, p. 32

⁴ V. J. GOINEAU, contrat de travail - rupture - licenciement pour motif personnel : condition, spécialement le paragraphe « modalités abusives d'un licenciement régulier ».

réelle et sérieuse ne donne pas la même réparation pécuniaire que le licenciement abusif.

- Pour le salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté, ou travaillant dans une entreprise occupant moins de onze salariés, il y a une réparation importante fondée sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

L'absence de cause réelle et sérieuse crée un dommage qui doit être réparé en fonction du préjudice subi au jour de la rupture. En somme, le droit commun de la responsabilité civile trouve à s'appliquer, à la seule nuance près que le salarié n'a pas à apporter la preuve de l'existence d'un préjudice ; ce dernier résulte nécessairement de l'absence de cause réelle et sérieuse, les juges du fond devant en apprécier l'étendue¹.

232. En effet, les salariés, victimes d'un licenciement sans cause réelle ne peuvent pas tous invoquer les mêmes droits en justice. Les salariés qui travaillent dans des entreprises occupant moins de onze salariés ou qui ont moins de deux années dans l'entreprise ne bénéficient pas des dispositions de l'article L1235-3. Par application de L.1235-5 du Code du travail français, ils auront droit à une indemnité calculée en fonction du préjudice réel que leur a causée le licenciement sans cause réelle et sérieuse². On est dans la logique de la même réparation offerte par l'art L.51 du droit malien pour sanctionner le licenciement abusif³.

C'est le cas par exemple, du licenciement prononcé dans « les conditions vexatoires » et pour un motif dénué de cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir accordé d'une part une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'autre part une indemnité réparant le préjudice moral résultant des circonstances entourant la rupture du contrat de travail, Cass.soc, 05 déc .1995, CSBP,n°77,B35

¹ Cass.soc.,25 septembre 1991, Dr., soc.1991,762,concl.av. G.PICCA

² Les juges du fond ne peuvent pas attribuer une indemnité équivalente à six mois de salaire sans avoir recherché l'importance du préjudice subi(soc.15 mars 1978, bullV, n°187) mais ils peuvent condamner l'employeur à payer une indemnité égale à six mois de salaire dès lors qu'ils précisent qu'il s'agit de dommages-intérêts correspondant à l'importance du préjudice occasionné par le licenciement(soc.10 mai 1978, Gaz.pal.28-29 août 1978, p.11 ; Soc. 19 nov.1988,11mars 1981,D.1982.35,note Karaquillo. Mais une indemnité ne peut être ici prononcée que si existe un préjudice prouvé :soc.2 févr1989,jur.U.I.M.M 89/515,p.192.

³ Cass, soc. 28 janvier 1998,n°420 p, SA SGI Surveillance/Robinet,2^e moyen, cassation, C V n°44, « en vertu de L.1235-5 du Code du travail, les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté dans son entreprise peuvent

- Pour le salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise occupant au moins onze salariés il y a une indemnité spécifique

Le législateur de 1973 s'est essentiellement attaché à ce cas figurant à l'article L.1235-3 du Code du travail. L'idée directrice est de prévenir le risque de licenciement, en prévoyant de lourdes sanctions, mais sans pour autant admettre la réintégration de droit. Voilà pourquoi une fausse alternative est proposée : le tribunal peut en effet proposer la réintégration. Mais l'employeur n'est pas tenu de l'accepter, pas plus évidemment qu'il pourrait l'imposer au salarié¹.

Cette réintégration facultative, sans doute illusoire en absence de statut protecteur, est rarement proposée. Elle n'est pas la conséquence d'un licenciement entaché de nullité. Aussi opère-t-elle sans rétroactivité, donc sans versement d'une indemnité compensatrice de salaire de salaire entre le départ du salarié et sa réintégration, ni maintien de l'ancienneté durant cette période. Il s'agit bien d'une véritable « réintégration » dans le même emploi ou un emploi équivalent.

233. En définitive, la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse est une indemnité dont le montant ne peut être inférieur au salaire des six derniers mois. L'indemnité a donc une double nature : d'une part, elle est une peine privée qui vient sanctionner la violation par le versement d'un minimum forfaitaire, et, d'autre part, elle a pour objet de réparer l'intégralité du préjudice subi par la perte injustifiée de l'emploi, dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond². Sous les mêmes conditions d'ancienneté et de taille de l'entreprise, l'employeur doit en outre rembourser les allocations

prétendre, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi qu'en cas d'inobservation de la procédure de licenciement, à ne indemnité calculée en fonction du préjudice subi. Dès lors, a également justifié sa décision le Conseil de Prud'hommes qui a accordé à un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté une somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et une autre somme non-respect de la procédure.

¹ Droit du travail Antoine MAZEAUD 4^e éd précité, p.361.

² L'ancien art 23 était plus explicite sur les modalités de calcul en mentionnant les usages...la nature des services engagés, l'ancienneté des services combinés avec l'âge. Il n'est pas rare que dans le contexte de crise de l'emploi l'indemnité soit fixée à douze mois de salaire. Il semble que certains juges tiennent compte également de la gravité de la faute de l'employeur, en insistant sur les caractères de peines privé.

chômage aux ASSEDIC, parties au litige sans y être¹. On peut dire que l'employeur a induit un risque, supporté par les ASSEDIC, qui doivent verser les allocations chômage si le salarié ne retrouve pas d'emploi, et qui sont d'une certaine façon victimes par ricochet². L'originalité tient au fait que le remboursement doit être ordonné d'office par le tribunal. Cette automaticité de la condamnation a pu choquer³.

Cette clarification législative française n'est pas prévue par le Code du travail malien parce que dans le texte de l'article L.51 qui dispose que : « La rupture du contrat est notamment abusive dans les cas suivants :

- lorsque le licenciement est effectué sans motif légitime ou lorsque la motivation est inexacte.
- lorsque le licenciement est motivé par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat déterminé ». L'emploi de l'adverbe notamment signifie que le licenciement abusif est composé du licenciement illégitime, du licenciement fondé sans motivation exacte ou de licenciement discriminatoire lorsque le licenciement est motivé par les opinions du travailleur, son activité syndicale, son appartenance ou non à un syndicat déterminé. Donc le licenciement abusif « absorbe le licenciement illégitime » ainsi que le licenciement fondé sur l'interdiction de discrimination syndicale. A partir du moment où l'employeur licencie alors que la cause est illégitime, il abuse de son droit. Par conséquent la faute commise dans l'exercice du droit de résiliation ne rend pas nuls le licenciement ou la démission. Et prévoit à cet effet le dommages-intérêt comme la sanction auxquels s'ajoutent les indemnités de licenciements.

¹ art L1235-3 Code du travail

² Droit du travail A.MAZEAUD précité p.363.

³ En vain il a été soutenu que la procédure était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (procès équitable et égalité de traitement) C.S.S., 18 janvier 1989, D ; 1989, 320, note A.JEAMMAUD.

Alors que la jurisprudence française ouvre la possibilité pour le salarié de prétendre à une indemnité spécifique qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire en l'absence de réintégration. Au Mali, ce sont les dommages-intérêts qui présentent une grande attraction pour le salarié. L'article L.51, pose à ce titre la réparation de principe par équivalent peu importe leur ancienneté et la taille de l'entreprise.

234. La décision du tribunal du travail sur le licenciement de la Dame DIARRA en est une illustration¹. Dans cette affaire, Mme DIARRA a été licenciée pour motif économique en violation des articles L48 et L50 du Code du travail malien² alors qu'elle ne recevait plus son salaire. Pour condamner l'employeur, le tribunal du travail lui octroie 28.145 francs CFA (équivalent de 42€). Cette somme n'est comparable qu'à un mois de salaire. C'est pour dire qu'on est très loin de 6 mois de salaires que le Conseil de Prud'hommes français fixerait pour un salarié qui a plus de deux ans d'ancienneté.

¹ Tribunal du travail de Bamako n°277RG, n°55JGT du 11 mars 2005, op. cit

² Article L.48: Si après l'échéance de ce délai de quinze jours, certains licenciements pour motif économique étaient nécessaires, ceux-ci sont soumis aux règles suivantes:

- 1) L'employeur établit l'ordre des licenciements. Cet ordre tient compte, en premier lieu, des travailleurs présentant des aptitudes professionnelles moindres pour les emplois maintenus. En cas d'égalité d'aptitude professionnelle les travailleurs les plus anciens seront conservés. L'ancienneté dans l'entreprise est majorée, pour établir cet ordre des licenciements, d'un an pour le travailleur marié et d'un an pour chaque enfant à charge au sens de la législation sur les prestations familiales.
- 2) L'employeur doit communiquer, par écrit, aux délégués du personnel, s'il en existe, la liste des travailleurs qu'il se propose de licencier en précisant les critères qu'il a retenus. Il convoque, dans les huit jours de la communication de cette liste, les délégués du personnel pour recueillir leurs suggestions, lesquelles sont consignées dans le procès verbal de la réunion.
- 3) Si l'employeur envisage de licencier pour motif économique un délégué du personnel, il devra respecter la procédure spécifique à ces travailleurs.
- 4) Pour les autres travailleurs l'employeur peut, après la réunion des délégués du personnel visée à l'alinéa 2, procéder au licenciement. Dans tous les cas la liste des travailleurs licenciés et le procès verbal de la réunion susvisée sont immédiatement communiqués à l'Inspecteur du travail pour information.
- 5) Le travailleur licencié bénéficie, en dehors du préavis et de l'éventuelle indemnité de licenciement, d'une indemnité spéciale, non imposable, payée par l'employeur et égale à un mois de son salaire brut. Il bénéficie également, dans son ancienne entreprise et pendant deux ans, d'une priorité d'embauche dans la même catégorie.
- 6) En cas de litige, la charge de la preuve du motif économique et du respect de l'ordre des licenciements incombe à l'employeur.

Les différends individuels du travail concernant la rupture du contrat de travail pour motif économique doivent être examinés prioritairement par les juridictions du travail.
Un arrêté du Ministre chargé du travail fixe les modalités d'application du présent article.

En toute hypothèse, le forfait de six mois de salaire n'est pas prévu par le droit malien. Le droit malien ne reconnaît pas cette réparation. Ce qui est incompréhensible, puisqu'habituellement la jurisprudence malienne, fait référence à la jurisprudence française pour qualifier les licenciements sans cause réelle et sérieuse. Elle aurait dû continuer dans le même sens pour octroyer le même forfait de six mois pour le salarié qui rentre dans le critère d'ancienneté et de taille de l'entreprise. Cette impossibilité à pouvoir prétendre à six mois de salaire est démontrée par le jugement du 30 juin déjà cité. Dans leur réclamation des ex-salariés de S.O.M.I.E.X avaient demandé leur reclassement. Cette possibilité était prévue par la loi du 81-10/ANRM du 3 mars 1981 et 89-85 du 1^{er} novembre 1989¹.

La société étant liquidée, le juge écarte la possibilité de reclassement de salariés. A cet effet, les salariés devraient se contenter des dommages intérêts. Dans l'hypothèse en droit français, le juge aurait contrôlé l'obligation de reclassement de salariés dans le groupe auquel l'entreprise appartient conformément à l'art L1233-4². Au Mali, la solution est l'octroi de dommages-intérêts est la règle. Ce qui écarte l'option sur la question de reclassement.

Article L.50: Les procédures des articles L. 48 et 49 sont écartées en cas de protocole amiable de départ librement et loyalement négocié entre l'employeur et le ou les travailleurs.

L'employeur informe l'Inspecteur du travail du protocole intervenu

¹ Tribunal du travail de Bamako arrêt n°204RG, n°175JGT affaire S.O.M.I.X c/ Brahima DIAKITE, objet Réclamation différentiel et reclassement, 30 juin 2004

² Une décision de licenciement pour motif économique ne peut intervenir que si le reclassement des intéressés dans l'entreprise ou le groupe, s'avère impossible.

En conséquence, avant de commencer la procédure de licenciement, l'employeur est tenu de tout mettre en œuvre pour :

- former et adapter le salarié concerné à l'évolution de son emploi ;
- le reclasser dans l'entreprise (ou dans le groupe auquel elle appartient) dans un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente ou, à défaut, et avec l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure. Une procédure particulière doit également être respectée par l'employeur lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient dispose d'implantations hors du territoire national ; cette disposition, issue de la loi du 18 mai 2010 citée en référence, est entrée en vigueur le 20 mai 2010. Dans les entreprises de 50 salariés et plus l'employeur est, en outre, tenu d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi

Malgré le silence de la loi sur la réparation équivalente à six mois de salaire, le juge malien, comme le fait le juge français devrait adopter une jurisprudence sur cette question.

D - Des indemnités supplémentaires

235. Le droit malien, se démarque aussi du droit français dans certaines hypothèses qui concernent dans l'évolution du contrat de travail. C'est le cas par exemple de l'article L54 qui énonce: « en cas de démission, le travailleur qui compte au moins dix années de services continus dans l'entreprise, aura droit à une indemnité de "services rendus, calculée sur les mêmes bases et dans les mêmes conditions que l'indemnité visée à l'article L.53 ». S'agit-il de la démission du salarié qui respecte les conditions de préavis. Le texte ne dit rien, toutefois on sait que toute rupture abusive donne lieu à des dommages-intérêts à la charge de l'employeur¹.

En renvoyant à L53, l'article L54 accorde les mêmes avantages indemnitaires au salarié qui démissionne².

On est dans une logique de remerciement pécuniaire pour service rendu. C'est à dire que le salarié va quitter l'entreprise par sa propre « volonté ». Son

¹ L1243-3 du Code du travail indique « la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative du salarié en dehors des cas prévus aux articles L1243-1 et L1243-2 ouvre droit pour l'employeur à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi. Cette sanction d'abus est prévue aussi par L39 du Code du travail au Mali Article L39 « : Le contrat de travail à durée déterminée ne peut cesser avant terme par la volonté d'une seule des parties que dans les cas prévus au contrat ou dans celui de faute lourde laissée à l'appréciation de la juridiction compétente. La rupture injustifiée du contrat par l'une des parties ouvre droit aux dommages intérêts pour l'autre partie ».

² **Article L.53:** En cas de licenciement et de rupture de contrat pour cas de force majeure, le travailleur ayant accompli dans l'entreprise une durée de service continue au mois égale à un an, a droit à une indemnité distincte du préavis.

Cette indemnité est calculée en prenant la moyenne mensuelle de la rémunération perçue au cours des douze derniers mois qui ont précédé le licenciement et, en appliquant à cette rémunération moyenne les pourcentages suivants:

- - 20% pour chacune des cinq premières années de travail,
- - 25% pour chaque année de la 6ème à la 10ème incluse,
- - 30% pour chaque année au delà de la 10ème.

La rémunération à prendre en compte pour le calcul de cette indemnité englobe toutes les prestations constituant une contrepartie du travail, à l'exclusion de celles présentant un caractère de remboursement de frais. Dans le décompte effectué sur les bases indiquées ci-dessus, il doit être tenu compte des fractions d'année. Cette indemnité n'est pas due si le licenciement est motivé par une faute lourde du travailleur

employeur, par l'application de la loi, va lui donner une indemnité appelée de service rendu en guise de remerciement. Il y a décalage total du droit malien par rapport au droit français. Donc, il n'y a pas une ressemblance systématique du premier par rapport au deuxième. Au Mali, la législation sociale peut être plus avantageuse pour les salariés que les salariés en France.

En France, peu importe que le salarié ait fait cinq voir vingt ans dans l'entreprise s'il démissionne, il perd tout, mis à part son indemnité de préavis à moins qu'on ne soit dans l'hypothèse de la prise d'acte¹.

236. La base de calcul de cette indemnité de service rendu au Mali est aussi intéressante. Ce texte placé sous une sous-section intitulé de l'indemnité de licenciement et de service rendus ouvre au salarié malien des avantages considérables. Ce texte nous dit qu'en cas : « de licenciement et de rupture de contrat de travail pour cas de force majeure, le salarié ayant accompli dans l'entreprise une durée de service continue au moins égale à un an de, a droit à une indemnité distincte du préavis ». Quant à L.54 qui concerne la démission renvoie au précédant pour accorder cette indemnité lorsqu'il a 10 ans de service rendu dans l'entreprise.

Cette indemnité est calculée en prenant la moyenne mensuelle de la rémunération perçue au cours des 12 derniers mois qui ont précédé le licenciement et, en application à cette rémunération moyenne les pourcentages suivants :

- 20% pour chacune des cinq premières années de travail,
- 25% pour chaque année de la 6^e à la 10^e année incluse
- 30% pour chaque année au-delà de la 10^e année.

La rémunération à prendre en compte pour le calcul de cette indemnité englobe toutes les prestations constituant une contrepartie du travail...

¹ V. ci contre, les avantage liés à la prise d'acte la prise d'acte.

Plusieurs avantages sont déductibles de L53 du Code du travail malien. D'abord, le salarié démissionnaire pourra bénéficier 20% pour chacune de ces cinq premières années de travail, En plus, il gagnera 25% pour chaque année de la 6^e année à la 10^e année incluse. Encore, il aura droit à 30% pour chaque année au-delà de la 10^e année.

En outre sur la base de ce même texte, il a droit à son indemnité de préavis. L'ensemble de ces droits est accordé au sieur TIENOU par ce qu'il a douze années de service. Ce qui veut dire en somme que ce salarié aura le même droit qu'un salarié licencié. Dans une situation comparable en France le salarié démissionnaire n'a pas les mêmes avantages sauf l'hypothèse d'une résolution judiciaire de son contrat de travail. En France pour qu'un salarié démissionnaire puisse prétendre à une indemnité outre l'indemnité de préavis ou de congés payés, il faut que sa démission soit requalifiée en licenciement par le moyen de la prise d'acte¹. Si les faits que le salarié reproche à son employeur justifient la rupture, cette rupture « produit les effets » d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas contraire, la rupture produit les effets d'une démission².

237. De jurisprudence constante, la rupture à l'initiative du salarié doit être « claire et non équivoque » pour recevoir la qualification de démission. Dès lors que le salarié invoque dans la lettre de « démission » des manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles, la jurisprudence considère que la démission n'était pas claire et est équivoque et doit être considérée comme un licenciement.

Ainsi a surgi la notion d'« autolicensing ». Face à cette situation qui lui était imposée, l'employeur adoptait des solutions diverses :

- soit, il constatait qu'en l'absence d'une démission claire et non équivoque, le contrat de travail n'était pas rompu ;

¹ Chambre soc, du 25 juin 2003, Grands arrêts n°86

² Idem, v. aussi mémentos droit du travail, . COEURET J. M. VERDIER, M.A. SOURIAU déjà cité p.241

- soit, il constatait l'abandon de fonctions du salarié et procédait à son licenciement pour faute grave ;
- soit, il constatait que les griefs n'étant pas établis, il s'agissait en réalité d'une démission.

Dans un arrêt du 25 juin 2003, la Formation plénière de la Chambre Sociale de la Cour de cassation a formulé deux principes qui ont remis en cause les pratiques antérieures¹ : « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission ».

Il convient de souligner, que par un arrêt¹⁹ octobre 2004, la Cour de cassation est venue préciser que seuls peuvent être pris en compte les faits invoqués par le salarié au moment de la prise d'acte de la rupture².

Dans un arrêt du 29 juin 2005 publié, la Cour de cassation a précisé en outre que l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur « ne fixe par les limites du litige » car le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans la lettre de prise d'acte de la rupture³.

1. La qualification de la prise d'acte

238. La prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par le salarié peut donc désormais recevoir deux qualifications :

¹ Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-43.578 ; Désormais, lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission (Cass. soc. 25 juin 2003, BC V n° 209).

² Cass. Soc. 19 octobre 2004, n° 02-45.742

³ Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42.804

- soit, les manquements reprochés à l'employeur sont établis et la rupture s'analysera en un licenciement sans cause réelle et sérieuse
- soit, les faits reprochés à l'employeur ne sont pas établis et la rupture s'analysera en une démission, peu important son caractère équivoque.

2. Les effets de la prise d'acte de rupture

239. La prise d'acte de la rupture rompt le contrat de travail. C'est ce que la Cour de cassation indique dans un arrêt du 19 janvier 2005 publié au Bulletin Civil des arrêts de la Cour¹. La Cour de cassation précise, de plus, que la lettre envoyée par l'employeur postérieurement pour imputer la rupture au salarié ou pour le licencier, est sans portée². Par ces arrêts, la Cour de cassation revient en partie sur la position qu'elle avait prise en juin 2003 lorsqu'elle indiquait³ : « l'employeur qui entend contester les fautes qui lui sont imputées ne peut, dès lors qu'il ne se trouve pas saisi d'une démission claire donnée en connaissance de cause, se dispenser de suivre la procédure de licenciement, fût-ce pour faute tenant au caractère infondé des griefs invoqués ».

Cette procédure de licenciement initiée par l'employeur ne semble plus présenter à ce jour de portée puisque c'est la prise d'acte de la rupture qui entraîne la rupture du contrat de travail. Il ne peut, en effet, n'y avoir qu'une seule date de rupture et la dernière position de la Cour de cassation a l'avantage de clarifier ce point.

Néanmoins, rien n'empêche l'employeur de contester les griefs qui lui sont adressés dans la lettre de prise d'acte de la rupture. Cela peut même sembler prudent.

L'employeur ne peut donc échapper au risque que la rupture soit analysée en « un licenciement sans cause réelle et sérieuse ». Mais, le salarié n'échappe pas

¹ Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 02-41.113

² Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 02-41.113 et n° 03-45.018

³ Cass.Soc. 25 juin 2003, 01-43.578

non plus au risque que la rupture soit analysée comme « une démission » avec les conséquences que cela peut avoir sur le respect du préavis et la prise en charge par l'assurance-chômage. Il est évident que la jurisprudence de la Cour de cassation, si elle renonce à une définition restrictive de la démission et oblige l'employeur à adhérer à la rupture, laissera nécessairement les parties dans l'expectative durant le déroulement de la procédure sur l'imputabilité de la rupture. Car, seul le juge pourra apprécier si les griefs adressés par le salarié à son employeur étaient ou non fondés.

Au Mali, on pourrait résumer que les salariés n'ont pas besoin de passer par la prise d'acte. Parce que le code du travail leur donne la possibilité d'avoir des indemnités quand ils démissionnent. Pour cela il faut juste qu'ils justifient dix ans d'ancienneté¹.

¹ Idem

Sous-TitreII :Les sanctions civiles dans les relations collectives du travail au Mali et en France

222. Sont visées dans sous ce titre, les sanctions qui ont pour but d'assurer le respect des droits collectifs des salariés par l'intermédiaire de leur représentant notamment les délégués du personnel, le syndicat. Il concerne aussi le respect des droits des représentants des salariés. Ces organes existent aussi bien au Mali qu'en France. Seront également évoqués les sanctions applicables pour faire respecter les règles encadrant les conventions et accords collectifs du travail qui organisent les conditions de travail et de vie des salariés dans l'entreprise et aussi, le statut protecteur de salarié.

Chapitre I

La sanction de la formation de la convention collective

223. Le Code du travail malien et le du travail français donnent la même définition à la convention collective et des accords collectifs. Les législations garantissent à tous les travailleurs le droit de négociation collective. Ainsi, la convention collective est un accord conclu entre un employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés qui traite des conditions de travail, d'emploi de rémunération et des garanties sociales applicables aux salariés compris dans son champ d'application.

Les conventions et accords collectifs de travail occupent dans la hiérarchie des normes du Droit du Travail un rang inférieur à celui des règles d'origine étatique, mais supérieur à toutes les sources du Droit d'origine professionnelle. L'entreprise du Droit de Travail d'origine étatique n'a pas fait obstacle au développement de la négociation collective qui, suscitée et favorisée par l'Administration du Travail, permet de faire produire par les professionnels eux-mêmes les normes qui les concernent et de dispenser l'Etat de l'omniprésence dans la détermination des rapports de travail.

La République du Mali a ratifié la Convention N° 98 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) concernant le droit syndical et de négociation collective. Le Code malien du Travail conformément à cette convention ouvre aux professionnels intéressés (employeur et travailleurs) un champ d'action très large.

Le contenu des conventions et accords collectifs est relativement libre, sous réserve du respect des règles d'ordre public. Il est cependant patent de constater un déficit de négociation collective au Mali. Les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs ne se sont pas encore résolues à exercer convenablement le droit de négociation collective. En témoigne le nombre relativement limité des conventions collectives en vigueur et dont la liste est établie comme suit :

- Convention collective des ouvriers boulangers de Bamako du 09-10-1948 ;
- Convention collective des chauffeurs africains du 09-03-1949 ;
- Convention collective des entreprises du Bâtiment et des Travaux Publics du 06-07-1956, révisée en 2007 ;
- Convention collective fédérale du commerce du 16-11-1956 ;
- Convention collective de la métallurgie, des industries et de la mécanique générale du 08-10-1957, révisée en 2010 ;
- Convention collective des auxiliaires de transport du 16-12-1957 ;
- Convention collective des Industries Textiles du 17-05-1958 ;
- Convention collective des Industries des corps des gras du 04-07-1958 ;
- Convention collective des Industries Chimiques du 12-07-1958 ;
- Convention collective des Industries Alimentaires du 19-07-1958, révisée 2006 ;
- Convention collective des Transports Publics Routiers du Mali 17-12-1959 ;
- Convention collective de l'Enseignement Privé Catholique du Mali du 20-02-1969, révisée en 2010 ;
- Convention collective des Industries Hôtelières du Mali du 10-03-1974
- Convention collective des Entreprises Pétrolière du Mali du 30-12-1974 ; 2005
- Convention collective des Banques, Etablissement financiers et Assurances, 2006, révisée en 2009 puis en 2011
- Convention collective des Sociétés et Entreprises Minières, Géologiques et - Hydrogéologies en République du Mali du 19-02-1985, révisée en mars 2010 ;
- Convention collective des travailleurs du Transit et Commissionnaires agréés en douane du 05-08-1988 ;

- Convention collective des systèmes financiers décentralisés, révisée Janvier 2006
- la convention collective des CSCOM, révisée juin 2006 ;
- La convention collective de sociétés de gardiennage et prestataires de service, 208.
- La convention collective de la presse malienne 2009 ;

224. La plupart de conventions datent de la période coloniale c'est-à-dire avant les années 1960. On relève dans le rapport sur le respect des normes fondamentales du travail internationalement reconnue, le gouvernement malien refuse d'engager des négociations sur la révision de plusieurs conventions collectives fédérales dans différents secteurs, notamment le commerce, la construction, les travaux publics et l'éducation catholique. Le gouvernement malien refuse systématiquement de procéder à la renégociation des conventions dont certaines datent de 1956¹. En octobre 2007, les travailleurs de quatre entreprise-Morina SA, Somadex, Bloombry Minéral Economics et Analab-exploitant une mine d'or ont lancé une grève commune en vue de revendiquer, entre autre, une prime à la production. Selon la C.S.T.M², les employeurs ont refusé d'engager des négociations préliminaires entre les syndicats et la direction.

La question qui se pose est de savoir quelle est la durée de la convention et accord collectif au Mali.

La convention collective peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée (C.trav. L.70). Lorsqu'elle est à durée déterminée, cette durée ne peut excéder cinq ans, sinon elle est considérée comme une convention à durée indéterminée. On remarque ainsi que le droit malien n'affiche pas de différence par rapport au

¹ Rapport pour l'examen des politiques commerciales du Bénin, du Burkina-Fasso et du Mali par le Conseil Général de l'O.M.C en Genève du 4 octobre 2010

² C.S.T.M : Central Syndical des Travailleurs du Mali

droit français de conventions collectives en général. En France la convention peut être:

- soit à durée déterminée : elle est au maximum de 5 ans. Dans ce cas, la convention et l'accord ne peuvent pas être dénoncés avant le terme. Si à l'échéance, une nouvelle convention n'est pas conclue, l'ancienne continue à s'appliquer pour une durée indéterminée.
- soit durée indéterminée : la convention peut alors être dénoncée par les parties signataires (sous réserve de respecter un délai de préavis). Si la dénonciation émane de tous les signataires (employeurs et salariés), la convention reste applicable jusqu'à la conclusion d'un nouveau texte, ou à défaut pendant un an.
- Si la dénonciation émane d'une des parties des signataires seulement, la convention demeure en vigueur entre les autres signataires. Lorsqu'un texte a été dénoncé et qu'aucun autre ne l'a remplacé, les salariés qui en bénéficiaient conservent les avantages individuels qu'ils avaient acquis (art L. 2261-13 du Code du travail français).

Pour accentuer ce rapprochement au droit français, la convention collective au Mali doit être écrite en Français à peine de nullité. Cela se comprend parce que le Mali est un pays francophone, aussi ce rapprochement se voit dans la sanction de modalité d'application de convention collective et au niveau des actions exerçable (section I et section III). Malgré cet affichage, le droit malien de la relation collective s'applique différemment par rapport au droit français (section II).

Section 1 Le droit à la négociation collective

Deux cas se présentent ici. Le premier est lié à la problématique de qui peut négocier (paragraphe). Quant au deuxième, c'est les conditions d'informations des salariés de la convention et accord collectifs (paragraphe2).

Paragraphe I : Le droit des salariés à la négociation collective

225. C'est vers la jurisprudence ayant trait à la négociation collective que tournera le regard. Il s'agit plus particulièrement de se demander si l'on peut voir dans la nullité d'un accord collectif signé que ce dernier a été négocié ou conclu en violation d'une règle revêtant le caractère d'un principe fondamental. L'attention portera sur la licéité d'un accord collectif négocié et conclu sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives aient participé à la négociation, puis sur la licéité d'un accord négocié et conclu à l'écart des organisations syndicales.

En France, le principe affirmé par le préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail » de même que le droit des salariés à la négociation collective, dont la filiation avec ce principe Constitutionnel a été confirmée par le Conseil Constitutionnel, seraient incompatibles avec la sélection par l'employeur des agents de la négociation collective¹.

Les termes de la discussion sont sensiblement différents en présence d'un accord conclu en dehors des organisations syndicales représentatives. Sera envisagée la seule question de la licéité et de la sanction et des accords conclus en dehors de toute organisation syndicale, cette hypothèse regroupe des pratiques très diverses, qu'il s'agisse d'un accord conclu avec des représentants élus du personnel, d'une proposition de l'employeur soumise à un vote des salariés, ou encore d'un accord conclu avec des salariés sans mandat, notamment dans le cadre d'un conflit collectif.

¹ Voir. En ce sens, Y. CHALARON, « la conduite de la négociation », Dr. Soc. 1990, p. 584, sp. p. 588 ; voir aussi M-L. MORIN, le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, L.G.D.J. 1994, n° 437 et ss, p. 368..

226. Il n'est pas contesté que seules les organisations syndicales représentatives sont aptes à négocier et conclure des conventions et accords collectifs de travail¹. Cette règle résulte du rapprochement des articles L.2132-2 et L.2232-16 du Code du travail². Ces textes du Code français ressemblent à l'article L.70 du Code du travail malien qui indique que : « la convention collective de travail est un accord relatif aux conditions de travail conclu entre d'une part, les représentants d'une ou plusieurs syndicats des travailleurs et d'autre part, d'un ou plusieurs organisation d'employeurs ou tout autre groupement d'employeur ou un ou plusieurs employeur pris individuellement ». D'ailleurs c'est le seul texte malien qui pose ce principe de droit syndical contrairement au préambule de la Constitution française qui en fait mention.

On a pu alors s'interroger sur la sanction civile d'un accord négocié et conclu en dehors des organisations syndicales³. Ainsi Michel DESPAX avait longtemps plaidé en faveur de l'exclusivisme du droit des conventions collectives, « un régime contractuel parallèle ⁴ » et, si il est vrai que l'absence de qualité juridique la partie salariale constitue une irrégularité qui aurait pu fonder la nullité de l'acte. Comme, l'a souligné le Professeur SOURIAU-ROTSCHILD, on a pu pendant longtemps se demander « s'il n'était pas possible de soutenir que la négociation informelle était dépourvue de valeur en ce qu'elle porte atteinte au monopole syndical ». La disposition du Code du travail malien paraît aller dans ce sens. Ce Code dit clairement que la convention collective est signée par le ou

¹ La question du monopole syndicale se voit en effet très discuté en doctrine : voir G.BORENFREUND, « propos sur la représentativité syndicale » Dr.Soc.1988,p.395

² L2132-2 les organisations de salariés constituées en syndicat professionnels sont admises à négocier les conventions et accords collectifs de travail.

L. 2232-16 : la convention ou les accords collectifs d'entreprise sont négocié entre l'employeur et les organisations syndicales dans l'entreprise. Une convention ou des accords peuvent conclu au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissement dans les mêmes conditions.

³ La question de la validité d'un accord collectif conclu dans les conditions irrégulière a été historiquement soulevée à propos de l'exigence d'un agrément ministériel sous le régime de 1946. Dans plusieurs arrêt rendus le 09.03.57, la Cour de cassation considérait que si « si les protocoles(...) n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel, assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, ils n'en constituent pas moins des accords syntagmatiques immédiatement obligatoires dans les termes du droit commun des contrats ».s Cass. Soc.09.03.57, Bull IV,n°292,p.208 et Dr. Soc.1957,p.278,Concl. BLANCHET. Voir aussi M-A.SOURIAU-ROTSCHILD, les accords collectifs au niveau de l'entreprise, thèse, Paris I, pp .708 et SS.

⁴ En ce sens, E.LOISEAU, « accords atypiques et accords dérogatoires » SS Lamy, suppl, n°537,04.02.91, p.7

plusieurs représentant des syndicats des salariés. Est-ce un moyen pour éviter ou prévenir des conflits sur la nature des accords conclus entre employeur et d'autres organisations ? En tout cas la prise de position du législateur malien ne semble apporter aucune dérogation au droit du syndicat à la conclusion des conventions collectives. Et cela depuis la rédaction du Code du travail en 1992, il n'y aurait eu aucun contentieux à ce sujet au Mali. Mais, le problème qui reste posé et qui ne semble pas gêner les destinataires du droit du travail malien est la question de l'absence des représentants des syndicats dans l'entreprise¹. Alors qu'en France, ce n'est plus le cas depuis un arrêt du 14 juin 1984 dans le quel a été expressément écarté l'argument tiré du monopole².

227. Or la France est l'un des pays de l'Union européenne dont le taux de syndicalisation est le plus faible. Les employeurs sont donc souvent confrontés à l'absence de délégué syndical dans leur entreprise, ce qui empêche toute négociation. C'est pourquoi la jurisprudence puis le législateur, à plusieurs reprises, ont mis en place des dispositifs permettant de favoriser la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.

La Cour de cassation, dans l'arrêt *Dame Charles*, rendu par la chambre sociale le 25 janvier 1995, a admis la possibilité pour un syndicat représentatif, dans les entreprises dépourvues légalement de délégué syndical, c'est-à-dire comptant moins de 50 salariés, de mandater l'un d'entre eux afin qu'il négocie et signe un accord collectif avec l'employeur. C'est en effet juridiquement possible, dans la mesure où le Conseil Constitutionnel refuse de reconnaître aux syndicats un monopole Constitutionnel de représentation des intérêts des salariés. Il leur a cependant reconnu, dans sa décision du 6 novembre 1996, une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs », cette vocation naturelle ayant

¹ Voir, la solution dans l'hypothèse du mandat en droit français en matière de l'absence du syndicat pour conclure des accords collectifs développé ci dessus...

² M-A. SOURIAU thèse précitée,

valeur Constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel ouvre la négociation collective aux représentants du personnel ou à des salariés mandatés « dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Il s'agit par conséquent d'une dérogation notable aux articles L.2231-3, L.2232-16 et L.2232-17¹ du Code du travail. Le Conseil Constitutionnel a ainsi validé la loi du 12 novembre 1996, qui reprend l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, et qui autorise, pendant une période expérimentale de trois ans, les entreprises de moins de cinquante salariés dépourvues de délégué syndical (ou de délégué du personnel faisant office de délégué syndical) à conclure des accords avec les élus du personnel ou avec un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative, sous réserve que cette modalité de négociation ait été prévue et encadrée par un accord de branche. Le mécanisme du mandatement a ensuite été repris successivement par les deux lois Aubry. La loi du 13 juin 1998 permet le recours au mandatement dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, sans qu'il soit besoin que celui-ci ait été prévu par un accord de branche, mais uniquement pour négocier la réduction du temps de travail. La loi du 19 juin 2000 autorise également le recours au mandatement et, en deuxième lieu, la négociation avec les délégués du personnel.

228. La Cour de cassation a même jugé que la conclusion d'accord avec des comités d'établissement était constitutive du délit d'entrave, lorsqu'elle avait pour objet et pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour représenter les intérêts des salariés dans la négociation collective². Dans cette hypothèse, l'accord reste valable, la sanction n'est pas la nullité de l'accord, donc pas d'inopposabilité de l'accord.

¹ Texte déjà cité

² Crim.18 nov.1997,Suarez, Dr.soc.,1998,p.409

Paragraphe II : L'inopposabilité

229. Pour entrer en vigueur, une loi doit être publiée. La nature normative de la convention commande l'adoption de règles particulières d'information et de publicité. Ces règles sont aussi obligatoires en droit français qu'en droit malien.

L'accent est mis sur l'information des salariés, d'autant que la convention peut stipuler des obligations à leur charge (période d'essai...). La convention est opposable au salarié en l'absence même de mention dans son contrat de travail (ce qui ne veut pas dire qu'en cas de mention, les clauses favorables s'incorporent au contrat), à condition toutefois qu'il soit informé de son existence et mis en mesure d'en prendre connaissance¹. Elle doit être mentionnée dans le bulletin², et l'employeur doit indiquer par voie d'affichage sur les lieux de travail qu'il tient un exemplaire à la disposition du personnel³.

Pourtant, il n'est pas toujours admis que des clauses de conventions ne peuvent pas légalement être applicable d'où la problématique de l'inopposabilité.

En droit du travail, l'inopposabilité, dont la nature apparaît incertaine, peut être perçue comme un instrument mobilisé afin de protéger le salarié. Si, la validité de l'acte ne se voit pas atteinte, l'inopposabilité opère en revanche sur ces effets. Le salarié peut, pour reprendre la définition proposée par le professeur Cornu, « méconnaissance l'existence de l'acte et (...) en ignore les effets »⁴. En droit du travail, l'inopposabilité se trouve ainsi mobilisée essentiellement pour écarter l'application au salarié de dispositions conventionnelles⁵.

230. Etant admis qu'il s'agit d'une protection du salarié, on est fondé à s'interroger sur le type d'articulation entre le collectif et l'individuel permise par

¹ Cass. soc., 28 février 1996, RJS 4/96, n°8 janvier 1997, RJS 2/97, n°184 ; Dr. soc., 1997, 323, obs. G. COUTUTIER qui s'interroge sur l'adoption d'un régime différent lorsque la clause apporte une restriction à une liberté fondamentale, telle la clause de non-concurrence ; 23 avril 1997, Dr. soc., 1997, 641, obs. G. COTURIER.

² CF section sur le bulletin de paie, la mention de la convention dans le bulletin de salaire vaut reconnaissance de son application au profil du salarié (Cass. soc., 18 novembre 1998, Dr. soc., 1999, 102, obs. J. SAVATIER et 191, obs. A. MAZEAUD ; RJS 1/99, n°74).

³ Sur l'ensemble, art L2262-5.

⁴ Vocabulaire juridique, Ass. H. CAPITANT, éd. 1987, p. 420.

⁵ La Sanction en droit du travail de Mme Manuela GREVY précitée, p. 285.

l'inopposabilité. La manière dont cette dernière est sollicitée éclairement la conciliation opérée entre ces deux dimensions. Si à proprement parler, l'individu n'en est jamais un des termes, en filigrane cependant, la protection de salarié peut être successivement envisagée en tant que titulaire d'un droit et en qualité de personne engagée en tant que titulaire d'un droit et en qualité de personne engagée par l'accord.

Le jeu de l'inopposabilité en matière de clauses conventionnelles instituant un préavis de grève illustre la conciliation entre les dimensions individuelle et collective de la grève. Le salarié se voit protégé en tant que titulaire du droit de grève.

Cette question a été profondément enrichie par un arrêt rendu le 7 juin 1995. Dans cette affaire où était en cause la violation d'un préavis conventionnel de grève, la Cour de cassation avait considéré « qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève Constitutionnellement reconnu et seuls la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux »¹. Illustrant l'essor de l'inopposabilité en droit du travail, cet arrêt livre plusieurs enseignements. En donnant toute sa portée au préambule de la Constitution aux termes duquel « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Cette décision illustre une tendance à la Constitution des règles en droit du travail. Mais au regard de la question qui nous intéresse, la solution adoptée illustre surtout la mobilisation de l'inopposabilité afin de concilier, en filigrane, l'individuel et le collectif.

231. A travers cette décision, se voit réaffirmée l'idée selon laquelle la convention collective constitue un acte collectif qui lie les parties signataires (partie obligatoire), sans engager pour autant les salariés (partie normative). En effet, la Cour de cassation prend soin de préciser « qu'une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice

¹ Cass.Soc .07.06.95,Bull V,n)180 ,p132

du droit de grève »¹. Par conséquent, demeure la faculté pour les organisations syndicales de négocier et de conclure en matière de grève. La licéité de telles clauses fut admise par une partie de la doctrine qui suggérait de distinguer les dispositions prohibitives, et comme telles illicites, du droit de grève de celles encadrant le droit de grève, dont la licéité pouvait être soutenue². La distinction fut d'ailleurs retenue par la Cour de cassation³. Cette jurisprudence ne semble pas mise en cause au regard des engagements que les clauses « d'encadrement » impliquent pour les organisations syndicales signataires⁴. En conséquence, devrait être également maintenue la responsabilité contractuelle d'une organisation signataire de la convention, qui a déclenché une grève au mépris d'une telle clause conventionnelle »⁵.

En revanche, l'arrêt du 7 juin 1995 marque une rupture sur la question, également discutée, de la portée de telles clauses conventionnelles à l'égard de grévistes qui ont participé à un mouvement engagé en méconnaissance de ces dispositions. De nombreux auteurs, rattachant de telles clauses à la partie obligatoire de la convention collective, estimaient qu'elles « ne créent des relations juridiques(...) qu'entre les syndicats (de salarié) et les organisations patronales(ou employeur isolé) signataires ». En conséquence, toute responsabilité des salariés se voyait exclue en théorie.

232. La jurisprudence admettait au contraire la responsabilité de certains grévistes. Toutefois, la solution adoptée était empreinte d'une grande ambiguïté. La Cour de cassation avait longtemps opéré une distinction entre les

¹ V. arrêt précité du 07.06.95

² V. notamment G.LYON-CEAN « négociation collective et législation d'ordre public ».Dr.Soc.1973,p.59,ss,p.99

³ V. par exemple Cass.soc.27.02.74, Bull V,n°140,p.130 : la Cour de cassation considère que « si des modalités d'exercice du droit de grève peuvent être convenues, celui-ci ne doit pas être entravé par des clauses imprécises équivalent à la prohiber » ; Voir aussi Cass.soc.08. 2.83,BullV,n°602,p.432.

⁴ Voir en ce sens , les observations de Mme SOUTIAC supra « il n'est pas sûr que l'arrêt... emporte prohibition absolue des clauses d'attente avant d'attente avant grève. Mettant l'accent exclusivement sur leurs effets à l'égard des salariés, il ne se prononce sur l'engagement que pourraient prendre, pour leur propre compte, les syndicats signataires » en sens contraire cependant, J. DEPREZ, « exercice du droit de grève, RJS 8-9/95,p564

⁵ Cf. Cass.soc. 06.05.60, JCP,1960 ; G .LYON-CAEN, J.PELISSIER, les grands arrêts de droit du travail, éd.1980,n°30,p.68

grévistés « conscients » qui avaient sciemment enfreint l'obligation conventionnelle et les grévistes « simples participants ». Seule la responsabilité au mouvement de grève constituait en ce cas une faute lourde justifiant la rupture du contrat de travail¹. Et pouvait fonder une action de l'employeur en réparation. « L'artifice d'une telle construction » jurisprudentielle avait été souligné par le professeur SOURIAU-ROTSCHILD. En retenant la responsabilité des seuls salariés conscients, la Cour de cassation excluait que ces clauses aient « un effet pleinement normatif » mais créait « une sorte de situation intermédiaire, la clause produisant des effets semi-normatif² ».

L'abandon de cette jurisprudence, les dispositions conventionnelles relatives au droit de grève se voyant désormais inopposables aux salariés, permet d'affirmer le rattachement de ces clauses à la partie obligatoire de la convention collective. La solution adoptée contribue ainsi à asseoir l'idée selon laquelle protègent les droits du salarié et ne heurte pas la nature du droit de grève. L'inopposabilité de la jurisprudence antérieure avec la conception française de la grève avait en effet été soulignée par de nombreux auteurs³. La grève est une liberté individuelle qui s'exerce collectivement. La liberté « d'expression collective », elle n'est cependant pas une liberté syndicale puisque le droit français a écarté toute conception organique de la grève⁴. L'inopposabilité de la clause conventionnelle instituant un préavis de grève conduit la Cour de cassation à renouer ainsi avec les racines historiques du droit de grève.

Aussi, on parlera de l'inopposabilité comme sanction en cas de défaut d'information et de consultation du comité d'entreprise au sujet du règlement intérieur. La jurisprudence a déclaré en effet, dès 1969, inopposable aux salariés le règlement intérieur d'une entreprise non soumise à l'examen préalable du

¹ Cette solution a été adoptée par arrêts rendus les 14 janvier, 5 mai et 6 août 1960, JCP, 1960, II, 11692, observ. De R. LINDON.

² Sanctions en droit du travail de Mme GREVY, précité, p.287

³ Notamment Voir, SOURIAU- thèse précité, p.1000 ; B.MATHIEU, obs. D.1996, JDCE, p.75

⁴ Cf aussi sur le paragraphe : la nullité du licenciement du salarié du fait de la grève

comité¹. L'utilisation de la nullité est plus délicate car il risque de se heurter aux dispositions du droit des sociétés selon lesquelles il n'y a pas de nullité sans texte².

Section 2 Le défaut de mise en œuvre de la procédure de l'obligation de négociation collective annuelle, un vide dans le droit malien

233. La question qu'on pourrait se poser, est celle de la périodicité de la négociation collective. Est-ce qu'en droit malien il y a une obligation de négocier comme c'est le cas en France ?

La négociation peut être suscitée ou favorisée par l'administration du travail. Elle se déroule, en ce qui concerne les conventions collectives de branches d'activité (susceptibles d'extension), au sein d'une Commission mixte dont la composition est fixée par arrêté du Ministre chargé du Travail. Cette commission comprend, sous la présidence de l'Inspecteur du Travail, un nombre égal de représentants employeurs et de représentants salariés (article L. 78 al 2 du Code du travail).

234. L'initiative de la négociation appartient aux organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs ou de travailleurs ainsi qu'au ministre chargé du Travail qui, lui, a seule qualité pour provoquer la réunion de la Commission paritaire de négociation. Le Code ne fixe pas de modalités de négociation. Mais il est loisible que des propositions soient soumises par une des parties (notamment celle qui a pris l'initiative) à l'autre pour examen et présentation de contre-propositions. Le Code malien du travail ne prévoit pas l'obligation de négocier. En France il y a l'obligation de négocier qui s'impose à l'employeur conformément aux articles L.2242-1 et suivant du Code du travail). C'est la principale innovation de la loi du 13 novembre 1982, l'obligation de négocier a

¹ Cass.soc. 4 juin 1969.Dr.soc. 1969,p.515.

² idem

pour objet, dans le cadre de mise en œuvre d'un droit nouveau des travailleurs, de rendre ces derniers acteurs et partie prenante dans la détermination des éléments essentiels de leur vie quotidienne. Elle est liée à la présence d'une ou plusieurs sections syndicales dans l'entreprise.

Certes l'obligation de négocier ne signifie pas l'obligation de conclure. Il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat. Toutefois l'intention du législateur est de faire régler les questions essentielles pour la vie quotidiennes des salariés par la voie de la négociation et non plus comme au paravent par la décision unilatérale du chef d'entreprise, et des précautions ont été prises pour que celle-ci ne puisse se substituer à une négociation en cours. Les termes sur lesquels porte cette obligation de négocier sont le « noyau dur » de la vie de l'entreprise en France. Il s'agit du salaire effectif, la durée effective du temps du travail, l'organisation du temps du travail (notamment l'augmentation du temps du travail à la demande des salariés) de la qualification.

236. Dans son ouvrage consacré à l'industrie au Mali, Alain Maharaux relève que « les revendications et les discussions des délégués du personnel portent non seulement sur les salaires, mais aussi sur les problèmes sociaux des ouvriers, ou plutôt sur les contingences sociales. Ce sont les mariages, baptêmes, enterrements... qui prennent une place si importante dans la vie des maliens. Ainsi à la SONATAM, les ouvriers ont dû former une délégation pour assister aux cérémonies ; deux délégués par section constituent cette délégation, composée de huit à dix personnes, qui s'en va sacrifier aux rites sociaux une fois par semaine pendant les heures de travail ». Ceci ne figure nulle part dans le Code du travail.

Une telle situation s'explique par le rejet de textes totalement décalés par rapport à la culture et aux réalités africaines. Perçus non pas comme un moyen de régulation, mais plutôt comme une force de désintégration, les Codes du travail modernes ne sont pas bien reçus par le corps social africain. Le droit

n'est rien d'autre que la traduction sur le plan normatif d'une certaine vision du monde.

237. En France, sur le plan civil tout d'abord : par hypothèse,

- Est fautif l'employeur qui n'engage pas la négociation ou qui ne respecte pas les obligations mises à sa charge (par exemple : la non fourniture d'informations ou le fait de ne pas respecter le calendrier). Il est alors civilement responsable du préjudice subi par les salariés et les syndicats et il pourra être condamné au versement de dommages et intérêts. Mais cette sanction n'est pas très efficace et surtout elle n'intervient que tardivement. Dans ce cas, il est plus opportun de rechercher une solution du côté du juge des référés. Celui-ci peut faire cesser le trouble en ordonnant par exemple sous astreinte la production des informations nécessaires ou l'ouverture des négociations.

- Est aussi sanctionnable civilement l'employeur qui arrêterait des décisions unilatérales pendant les négociations. Le point de départ de la négociation a été fixé par l'arrêt de la chambre sociale Mutuelles du Mans du 29 juin 1994 : il s'agit de la date de la convocation par l'employeur de toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. La fin des négociations est celle prévue par le calendrier fixé lors de la 1^{ère} réunion.

238. Mais ces sanctions ne sont pas toujours de nature à assurer réellement l'ouverture de négociations. Pour rendre plus effectif l'obligation d'entamer des négociations, le législateur a recours à une autre voie : celle des sanctions financières : ainsi la loi du 17 décembre 2008 vient sanctionner les entreprises de plus de 50 salariés n'ayant pas entamé des négociations sur l'emploi des seniors avant le 1^{er} janvier 2010, ces entreprises se verront imposer des pénalités fixées à 1% de la masse salariale. (L.138-24 CSS).

De même, en matière de négociations salariales, la loi du 3 décembre 2008 prévoit qu'au niveau des branches, le 1^{er} janvier 2011 au plus tard, le montant de la réduction générale des cotisations sociales patronales sera également

minoré si le premier niveau de la grille salariale de branche dont relève l'entreprise est resté inférieur au smic au cours des deux années précédentes : le calcul de l'allègement s'effectuera alors sur la base du salaire minimum conventionnel et non pas sur le smic.

De même, cette loi prévoit que les entreprises qui n'auront pas respecté l'obligation de négociation annuelle sur les salaires, verront leurs allègements de charges sociales réduits de 10% et même supprimés si l'obligation n'a pas été remplie 3 années de suite. (L.241-13 CSS). Ces sanctions financières sont sans aucun doute véritablement de nature à rendre effective l'obligation de négocier. Pour cela, certaines actions sont possibles.

Section 3 Les actions exerçables

Les actions susceptibles d'être intentées tendent à obtenir, soit la nullité, soit l'interprétation, soit l'exécution de la convention ou de l'accord.

Paragraphe I : La sanction du défaut d'affichage et d'information de la convention collective applicable : un droit du salarié

240. Il résulte de la combinaison des articles R.2262-1 et R.2262-2 du Code du travail français que l'employeur tient un exemplaire à jour de ces textes à la disposition des salariés sur le lieu du travail ; et affiche la convention collective aux emplacements réservés aux communications destinés au salarié. Depuis un arrêt du 31 mars 1989, le défaut d'affichage et le non-respect d'information des salariés de la convention collective sont sanctionnés par inopposabilité des dispositions conventionnelles en cause¹.

Cette jurisprudence marque une évolution. En effet, la solution désormais retenue avait été écartée dans un arrêt antérieur. Un salarié reprochait à une cour

¹ Cass .Soc.31.05..89, Bull. Civ, n°412,p249, D. n°1991, SC,p,152 observation. GOINEAU

d'appel d'avoir jugé applicable les dispositions d'une convention collective nationale alors que « n'ayant été affichée ni dans les lieux du travail, ni dans les locaux et à la porte où se fait l'embauche, cette convention collective ne pouvait être valablement invoquée à l'encontre du personnel de l'entreprise » pour rejeter le pourvoi, la Cour avait considéré sans ambiguïté « qu'aucune inopposabilité des dites conventions n'est prévue dans le cas d'inobservation des prescriptions 31u » le défaut de publicité ouvrait droit en revanche au salarié des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant, par exemple pour des salariés de n'avoir pas été en mesure de réclamer l'intégralité des salaires et primes d'ancienneté en raison du non-affichage de la convention collective applicable¹.

Paragraphe II : La nature des sanctions : la nullité, soit l'interprétation, soit l'exécution de la convention ou de l'accord

241. On a de multiples dispositions du Code du travail français qui prévoient ces actions :

D'abord, l'article L2262-9 du Code du travail dispose : « Les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par une convention ou un accord, peuvent exercer toutes les actions en justice qui en résultent en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer ».

- Ensuite L. 2262-10 du Code du travail suit cette logique d'action en indiquant que « Lorsqu'une action née de la convention ou de l'accord est intentée soit par une personne, soit par une organisation ou un groupement, toute organisation ou tout groupement ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par la convention ou l'accord, peut toujours intervenir à l'instance engagée, à

¹ Cass.Soc.,29.05.79,Bull V,n°467,p.342.

raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut présenter pour ses membres »¹.

- L2262-11 assure cette action « Les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord ».

- En outre L2262-12 va dans le même sens en indiquant que « Les personnes liées par une convention ou un accord peuvent intenter toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres personnes ou les organisations ou groupements, liés par la convention ou l'accord, qui violeraient à leur égard ces engagements ».

242. Du côté malien, l'article L.89 du Code du travail dispose que : « les personnes liées par une convention collective ou un accord d'établissement peuvent intenter une action en dommages - intérêts aux autres personnes ou aux groupements liés par la convention qui violeraient à leur égard les engagements contractants ».

Les différentes actions qui peuvent être mise en œuvre sont réparties entre l'action contractuelle(A) et l'action en nullité(B).

A- L'Action en exécution de la convention collective

243. En France le Code travail prévoient les diverses modalités de saisine du juge en matière d'application des conventions et accords collectifs (de L.2262-1 à L.2262-12). Ces mêmes modalités sont prévues par L89 en droit malien.

¹ V ; section sur l'action des syndicats pour défendre l'intérêt collectif de la profession

Les titulaires ces actions sont d'une part, les parties signataires qui demandent l'applicabilité de la convention. En effet, selon L.89 du Code du travail malien, place sous (La section V) intitulé exécution de la convention du Code du travail, dispose: « les personnes liées par une convention collective ou un accord d'établissement peuvent intenter une action en dommages - intérêts aux autres personnes ou aux groupements liés par la convention qui violeraient à leur égard les engagements contractants ». Ce texte paraît comme une copie de l'ancien L. 12262-9 du Code travail français qui permet d'abord aux organisations ou groupement dont les membres sont liés par une convention ou un accord collectif de travail, d'exercer toutes les actions qui naissent du chef de leurs membres. A cet effet, les syndicats liés par un accord collectif d'intenter contre les autres syndicats liés par l'accord collectif, toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés (C. trav. L. 2262-11). Cette action, dite « contractuelle » est réservée aux seuls signataires de l'accord collectif. D'autre part, les syndicats non signataires d'un accord collectif sont recevables à en demander l'exécution en justice, alors même que cet accord n'est pas étendu. En 2001, la Cour de cassation a étendu ce droit aux syndicats non signataires sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail. Ce texte permet, en effet, aux syndicats professionnels d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de la profession¹. Mais, cette solution était soumise à la condition que l'accord collectif soit étendu, c'est-à-dire rendu obligatoire à tous les employeurs et salariés compris dans son champ d'application.

244. Dans un arrêt du 3 mai 2007, la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence et ouvre désormais cette action aux syndicats non signataires même lorsque l'accord collectif n'a pas fait l'objet d'un arrêté d'extension. La Haute Cour juge en effet qu' « indépendamment de l'action réservée par l'article L. 2262-11 du Code du travail aux syndicats liés par une convention ou un

¹ Cass. soc., 12 juin 2001, no 00-14.435

accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander, sur le fondement de l'article L. 2132-3 de ce Code, l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession ». Les syndicats non signataires d'un accord non étendu peuvent donc désormais en demander l'exécution en justice sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail, à condition que leur action ait bien pour objet la défense de l'intérêt collectif de la profession et non des intérêts individuels des salariés¹. Au niveau du droit malien, à partir du moment où, le Code du travail prévoit l'existence de cette action, on pourrait dire, que le syndicat sur le fondement de cette action peut aussi demander l'application de la convention. Seulement, si cette action a pour finalité de défendre l'intérêt des salariés. Ainsi pourrait-on invoquer l'article L.90 du Code du travail malien: « Lorsqu'une action née de la convention collective ou de l'accord d'établissement est intentée soit par une personne, soit par un groupement capable d'ester en justice dont les membres sont liés par la convention ou l'accord, le syndicat peut toujours intervenir à l'instance engagée à raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut présenter pour ses membres ».

245. Aussi, action individuelle en dommages-intérêts ou en exécution (astreinte) ; permet à tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause de la convention collective qui lui est applicable². Après avoir hésité à s'engager dans cette voie, la jurisprudence reconnaît, du moins lorsqu'ils sont assez précis, l'efficacité juridique des engagements conventionnels par lesquels, moyennant certains sacrifices des salariés, l'employeur s'engage à maintenir les emplois voire un site de production. L'inexécution de cette obligation est source de responsabilité contractuelle³. Elle peut donner lieu, sur demande, au versement de dommages-intérêts aux salariés

¹ Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340

² Soc ;24 septembre 2008,D 2009,1393.

³ Soc ;1 avril 1997,Dr.soc.1997.646

concerné¹. Dans l'hypothèse d'un licenciement, il semble que, comme l'a précisé la Cour de cassation à propos des garanties d'emploi contractuelles, le juge n'est pas pour autant dispenser d'examiner la cause du licenciement et d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciements. D'où un possible cumul d'indemnité mais sans automaticité².

B- L'Action en nullité

246. On retrouve dans cette action, les sanctions classiques applicables à la convention et accord collectifs comme contrat. C'est la même sanction qu'on retrouve aussi bien en droit malien qu'en droit français. Ainsi, la nullité d'une convention ou d'un accord collectif peut être invoquée en cas d'incapacité à conclure, c'est-à-dire lorsque la représentativité de l'organisation signataire peut être mise en cause ou lorsqu'il y a défaut d'habilitation des signataires (C. civ. art. 1108)³. Elle peut également être invoquée en cas de vices du consentement (violences, dol) (C. civ., art. 110. De même, une convention ou un accord collectif contenant des dispositions dérogeant à l'ordre public absolu peut entraîner sa nullité (C. trav, art. L. 2251-1). Aussi, l'arrêté d'extension d'une convention ou d'un accord collectif peut être annulé. Pour cela, il doit faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat dans les deux mois qui suivent sa publication. L'annulation peut avoir lieu lorsque cet arrêté contient un vice de forme, des clauses illégales ou bien lorsque la validité même de l'arrêté est contestée. Dans cette situation, le juge administratif doit surseoir à statuer et renvoyer à l'autorité judiciaire l'examen de la question préjudicielle⁴.

¹ Soc ;22 janvier1998,Dr.soc.1998,292

² Mementos, droit du travail vol1, 15^e éd, jean-mauris VERDIER, Alain, COEURET, Marie-A.SOURIAC, Dalloz,p233

³ Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

⁴ CE contentieux, 7 mars 1986, n° 48455

C- L'action en interprétation

247. Lorsque le juge est saisi d'une action en interprétation, il doit selon les règles d'interprétation des contrats, rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (C. civ., art. 1156). Cette interprétation souveraine des juges est soumise au contrôle de la Cour de cassation¹. Lorsqu'une clause d'une convention ou d'un accord collectif est susceptible d'avoir deux sens, on doit l'entendre dans le sens qui lui donne le plus d'effets (C. civ., art. 1157). Les termes doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière de la convention ou de l'accord (C. civ., art. 1158). Une action en interprétation d'une convention ou d'un accord collectif de travail peut être intentée à titre principal, c'est-à-dire en dehors de tout litige né ou actuel². L'action en interprétation d'une convention ou d'un accord collectif peut aussi être incidente. La question de l'interprétation est alors soulevée à l'occasion d'un litige. De même, les parties à une convention ou à un accord collectif de travail peuvent prévoir que l'acte sera interprété par une commission paritaire d'interprétation (C. trav, art. L. 2232-9). Dans certains cas, l'institution de commissions paritaires d'interprétation est une obligation ; c'est notamment le cas pour les conventions de branche et les accords professionnels ou interprofessionnels. Toutefois, le demandeur à une action en interprétation d'une convention collective n'est pas obligé de saisir la commission paritaire d'interprétation avant de saisir le tribunal. Le tribunal peut, afin d'obtenir l'avis de la commission paritaire, surseoir à statuer lorsqu'il est saisi d'une action en interprétation. Cet avis ne lie pas le tribunal sauf si la convention a prévu que l'avis aura la valeur d'un avenant³.

¹ , Ass. plén. 26 avril 1991, n° 87-43.726 et V. infra Titre 2 sur les sanctions administratives aussi

² Cass. soc. 6 décembre 1979, n° 78-11.562

³ Cass. soc. 11 octobre 1994, n° 90-41.818.

Chapitre II

Les sanctions civiles liées aux libertés collectives des salariés

248. Depuis 1884 les syndicats peuvent se constituer librement, ils sont les 1ères portes paroles des salariés dont ils défendent les intérêts (section I). Au cours du XX siècle, d'autres organes de représentation sont apparus, certains élus par les salariés (délégués du personnel 1936 et comité d'entreprise en 1945) et d'autres sont mis en place par les syndicats (section syndicat 1968) (section II).

Section 1 La Sanction de la violation de la liberté syndicale

249. L'article 20 de la Constitution du Mali consacre la liberté syndicale : « la liberté syndicale est garantie. Les syndicats exercent leurs activités sans contrainte et sans militer autres que celles prévues par la loi ». Les mêmes garanties se trouvent à l'article 21 en ce qui concerne le droit de grève. La question de l'exercice de la liberté syndicale est un composant important du droit pénal¹. Pour comprendre, la question sur la liberté syndicale, il convient d'étudier son évolution (paragraphe1), la nature des sanctions en cas de violation de cette liberté (paragraphe2) et le droit d'action pour sanctionner les coupables (paragraphe3).

Paragraphe I : L'évolution de la liberté syndicale en France et au Mali

250. La grande loi du 21 mars 1884 marque une étape décisive, car elle réalise la réforme qui permet les autres réformes. Elle reconnaît la liberté d'association professionnelle, ce qui signifie que les travailleurs comme leurs employeurs étaient en droit de former des syndicats. A partir de là, la pression salariale fut un facteur capital : les lois, rarement préparées et délibérées, ont été souvent adoptées dans un climat d'agitation pour céder à la revendication et éviter le pire.

¹ voir 2eme partie sur les sanctions pénales notamment chapitre sur les délits d'entraves.

Si en France, la première loi sur la liberté syndicale date de 1884 et la première bourse du travail de 1886 (création par le conseil municipal de Paris), en Afrique occidentale, il a fallu attendre 1920 pour que les africains jouissant de la citoyenneté française soient autorisés à créer des syndicats. La citoyenneté étant limitée à quelques communes du Sénégal, de véritables syndicats ne purent voir le jour.

Les bénéfices du décret de 1937 sur les syndicats professionnels ont été étendus à l'AOF. Mais pour adhérer à un syndicat, il fallait être titulaire d'un certificat d'études primaires, ce qui entraîna une discrimination qui limita la portée de ce décret.

251. Finalement ce sera sous les effets conjugués de la conférence de » Brazza (30 janvier - 5 février 1944) et de l'OIT que le gouvernement français va consentir à lever les obstacles à l'exercice du droit syndical.

Le décret du 07 août 1944 institua une liberté totale dans l'exercice du droit syndical. C'est ainsi que fut créée l'Union Régionale des Travailleurs du Soudan qui prendra plus tard le nom de l'Union Territoriale des Travailleurs du Soudan. En 1963, le 3^{ème} de l'Union Nationale des Travailleurs du Soudan (fusion des Unions Territoriales du Soudan et du Sénégal) devint le congrès constitutif de l'Union Nationale des Travailleurs du Mali (UNTM)¹.

Depuis l'avènement du multipartisme intégral en 1991, l'unité syndicale s'est effondrée et de nombreux syndicats ont vu le jour. UNTM, CSTM, les syndicats

¹ On rappelle que le Soudan occidental est l'ancienne appellation du Mali avant les indépendances.

autonomes etc.¹. Article L.5 du Code du travail est le fondement de la présence syndicale dans l'entreprise².

On distingue parmi les règles juridiques relatives aux syndicats :

- celles qui protègent la liberté syndicale ;
- celles qui protègent leur statut de personne morale ;
- - celles qui régissent leur action.

Paragraphe II : La nature de sanction de la violation de la liberté syndicale

252. Le régime juridique des syndicats est dominé par la liberté syndicale. La liberté syndicale est une liberté publique fondamentale. Elle est garantie aussi bien sur le plan national (en France et qu'au Mali) qu'international.

La liberté syndicale est garantie par de la convention 87 de l'O.I.T³, par les conventions sur le droit d'association, sur la liberté syndicale, et par la plus part des Constitutions africaines. La législation française et la législation malienne protègent cette liberté dans ses différents aspects :

- la liberté de choisir son syndicat conformément L256 du Code du travail malien et L2141-1 du Code français⁴,
- la liberté de se retirer d'un syndicat,

¹ Comme il n'y a pas de texte de portée générale qui énumère les confédérations représentatives à ces deux niveaux(niveau national et interprofessionnel en France), les juges se réfèrent à un... arrêté (!) du 31 mars 1966. Sont ainsi visées, en tant que confédérations de salariés¹, la CGT, la CGT-FO, la CFDT¹, la CFTC et, *pour les cadres*, la CFE-CGC¹V. Cass. soc., 9 déc; 1982 : Bull. civ. V, n° 700, p. 516.- Cass. soc., 19 nov. 1986 : Bull. civ. V, n° 546, p. 413.

² Selon L5 du Code du travail : « Dans les entreprises les travailleurs bénéficient d'un droit à l'expression sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation du travail à travers les institutions représentatives des travailleurs ».

³ Art 87 de la convention O.I.T sur la liberté et l'exercice du droit syndical : « Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières ».

⁴ Article L.256: « Tout travailleur ou employeur peut adhérer librement à un syndicat de son choix dans le cadre de sa profession Le chef d'entreprise ou ses représentants ne devront employer aucun moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque ». Et L2141-1 : « Tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix et ne peut être écarté pour l'un des motifs visés à L 1132-1 ».

- la liberté de constituer un syndicat,
- la liberté d'action du syndicat¹.

253. Ces libertés doivent être protégées, tantôt contre l'employeur, tantôt contre le syndicat lui-même, et contre l'Etat. En effet, au Mali, l'article L.257 du Code du travail indique que: « il est interdit à tout employeur de prendre en considération les opinions, l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement. Toute mesure prise par l'employeur contrairement aux dispositions des alinéas précédents, sera considérée comme abusive et donnera lieu à des dommages-intérêts». Se pose ainsi, la sanction de non-discrimination syndicale. Sanction qu'on retrouve en droit français.

En France, la discrimination antisyndicale est prohibée par l'article L2141-5 du Code du travail, en vertu duquel « il est interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauche, la conduite et la répartition du travail, (...), les mesures de discipline et de congédiement. Cette forme de discrimination est également écartée, de façon plus étroite, par les dispositions de l'article L1132-1 du Code du travail qui prohibent les décisions relatives à l'embauche, la discipline et le licenciement prononcées en raison des « activités syndicales » du candidat ou du salarié. Or, alors que le premier de ces textes français qualifie la mesure discriminatoire

¹ L2141-7 : « il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale ».

d'« abusive » et prévoit une réparation indemnitaire du préjudice¹, le second affirme la nullité de plein droit de toute disposition ou tout acte contraire².

255. Le non-respect du premier texte français sanctionné par l'article L.2141-8 prévoit la même sanction que celle du droit malien, à savoir l'octroi du dommage intérêt. On voit que le droit malien accommode avec une certaine mesure la sanction du droit français pour protéger le salarié. Surtout quand il s'agit de la sanction dont les violations ouvrent droit à la victime des dommages-intérêts. Mais quand l'illicéité est sanctionnée par la nullité, le droit malien s'écarte du droit français. Cela pourrait s'expliquer par les difficultés relative aux conséquences de nullité qui ouvrent en droit français la possibilité d'un minimum de 6 mois de salaire et autres avantages³.

Au Mali, on se contente de dire, que le salarié a droit aux dommages-intérêts qui seraient facile à octroyer aux salariés. Et surtout moins coûteux pour les entreprises qui n'ont pas trop de moyens financiers. Cette difficulté de moyen parait justifier la coexistence de deux textes en France.

La différence de protection du droit syndical ne vient pas à ce niveau entre le droit malien et le droit français, mais au sein même du Code français. En effet deux dispositions qui sont aujourd'hui en vigueur et l'objet se recoupent au moins partiellement, se voient ainsi assorties d'une sanction civile de nature différente. Si l'on s'en tenait à une lecture mécanique, elle pourrait conduire à suggérer que la nature de la règle en cause est également différente. Chacun s'accorde à admettre qu'il n'en est rien, d'autant que le texte de L.2141-5 du Code français a un caractère d'ordre public selon les termes mêmes du législateur⁴. La discrimination en raison de l'appartenance ou de l'activité

¹ Cf. art. L2141-8 « les dispositions de L2141-5 à L2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions applicables est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts. Voir notamment Cass.soc.16.05.69,JCP,1970, 16028, note J-M VERDIER ; Cass. Soc.03.05.72, Dr. ouvr.1973,p211 ; Cass.soc,4. .69,Dr Ouvr.1970,P52

² Cass. Soc 17.07.1958, Dr. Ouvr.1960.p 392

³ Cf. sur la réparation par équivalent paragraphe sur la réintégration.

⁴ Voir ;L2141-4 précité

syndicale porte atteinte à la liberté syndicale ; la sanction civile des actes discriminatoires est la nullité¹.

Cette contradiction entre les deux textes dont le professeur Borenfreud l'a souligné qu'elle participe à l'opacité des règles en droit du travail ²n'exprime sans doute pas une perception incertaine du législateur quant à la nature de la règle en cause mais trouve plutôt sa source dans l'histoire des textes³. Il n'en demeure pas moins qu'elle illustre la nécessité de confronter l'enseignement livré par la sanction à une réflexion sur la source et le contenu même de la règle.

Paragraphe III : L'action des syndicats

256. La capacité juridique, reconnue aux organisations syndicales, se traduit de façon très classique par une capacité à contracter, à acquérir, à défendre en justice leurs droits patrimoniaux vis-à-vis des adhérents ou des tiers. En France, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent (article L.2132-3 du Code du travail). Ainsi, les syndicats de salariés peuvent exercer toute action en justice pour défendre leur intérêt collectif lorsque celui-ci est en jeu à l'occasion d'un litige. Ils peuvent le faire, soit à titre principal, soit ou à titre accessoire c'est-à-dire aux côtés d'un ou plusieurs salariés. Une seule condition est requise : l'existence d'un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif dont le syndicat est chargé.

- Qu'entend-t-on par intérêts collectifs de la profession ?

¹ D.1988,chron n°27.,p.68.

² Dr.soc.1996,p ;461,sp ;p.465

³ La sanction de l'abus du droit a été instituée par la loi du 27 avril 1956 qui demeurant, présentait un progrès par rapport à l'état du droit antérieur, silencieux sur cette question. L'adoption de la nullité en 1982 dans L122-45 du Code du travail traduit une diffusion des débats doctrinaux et judiciaires sur la sanction civile de la violation des libertés et droits fondamentaux. On rappelle que le Mali est une colonie française jusqu'à 1960. Il aurait dû opter pour le texte adopté en 1982 par rapport à celui de 1956. Mais comme on a souvent dit le législateur malien opte pour les sanctions de dommages intérêts.

En règle générale, le seul fait que la législation sociale n'ait pas été respectée justifie l'action du syndicat. Il a ainsi été jugé que : un syndicat peut demander réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession pour défaut de consultation du CE¹. En matière d'entrave au fonctionnement du CE, la Cour de cassation évite pratiquement aux Organisations syndicales d'avoir à prouver l'atteinte aux intérêts collectifs de la profession. Elle considère, depuis l'arrêt MICHELIN de 1959 que le fait, de porter une entrave au fonctionnement du CE, est par lui-même constitutif du préjudice subi par l'ensemble de la profession, si celui-ci est prouvé.

Pour être recevable à agir, le syndicat doit avoir déposé ses statuts et le nom des dirigeants avant le début de l'instance en préfecture (Cass. Sociale 13/3/1980 CFDT contre Dailly). Le syndicat doit apporter au tribunal la preuve du dépôt des statuts. Si l'action est entreprise par un délégué syndical, celui-ci doit justifier qu'il est habilité à agir au nom du syndicat². Il doit être porteur d'un mandat antérieur au jugement³. Remarque : le mandat peut être remis au plus tard le jour de l'audience.

258. Au Mali, les syndicats professionnels jouissent de la personnalité civile. Ils ont le droit d'ester en justice et d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles ou immeubles (l'article L.240). L'action du syndicat est recevable devant toutes les juridictions judiciaires ou administratives, à titre principal, par voie d'intervention ou Constitution de partie civile. L'article L.241 du Code du travail malien s'aligne sur la législation française lors qu'il affirme que les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Cette action est introduite par un

¹ Cass. Crim. 3déc 96, Denis, RJS 1997-563

² cour Cass. 28 janv 82, bull.p38 n°56

³ Cass. Soc.21juillet 86 SNB bull.p293 n°38

représentant désigné statutairement tel le président ou le secrétaire général, ou investi d'un mandat particulier. Il convient de rappeler que la seule qualité de délégué syndicat ne confère pas de plein droit la capacité d'agir au nom de l'organisation syndicale.

Dans certaines matières en outre, les syndicats peuvent exercer une action individuelle en substitution à celle d'un salarié dont les droits personnels sont en jeu. Il s'agit d'une exception à la règle selon laquelle « nul ne plaide par Procureur », laquelle signifie que toute partie à un litige doit agir et comparaître en personne. Les matières dans lesquelles l'action en justice exercée par un syndicat, qui se substitue aux droits d'un salarié est possible, sont principalement les suivantes :

- harcèlement moral ou harcèlement sexuel,
- discrimination ou violation du principe d'égalité de rémunération-marchandage et prêt de main d'œuvre illicite,
- emploi irrégulier de travailleur étranger,
- violation des règles régissant le contrat à durée déterminée et le travail temporaire,
- violation des dispositions légales régissant le licenciement économique,
- méconnaissance d'une règle édictée par une convention collective ou un accord collectif.

259. Dans ce type d'action dite de substitution, le syndicat agit en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat spécial de sa part. Le salarié intéressé par la procédure prud'homale doit simplement avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas s'être opposé à l'action dans un délai fixé généralement à quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. (Il convient de se reporter aux dispositions légales et réglementaires et régissant l'action de

substitution pour chaque matière concernée.) En pratique, il ne faut pas confondre l'action du syndicat agissant en son nom propre pour défendre les intérêts de la profession (intérêt collectif), même en temps que partie jointe aux côtés d'un salarié agissant individuellement avec l'action individuelle par substitution à un salarié. Comme exemple d'irrecevabilité: un salarié conteste son licenciement pour motif économique en invoquant l'absence d'effort de reclassement de l'employeur pour éviter son licenciement.

Il s'agit d'un litige individuel concernant le seul salarié et dans une telle hypothèse l'intérêt collectif de la profession n'est point en jeu. En conséquence, le syndicat ne peut agir en son nom propre pour obtenir des dommages et intérêts fût-ce pour un euro symbolique. « Si l'article L.1235-8 du Code du travail autorise les organisations syndicales représentatives à exercer en justice, aux lieu et place du salarié, les actions qui naissent des dispositions régissant le licenciement pour motif économique, l'action du syndicat, qui, en complément des demandes formées par le salarié au titre de son préjudice individuel, vise à faire sanctionner par une indemnisation séparée l'attitude de l'employeur, nécessite que le litige porte atteinte aux intérêts collectifs de la profession, en application de l'article L 2132-3 du Code du travail ». « Le litige relatif au manquement de l'employeur à son obligation de reclassement individuel ne porte pas atteinte aux intérêts collectifs de la profession », l'intervention du syndicat n'est donc pas recevable¹.

260. Au Mali, il y a plusieurs actions prévues par le Code du travail que le syndicat peut exercer pour défendre le salarié dans l'entreprise. Même s'il n'est pas très explicite sur les modalités d'exercice de l'action de substitution par le syndicat reconnu au salarié, mais l'article L.241 prévoit la défense de l'intérêt collectif de la profession.

¹ Cour de cassation, chambre sociale, 18 novembre 2009, n° 08-44175

Quant à l'article L.240 énonce que les syndicats professionnels jouissent de la personnalité civile. Ils ont le droit d'ester en justice et d'acquérir sans autorisation, à titre gratuit ou à titre onéreux, des biens meubles ou immeubles. Il fait allusion au bien meuble et immeuble, mais ne fait pas référence au droit du salarié comme c'est le cas en droit français en cas de licenciement pour motif économique par exemple (L1235-7). Dans ce texte les modalités d'exercice de cette action sont décrites.

261. Devant le silence sur la clarification de cette sanction dans le Code du travail malien, la doctrine africaine, nous fait remarquer que l'action de substitution existe en droit africain. M. LEMESL écrit que les groupements capables d'ester en justice qui sont liés par la convention collective ou l'accord d'établissement peuvent exercer toutes les actions qui naissent de cette convention ou de cet accord en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer : l'intéressé peut toujours intervenir dans l'instance engagée par le groupement¹. Puisque l'allusion est faite au droit francophone en général, en droit africain en particulier, on pourrait dire que cet auteur nous fait part de l'existence de l'action du groupement se substituant au salarié malien.

Paragraphe IV : L'effectivité de la pratique syndicale au Mali au sujet de l'égalité de traitement entre les syndicats

262. En droit français, la règle de l'égalité de traitement entre les organisations syndicales, qui trouve sa traduction dans les articles L.2141-4 alinéa 3 et L2232-16 du Code du travail, s'oppose à ce qu'une ou des organisations syndicales soient écartées lors de la négociation et de la conclusion d'un accord collectif. Au cours de la négociation, cette pratique discriminatoire fonde une mesure de remise en état ordonné par le juge de référés. Après la conclusion de l'accord,

¹ Le droit du travail en Afrique francophone, édition EDICEF/AUPELF, op cité, p 162

elle justifie, on le sait, aux yeux de certains juges du fond comme de la Cour de cassation, la nullité de l'accord collectif¹.

Cette solution mérite d'être approuvée si l'on veut bien admettre qu'elle pourrait être le signe de la violation d'un principe fondamental, celui de l'égalité de traitement entre les organisations syndicales représentatives.

263. Au Mali, il y a la volonté du pouvoir législatif de mettre en œuvre le droit syndical. On voit cela au plan national, dans la Constitution du Mali de 1992 et les lois d'application de la convention N° 87 de l'OIT de 1948 ratifiée par le Mali. Pour illustrer sa volonté d'appliquer les textes internationaux, le Mali a accueilli le Forum social mondial 2006, le premier à avoir été organisé en Afrique. Il s'agit à travers ce forum de monter l'exemplarité du Mali au monde entier de l'existence des textes protecteurs du droit individuel et collectif des salariés. Et de montrer au monde l'affirmation du pluralisme syndicale qui s'exerce librement. Comme on l'a précisé précédemment il y a deux centrales syndicales contrairement à d'autre pays d'Afrique. Les révoltes de ces derniers étaient spontanées mais vont donner naissance à de véritables organisations syndicales. De la création en 1947 de l'UNTS (Union Nationale des Travailleurs du Soudan) qui est devenue à l'indépendance du Mali, l'UNTM (Union Nationale des Travailleurs du Mali) à nos jours, le monde syndical malien a joué un rôle important dans la lutte de l'accession du pays à l'indépendance. Une fois l'indépendance acquise, les syndicalistes vont ensuite se battre, en plus de leur principale mission de défense des intérêts des travailleurs, pour l'ouverture démocratique au Mali dans les années 1990. Dernier fait marquant, à partir de 1997, le Mali va passer de l'unicité syndicale au pluralisme syndical.

Les activités syndicales vont s'intensifier à partir de 1989. En mars 1991, l'UNTM et des associations comme l'AEEM (Association des Elèves et Etudiants du Mali, née des cendres de l'UNEEM), l'AMDH (Association

¹ La solution est d'autant plus remarquable qu'elle n'est envisagée que rarement et avec prudence de la doctrine. Cf. par exemple, Y. Chalaron, Travail Négociation et accords collectifs d'entreprise, 2d. 1990, n°51, p. 46-47 ; i

Malienne des Droits de l'Homme sous la direction de Feu Maitre Demba DIALLO), l'ADEMA et le CNID. Ces associations vont réclamer l'ouverture du multipartisme. Les 25 et 26 mars 1991, les jeunes et les femmes qui manifestaient leur opposition au régime en place sont réprimés dans le sang. Face aux dérives des dirigeants, l'UNTM avec à sa tête Bakary Karembé lance une grève illimitée pour réclamer le départ du président Traoré et de son gouvernement.

264. C'est une junte militaire dirigée par le Lieutenant Amadou Toumani Touré qui viendra parachever le travail des associations et de l'UNTM en procédant aux arrestations du Président Moussa Traoré et ses dignitaires. Un comité transitoire appelé CSTP (Comité Transitoire de Salut Public) sera mis en place. C'est à l'UNTM que reviendra le deuxième poste du comité, en la personne de son secrétaire général Bakary KAREMBE.

Aujourd'hui, le Mali compte donc deux centrales syndicales fortes : l'UNTM (qui est composée de 13 syndicats nationaux et la CSTM (qui comprend 17 syndicats de corporations). Huit(8) autres syndicats sont non fédérés c'est-à-dire ils n'appartiennent à aucune de ces deux centrales.

Malgré cela, le Mali reste un pays où la pratique de la liberté syndicale laisse apparaître des lacunes à plusieurs égards :

- d'abord la confédération syndicale des travailleurs du Mali (CSTM) le deuxième central syndical a signalé qu'elle fait l'objet de discrimination de la part des autorités maliennes¹. Elle est exclue du conseil supérieur de la fonction publique, de l'Agence Nationale de l'Emploi (A.N.P. de l'Institut National de Prévoyance Sociale). Des syndicats affirment que certains Procureurs chargés d'octroyer le certificat de conformité aux nouveaux syndicats ont refusé de le faire, ou ont privilégié un syndicat aux dépens d'un autre actif dans le même

¹ Rapport pour l'examen des politiques commerciales du Bénin, du Burkina et du Mali par le conseil général de l'O.M.C ; Genève, les 4,et 6 octobre 2010,P.4

secteur. Tel est le cas rapporté du syndicat des transporteurs urbains à l'est de Bamako¹. Il s'agit ici d'une discrimination syndicale qui vise à accorder des avantages à un syndicat par rapport à d'autres. Ce qui est sanctionné par le Code du travail². Cette pratique de la part d'une autorité au moment de l'attribution d'un document administratif consiste à restreindre l'exercice de l'activité syndicale d'un syndicat au détriment d'un autre. Il est condamnable cette pratique discriminatoire venant de la part d'une institution qui est sensée de défendre le droit.

265. Le problème qui se pose ici est la sanction applicable. En effet, l'article L.257 du Code du travail ne sanctionne que les employeurs qui sont soumis aux dispositions du Code du travail malien qui prennent des décisions en considération des opinions, à l'appartenance syndical... pour appliquer la sanction de dommage et intérêts. Ce texte vise expressément l'employeur. Donc il ne vise pas la discrimination émanant de l'Etat. Le problème qui se pose au Mali concerne directement la centrale syndicale. Cette forme de discrimination a été dénoncée dans le rapport de l'O.M.C³. qui recommande au gouvernement malien de mettre fin à la discrimination consistant à favoriser certains syndicales maliens par rapport à d'autres. Ce n'est qu'une recommandation qui n'a pas de force contraignante.

266. La sanction civile prévisible est la réclamation des dommages intérêts et de saisir aussi la commission de lutte contre la violation des principes du droit fondamental⁴. Pour cela le syndicat discriminé pourrait se constituer partie civile au pénal.

¹ Rapport annuel de violation des droits syndicaux au Mali de 2007 sur la convention fondamentale de l'O.I.T sur ITUC-CSI-IGB 2007

² Voir section sur la discrimination syndicale

³ Organisation mondial du commerce

⁴ « PAMODEC » (Projet d'Appui à la Mise en Œuvre de la Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits Fondamentaux au Travail).

Cette pratique révèle la mainmise du pouvoir politique pour la restriction du droit des salariés à travers le syndicat. On trouve ici la problématique de l'indépendance du Procureur de la République par rapport au pouvoir politique qui le nomme¹. On rappelle de son indépendance 1960 à 1991, il n'y avait d'un seul syndicat au Mali. Il s'appelait U.N.T.M. (Union des travailleurs du Mali). La tradition consistait à laisser tout à l'appréciation du pouvoir politique qui décidait toute la vie politique et sociale du pays. C'était un syndicat qui était largement affilié au parti unique qui est resté au pouvoir plus de 20 ans. Donc un syndicat qui « ne partage pas les valeurs politique d'un gouvernement est traité différemment que les autres qui lui sont alliés ».

267. Mais on ne saurait se contenter de déplorer une pratique institutionnelle issue de la Constitution. Le Mali a hérité cette pratique de nomination du Procureur de la République par le pouvoir politique de son ancienne puissance coloniale qui est la France. En France, comme au Mali, le Procureur de la République est nommé par le pouvoir politique. A cette suite, il est placé sous la tutelle du Garde des sceaux. Et le Garde de sceaux est nommé par le Président de la République². Il représente et défend à ce titre l'Etat.

268. A la différence du Mali, on ne voit pas ce genre de dénonciation du Procureur de la République en tout cas, pour ce qui concerne l'octroi d'un document administratif au syndical. Compte tenu de l'état d'avancement démocratique et juridique de la France, un Procureur ne saurait refuser d'octroyer un document administratif à un syndicat et accepter de donner à d'autre syndicat dans les mêmes conditions. Cela est un contre-pied du rôle dévoué au Procureur de la République qui consiste à défendre l'intérêt public. Il

¹ A ce point le Mali avec la France partage la théorie de la séparation de pouvoir législatif, exécutif et du pouvoir judiciaire dans les faits.

² Journal télévisé de BFM TV du 29 janvier 2010 au sujet du procès « Clearstream » en France. De nombreux intervenant soutiennent que le fait que le Procureur de la République soit nommé par le pouvoir politique laisse planer des doutes sur son indépendance. On rappelle l'affaire « clearstream » est un procès qui pose l'ex premier ministre Dominique de Villepin à monsieur Sarkozy (président de la République). Le débat sur l'indépendance du Procureur est dû au fait qu'après un le premier jugement qui a acquitté monsieur De Villepin. Les commentaires voient de cet appel une main mise du pouvoir.

est de son attribution de déclencher des poursuites chaque fois qu'il y a une violation d'une liberté publique¹.

- Ensuite, il existait des problèmes liés à l'incarcération des dirigeants d'une grève. Au Mali, le gouvernement se substitue au rôle des partenaires sociaux. Tandis qu'en France la négociation sur les revendications pour l'amélioration des conditions de la vie se fait entre les représentants des salariés et les représentants des employeurs. Au Mali, c'est l'Etat qui joue le rôle de représentants des employeurs. Cela est dû au fait que dans les grandes entreprises l'Etat détient 20% du capital dans toutes les sociétés minières. C'est par exemple, le cas de la Société de Mine d'or de Morila, de S.OM.A.D.E.X. Bien que ces entreprises relèvent du secteur privé toutes les questions sur la vie de ces entreprises sont traitées par l'Etat. Ces entreprises détiennent 80% de l'économie de la région de Kayes. Elles emploient 56% des habitants de cette région. Au Mali, l'Etat apparaît comme une structure bien organisée. C'est ce qui explique l'implication de l'Etat pour assurer le maintien de l'emploi et de la vie économique de la région.

269. A la S.O.M.A.D.E.X, les syndicats ont provoqué plusieurs grèves durant toute l'année 2005. A ce titre, ils font une grève de 72 heures en juillet 2005 en vue de revendiquer des augmentations salariales. Pour refuser de donner suite à leurs augmentations, le gouvernement a invoqué le motif de la pauvreté de la nation. A cette suite neuf employés de la SOMADEX ont été incarcérés. Ils ont été maintenus en détention pendant la majeure partie de l'année. Ils faisaient partie de trente-deux grévistes arrêtés pour complicité d'incendie volontaire de deux bus loués par la SOMADEX.

270. Les gendarmes qui les ont arrêtés étaient payés par MORILA, l'entreprise pour laquelle la SOMADEX sous-traite l'extraction du minerai. Vingt-trois des 32 inculpés ont été mis en liberté provisoire après plus de cinq semaines. Les

¹ Le rôle du Procureur de la République au déclenchement de la poursuite pénale développé dans le chapitre sur les sanctions pénales.

neuf autres inculpés, considérés comme les dirigeants de la protestation, n'ont été libérés que le 25 novembre 2006. SOMADEx est une filiale de la multinationale française Bouygues. La Direction des Ressources humaines de la SOMADEx aurait remis aux gendarmes, peu avant l'incendie des bus, une liste d'une trentaine de « meneurs principaux » à surveiller de près.

271. Autre hypothèse, celle du licenciement de travailleurs des chemins de fer en grève. En juillet 2006, TRANSRAIL, société concessionnaire franco-canadienne d'une ligne de chemin de fer privatisée, a licencié 18 militants du syndicat malien SYTRAIL et deux militants du syndicat sénégalais FETRAIL pour avoir été en grève en vue de protester contre le non-respect d'une convention antérieure relative aux salaires. Huit des grévistes maliens ont été réintégrés le 1er décembre 2006 à la demande du gouvernement du Mali. Une commission tripartite a par la suite déclaré que les dix autres grévistes n'avaient commis aucune faute et devaient dès lors être réintégrés sans condition. A la fin de l'année, TRANSRAIL continuait de refuser de les intégrer.

Il faut remarquer que dans cette affaire, c'est le gouvernement qui prend la décision de faire réintégrer les salariés licenciés et non le juge. Au Mali, le gouvernement a joué le rôle du juge. Dans une hypothèse comme celle-là en France, les salariés grévistes saisiraient le juge des référés¹. Au Mali, devant des cas urgences de violation du droit on a plus tôt tendance à saisir le gouvernement par rapport au juge. Par ce qu'on pense que les décisions du gouvernement sont d'application directe. Les juges apparaissent comme des personnes corrompus qui donnent raison au plus riche.

Certain syndicat ne se laisse pas faire. C'est ainsi que dans une affaire datée du 28 mai 2009 que le gouvernement du Mali a été assigné devant le Bureau International du Travail². En espèce, le syndicat libre de la magistrature (SYLIMA) et le syndicat Automne des Greffiers et Secrétaire de Greffes et

¹ Voir Compétence du juge des référés

² Site Afrique en ligne : Liberté syndicale : le gouvernement assigné devant le B.I.T

Parquet en grève illimité depuis le 4 mai 2009 ont saisi le Directeur Général du Bureau International du Travail à Genève d'une « revendication contre le gouvernement du Mali ».

272. Ces deux syndicats liés par une convention de concertation, de coopération et de solidarité syndicale précisent dans leurs requête datée du 28 mai 2009 qu'il s'agit d'une réclamation au titre de l'article 24 de la Constitution de l'organisation internationale du travail contre le gouvernement de la République du Mali pour « violation grave de la convention N°87 sur la liberté syndicale et de la protection du droit syndical de 1948 ratifiée par le pays le 22 septembre 1960 ». C'est une réaction proportionnée au mépris du gouvernement du Mali envers les partenaires sociaux et surtout de la violation graves des normes internationales édictées en matière de grève.

En effet, le gouvernement a fait nommer des agents extérieurs aux juridictions concernées. Or selon les grévistes « l'utilisation des travailleurs pour briser une grève dans un secteur qui ne saurait été considéré comme un secteur essentiel au sens strict du terme, où la grève pourrait être interdit, constitue une violation grave de la liberté syndicale¹.

273. Le dit comité avait laissé entendre que le maintien de service minima en cas de grève ne devrait être possible que : dans les services dont l'interruption risquerait de mettre en danger la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans l'ensemble de la population ; La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, avait fait remarquer que la règlement sur le maintien d'un service minimum ne respectait pas les dispositions de la convention et les syndicats n'avaient pas été consultés lors de l'élaboration du décret n°90-562-P-RM du 22 septembre 1990.

¹ Paragraphe 63 2 : Recueil de la décision et de principes du comité de la liberté syndicale du conseil d'administration du B.I.T cinquième édition révisé.

On trouve le fondement de l'application de la convention B. I . T au Mali dans la Constitution adoptée par référendum du 12 janvier 1992 et promulguée par décret N92-073/P -CTSP du 25 janvier 1992 qui énonce en son article 116 que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois nationales, sous réserve pour chaque traité ou accord soit appliquée par l'autre partie.

274. L'art 116 de la Constitution place le Mali dans la catégorie des Etats « monisme », c'est-à-dire des Etat qui appliquent directement les conventions internationales ratifiées contrairement aux Etats dualistes qui ne veulent pas que les règles énoncées dans les conventions s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne mais mettent en place des mesures(par exemple la loi) reprenant le contenu des conventions et ainsi le juge interne n'aura qu'à appliquer la loi et non la convention.¹

Il reste à déplorer la conséquence de cette saisine du B.I.T. parce que la sanction qui ressort de cette affaire n'est pas contraignante pour le Mali. Le Conseil d'Administration du B.I.T aura peut-être l'avantage de montrer au monde que le Mali est peu soucieux du respect du droit syndical, donc une image négative. Le souhait de la SYLIMA et LE SYNAG était que le gouvernement du Mali puisse être interpellé à l'occasion de la rencontre annuelle du B.I.T. En plus de cette interpellation, la commission d'accompagnement technique du B.I.T au niveau du Mali peut ralentir les pieds dans la fourniture de certaines expertises au gouvernement du Mali. Ce qui pouvait considérer ces derniers points comme des sanctions.

Mais est-ce à dire que le Mali est un pays qui viole allègrement la liberté syndicale et ne protège pas le droit syndical ?

275. On ne le croit point, si on tient compte de cette démarche qui consiste faire respecter les droits des salariés en se prévalant du droit international. Cette

¹ Les cahiers de l'Association ouest Africaines des hautes juridictions Francophones

requête montre le chemin de la saisine du juge pour la défense du droit des salariés. Ce qui compte dans cette affaire, c'est la possibilité des syndicats à pouvoir faire valoir le droit.

Section 2 Les sanctions relative à la protection d'institutions représentatives du personnel

276. Les délégués du personnel ont pour mission:

- de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels;
- de saisir l'Inspecteur du travail de toutes plaintes ou réclamations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle;
- de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet;
- de communiquer à l'employeur toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration de l'organisation et du rendement de l'entreprise (Article L.278 du Code du travail malien).

Nonobstant les dispositions ci-dessus, les travailleurs ont la faculté de présenter eux-mêmes leurs réclamations et suggestions à l'employeur (Article L.279:).

Paragraphe I : L'action des représentants du personnel

277. Les comités constituent des personnes morales sui generis, qui ne sont assimilables ni à des syndicats ni à des associations¹. La personnalité, reconnue

¹ Précis Dalloz, 16e éd. Précité, p,656

par la loi aux comités d'entreprise, a été étendue par un arrêt fameux (parce que condamnant péremptoirement l'idée selon laquelle la personnalité morale n'était qu'une création du législateur) aux comités d'établissement¹ et aux comités de groupe². Il suffit de constater qu'il s'agit d'un groupement pourvu d'une personnalité d'expression collective pour la défense d'intérêt licites dignes d'être juridiquement reconnus et protégés. L'article L.2327-1 du Code du travail confirme cette jurisprudence qui a été étendue au comité d'hygiène et de la sécurité au travail.³

A côté de cette personnalité juridique générale, il y a une personnalité juridique complète des comités. La loi n'aurait admis le comité à ester en justice que pour la gestion des œuvres sociales qui lui sont confiées. L'affectation des ressources du comité signifierait que sa personnalité juridique est restreinte aux activités sociales. En sens inverse, la chambre criminelle affirme que le comité peut ester en justice en cas d'entrave apportée à son fonctionnement, l'entrave pouvant être dirigée contre ses compétences sociales⁴. C'est aussi à ce niveau que nous attribuons au délégué du personnel au Mali une personnalité morale. Pour y parvenir on peut faire référence à l'article L.331, le texte relatif au délit d'entrave⁵.

278. Dans le domaine de l'emploi et des licenciements pour motif économique que les sanctions sont multiples :

- actions en référés afin d'obtenir la suspension d'une mesure ou de désignation d'un expert ;

¹ Civ.28 jan.1954,J.C.P 1954II,D1954. 217

² M.COHEN : la personnalité du comité de groupe, Dr,soc,1983, p670.

³ Crim,29 mars 1973,J.C.P1973.II. 17651, cassant un arrêt qui va refusé une personnalité juridique complète au comité d'entreprise,bull,crim.1979,n°6

⁴ Soc10 oct1973,Dr,soc,1974, crim,4 nov1988,jur ;U.I.M.M,1989.517.

⁵ Article L.331: Sera puni d'une amende de 100.000 à 500.000F et d'un emprisonnement d'un mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte, soit à la libre désignation des délégués du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions. En cas de récidive, l'emprisonnement sera toujours prononcé. Les infractions pourront être constatées par l'Inspecteur du travail, à défaut, par les officiers de police judiciaire.

- actions en dommages-intérêts pour la violation des prérogatives du comité ; actions en nullité soit d'un règlement intérieur élaboré sans consultation du comité¹ ;
- intervention devant le tribunal de commerce dans le cadre d'une procédure collective.

Paragraphe II : Les sanctions civiles de l'absence de l'institution représentatives du personnel

279. On va illustrer quelques normes prévoyant des sanctions civiles suite à la violation des droits et prerogatives des représentants du personnel en droit français et en droit malien. En droit français, le deuxième alinéa de l'article L.2312-2 du Code du travail impose la mise en place obligatoire des délégués du personnel dans l'entreprise si l'effectif d'au moins dix salariés est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes et l'article L.2322-2, impose quant à lui, la mise en place obligatoire d'un comité d'entreprise si l'effectif d'au moins cinquante salariés est atteint pendant douze mois, consécutif ou non, au cours des trois années précédentes.

280. En droit malien l'élection des délégués du personnel se fait à partir de dix salariés (l'article L.256 du Code du travail malien)³. Les critères d'application de ce texte sont fixés par L.266 du même Code qui dispose que : « le nombre des délégués du personnel est fixé comme suit:

- de 11 à 25 travailleurs: 1 délégué titulaire et un suppléant;
- - de 25 à 50 travailleurs: 2 délégués titulaires et 2 suppléants;
- de 51 à 100 travailleurs: 3 délégués titulaires et 3 suppléants;
- de 101 à 250 travailleurs: 5 délégués titulaires et 5 suppléants;

¹ Soc 14 juin 1968, Dr.soc, 1969.515

² Nous retrouvons les sanctions pénales dans la 2^e partie

³ L.265 du Code du travail du Mali Des délégués du personnel sont élus dans chaque établissement comprenant plus de dix travailleurs.

- 251 à 500 travailleurs: 7 délégués titulaires et 7 suppléants;
- de 501 à 1000 travailleurs: 9 délégués titulaires et 9 suppléants;
- plus un délégué titulaire et un suppléant par tranche supplémentaire de 500 travailleurs ».

Donc au Mali, il n'existe pas de comité d'entreprise. Il y a une fusion des deux représentants du personnel. Alors qu'en France on a les délégués du personnel et le comité d'entreprise de façon distincte. Ces délégués du personnel dans une entreprise au Mali ont les mêmes attributions qu'un délégué du personnel ou un comité d'entreprise en France¹.

L'absence de consultation des institutions représentatives du personnel sur les questions relevant de leur compétence, due au fait que l'employeur n'a pas accompli les obligations qui lui incombent pour assurer leur mise en place, est susceptible d'entraîner l'application des sanctions civiles².

Ainsi, à titre d'exemple, la Cour de cassation³, après avoir rappelé qu'il résulte de l'art L.1226-10 du Code du travail que l'avis du des délégués du personnel

¹ Idem, Comme l'indique l'article L.278 :« Les délégués du personnel ont pour mission:

- de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels;
- de saisir l'Inspecteur du travail de toutes plaintes ou réclamations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle;
- de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet;
- de communiquer à l'employeur toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration de l'organisation et du rendement de l'entreprise

² Le licenciement intervenu dans une entreprise dépourvue de comité d'entreprise ou de délégué du personnel alors qu'aucun procès verbal de carence n'a été établi est irrégulier. Les salariés peuvent dans ce cas prétendre en plus des indemnités de licenciement et de préavis à une indemnité spécifique au moins égale à un mois de salaire

³ Cass. Soc 7 décembre 1999 pourvoi n°97-43.734.

V. aussi, Assemblée plénière, 28 janvier 2005, Bull. n° 1 ; BICC n° 617, p. 11, rapport de M me Bellamy et avis de M. de Gouttes

L'article L. 1226-9 du Code du travail dispose qu'au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat, et que toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de cette disposition est nulle.

Il ne précise pas si la résiliation est prononcée lors de l'envoi de la lettre de licenciement ou lors de sa réception.

Si elle l'est lors de cet envoi, la résiliation est nulle et le salarié a le choix entre demander sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent, ou ne pas la demander.

doit être recueilli avant que la procédure de licenciement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle soit engagé et qu'il s'ensuit que l'employeur ne saurait se soustraire à cette obligation dont l'inobservation est sanctionnée par l'indemnité prévue à l'article L.1226-15 au motif de l'absence de délégué du personnel dans l'entreprise dès lors que la mise en place est obligatoire en application de L.2312-2 du Code du travail et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi, approuve une cour d'appel que l'employeur « ne justifiait pas de l'impossibilité dans laquelle il serait trouvé d'organiser des élections de délégués du personnel ». Et d'avoir condamné, en conséquence, au paiement de l'indemnité prévue à L.1226-15¹.

S'il la demande, il a droit à une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période s'étant écoulée entre son licenciement et sa réintégration.

S'il ne la demande pas, il a droit aux indemnités de rupture et à celles réparant le préjudice résultant du caractère illicite de son licenciement.

Dans la présente affaire, la lettre de licenciement avait été expédiée au salarié quatre jours avant que celui-ci ne soit victime d'un accident de travail et avait été reçue par lui après cet accident, soit pendant la période de suspension de son contrat de travail.

La Cour de cassation avait décidé à plusieurs reprises que, dans de tels cas, la résiliation était nulle. Ainsi, le 7 décembre 1999, alors que le salarié avait été victime d'un accident de travail le lendemain de l'envoi de la lettre de licenciement, elle avait cassé l'arrêt retenant que c'était à la date du prononcé de la décision de licenciement qu'il fallait se placer pour apprécier la validité de la rupture du contrat (Soc., 7 décembre 1999 pourvoi n° 97-43 734) et, le 30 octobre 2000, dans la présente espèce, elle avait cassé l'arrêt qui retenait que le licenciement avait été prononcé avant la suspension du contrat de travail et que la circonstance selon laquelle le salarié avait reçu la lettre de licenciement en cours de période de suspension était sans effet sur la validité de celui-ci.

Sa position s'appuyait sur l'article L. 1232-6 du Code du travail pour dire que la date de présentation de la lettre recommandée notifiant le licenciement fixe le point de départ du délai-congé, ce qui implique que le licenciement n'est effectif qu'à compter de cette date, mais elle faisait supporter à l'employeur les conséquences d'événements survenus après qu'il ait exprimé sa volonté de rompre le contrat.

Par l'arrêt du 28 janvier 2005, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue partiellement sur cette jurisprudence en décidant que la circonstance que la lettre de licenciement, envoyée avant que le salarié ne soit victime d'un accident de travail, n'est parvenue à celui-ci que pendant la période de suspension du contrat de travail consécutive à cet accident, n'avait pas pour conséquence de rendre nul le licenciement prononcé avant cet accident.

Elle a précisé que, dans ce cas, le licenciement ne produirait ses effets qu'à l'expiration de la période de suspension du contrat de travail de l'intéressé.

Désormais, la validité du licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail s'apprécie à la date d'envoi de la lettre de rupture et non à celle de la réception de cette lettre.

Et c'est à la date d'expiration de la période de suspension du contrat de travail que doivent être examinés les droits du salarié résultant de la rupture antérieurement notifiée et non à celle de la réception de cette lettre

¹ L.1226-15 lorsqu'un licenciement est prononcé en méconnaissance des dispositions relatives à la réintégration du salarié déclaré apte, prévues à L.1226-8, le tribunal saisi peut proposer la réintégration du salarié dans

281. Au Mali, le tribunal du travail ne se montre pas indifférent à la question de la consultation des délégués du personnel¹. Dans la décision du 11 novembre 2005 le juge de Bamako avait été saisi suite au licenciement de Mme DIARRA employée comme femme de ménage par la société de Gestion Minière. La salariée a été licenciée à cause des difficultés économiques de son entreprise. Alors en droit malien comme en droit français il ne peut y avoir de licenciement économique avant la consultation des représentants du personnel pour trouver une alternative au licenciement². Parmi les solutions que peuvent sortir de cette consultation, l'article L.47 du Code du travail malien invoque toutes possibilités. Pour cela il donne un ensemble d'éléments pouvant contribuer à sauver l'emploi de la salariée « telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel ». C'est une large souplesse de la recherche de solution pour éviter la perte d'emploi.

282. Certes, on comprend, la sanction assortie du non-respect de la procédure qui est l'octroi des dommages-intérêts, mais on peut se poser la question de la présence du délégué du personnel dans cette entreprise où seulement deux personnes sont licenciées. On ne peut pas faire de comparaison avec le droit français. Par ce qu'en droit du travail français il y a consultation du comité d'entreprise pour licenciement économique lorsqu'au moins 10 licenciements sont envisagés sur une période de 30 jours, l'employeur doit suivre une procédure impliquant la consultation des représentants élus au comité.

Dans les faits on n'a aucune information concernant le nombre du personnel pour implantation du délégué du personnel, d'autant plus, que n'est pas établi la carence de représentation du personnel³ ; mais en général la société minière

l'entreprise, avec maintien de ces avantages acquis. Il en va de même en cas de licenciement prononcé en méconnaissance des dispositions relatives au reclassement du salarié inapte prévues aux articles L.1226-10

¹ Tribunal du travail de Bamako, affaire Mme Jeanne DIARRA et P.DAKOUO/ Société de Gestion Minière, n°277RG, n°55JGT

² En France c'est les comités d'entreprise alors qu'au Mali, le délégué du personnel a cette attribution.

³ En France, le licenciement intervenu dans une entreprise dépourvue de comité d'entreprise ou de délégué du personnel alors qu'aucun procès verbal de carence n'a été établi est irrégulier. Les salariés peuvent dans ce cas

semble être dans la catégorie des grandes entreprises au Mali qui emploie des centaines de personnes. Pour cela le délégué du personnel doit être consulté pour les questions de difficultés économiques.

Comme en droit français, le non-respect de la procédure de consultation du délégué du personnel ouvre droit au salarié victime d'un licenciement à une réparation (C. travail art L.1226-10)¹.

En somme au Mali, les structures de l'emploi font apparaître comme dans de nombreux pays du tiers monde, que le travail salarié stable constitue l'exception face à l'inactivité, au chômage, à l'auto-emploi et aux activités instables ou temporaires. Dans un tel contexte, les droits collectifs peinent à s'exercer effectivement et les besoins partagés par tous les travailleurs n'arrivent pas à s'exprimer à travers des canaux communs.

283. Ainsi, la faible structuration des entreprises et la médiocre organisation de la plupart d'entre elles ne favorisent pas l'émergence d'organisations représentatives du tissu économique et capable d'engager des actions sociales durables. De même, la modestie de l'emploi salarié stable et la rareté de concentrations ouvrières contrarient le développement d'un mouvement syndical puissant. Il n'est pas rare d'ailleurs que celui-ci doive sa force aux pouvoirs publics qui veillent, en contrepartie, à en faire un moyen d'encadrement de la population au profit des gouvernants².

Au niveau de l'entreprise, la faible représentation collective trouve son explication à la fois dans la modestie du mouvement syndical et dans la prédominance des PME. Lorsque les instances de dialogue social sont

prétendre en plus des indemnités de licenciement et de préavis à une indemnité spécifique au moins égale à un mois de salaire.

En l'absence de représentants du personnel, le plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoirement affiché sur les lieux de travail et communiqué à l'administration en même temps que les informations sur le projet de licenciement.

¹ idem

² Racide Filali Maknassi, Rapport réalisé par l'Institut International d'Etudes Sociales Genève, L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement : une grille d'analyse. Première éd, 2007.

instituées , leur action est souvent faiblement mobilisatrice pour de multiples raisons, allant de la contestation de légitimité à la pénurie des moyens d'action dont ils disposent, en passant par un déficit patent de la culture de concertation et d'action collectives.

Pour la grande majorité des travailleurs, notamment les salariés occasionnels et des micros entreprises, il n'existe guère de canal collectif pour résoudre. De surcroît, la compétition pour l'accès à l'emploi et pour sa conservation alimente la méfiance à l'égard des mouvements collectifs, tandis que l'insuffisance des revenus empêche souvent toute contribution matérielle aux projets collectifs de type corporatif.

Sous-titre III

La mise en œuvre des sanctions

284. De façon générale, la société française se « judicialise » : le droit est de plus en plus présent, et si l'on croit l'exemple (déplorable) américain, cette tendance n'est pas prête de s'inverser, à la grande satisfaction des « lawyers » et des étudiants en droit. Les conflits du travail n'échappent à pas à l'évolution, qui a été renforcée ici par des stratégies judiciaires syndicales (CFDT en 1978 : pénalisation en matière d'hygiène et de sécurité), ou patronale(en 1981, pouvoir législatif et exécutif faisant défaut : restait l'autorité judiciaire)¹. Nous assistons donc aujourd'hui à une gestion de plus en plus contentieuse des grands conflits du travail, l'appel au juge faisant partie des armes lourdes pouvant être utilisées dans les rapports de force en cours faces à des plans sociaux où les syndicats cherchent à compenser leur faible implantation interne.

Le but n'est pas toujours un résultat juridictionnel, le simple fait de saisir la justice pouvant constituer un élément de négociation et en tout cas de médiation. Ainsi, en matière d'appel au juge pénal par exemple, le plus craint par les deux parties en raison de l'effet médiatique qu'il entraîne : le comité d'entreprise qui porte plainte pour délit d'entrave contre le chef du personnel ayant omis de le consulter avant de modifier les horaires, ne souhaite pas forcément obtenir une condamnation ; mais le retrait de cette plainte fera l'objet des futures négociations. Il en va de même, lorsque c'est l'entreprise qui dépose plainte pour vol ou détériorations, ou lorsque les non-grévistes assignent les membres d'un piquet de grève sur la base du délit d'entrave à la liberté du travail. Chacun tente de se placer pour aborder la négociation à venir en position de force.

Ce phénomène de judicialisation ne doit cependant pas être exagéré. Dans l'immense majorité des cas, les partenaires sociaux préfèrent l'autonomie à l'hétéronomie. Cette tendance est beaucoup développée au Mali qu'en France le juge est considéré comme ultime recours pour résoudre un conflit qu'il soit individuel ou collectif dans le travail.

¹ Droit du travail droit vivant, J.E.10^e éd, Edition LIAISON, p.463

Dans les systèmes de règlements des différends et des conflits du travail en droit français du travail et en droit du travail malien ; on trouve deux modes de règlements, il s'agit d'une part du règlement amiable (chapitre I) et d'autre part du système contentieux (chapitre II).

Chapitre I : Le règlement non juridictionnel des différends

285. Dans les relations individuelles tout comme dans les relations collectives du travail, la législation française et la législation malienne donnent un premier rôle au règlement « amiable » avant tout saisine du juge. Le juge n'intervient qu'en cas d'échec de cette procédure. Les organes susceptibles d'intervenir dans ce processus de règlement peuvent être d'un côté l'Inspecteur du travail et le conseil de prud'hommes qui sont actifs dans la procédure individuelle (section 1) et de l'autre côté l'Inspecteur du travail et le Conseil d'arbitrage au niveau des procédures collectifs (section 2).

Section 1 Dans les relations individuelles du travail

286. Deux méthodes de règlement peuvent être distinguées en droit malien et en droit français. Le contexte social fait qu'au Mali, le salarié peut jouer un rôle de premier plan pour régler son différend avec l'employeur (paragraphe I). Toutefois, en France comme au Mali, il n'est pas étonnant de voir d'autres organes intervenir dans le processus de règlement de tout différend opposant un salarié à son employeur (paragraphe (2)).

Paragraphe I : La réclamation directe des salariés

287. Bien que moins spectaculaires que les conflits collectifs, les différends individuels présentent une importance très considérable si l'on veut réaliser un climat de paix sociale et de saines relations dans les entreprises : d'une part, le nombre de litiges de ce genre est fort important car la majorité des salariés connaissent généralement, à tel ou tel moment de leur existence, une situation où ils estiment avoir été privés de leur droit ou avoir quelque chose à réclamer à leur employeur ; si la possibilité de faire recours, de formuler cette réclamation, fait défaut le ressentiment qui en résulte pour l'intéressé risque de l'enfermer, peut-être pour longtemps, dans un esprit de non - coopération et de compromettre sa capacité d'intégration au milieu du travail.

288. Au Mali, il est généralement admis par les usages que chaque travailleur devrait avoir le droit de s'adresser à son supérieur direct pour lui communiquer toute réclamation qu'il estime utile. S'il n'obtient pas satisfaction, il devrait pouvoir s'adresser à son supérieur hiérarchique, ou à un service spécialisé de la direction (le plus souvent le service du personnel ou les ressources humaines). C'est une procédure traditionnelle qui n'est pas reprise par le Code du travail des territoires d'outre-mer de 1952¹. Le droit malien s'inspire de ce texte. La fonction qui consiste à présenter à l'employeur les réclamations individuelles pour autant, bien entendu, qu'elles n'aient pas été réglées directement, est en revanche dévolue par la loi, à des « délégués du personnel » élu par l'ensemble des travailleurs de chaque entreprise (mais qui parfois sont investi d'un mandat syndical). Actuellement dans le droit positif français et malien, la législation ne fait pas disparaître le droit des salariés de présenter eux-mêmes leurs réclamations à l'employeur ou ses représentants (art L.2313-3 Code du travail français et dans le même sens L279²).

Ainsi le salarié peut-il se substituer à l'action d'un autre salarié en cas d'absence du délégué du personnel. La réponse est affirmative. Dans la mesure où l'article L.2313-2 du Code du travail en France, indique que si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux

¹Droit du travail en Afrique francophone, déjà cité,p.42.

² Article L.278: Les délégués du personnel ont pour mission:

- - de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels;
- - de saisir l'Inspecteur du travail de toutes plaintes ou réclamations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle;
- - de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet;
- - de communiquer à l'employeur toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration de l'organisation et du rendement de l'entreprise.

Article L.279: Nonobstant les dispositions ci-dessus, les travailleurs ont la faculté de présenter eux-mêmes leurs réclamations et suggestions à l'employeur.

libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement.

289. L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué du personnel et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas saisit le bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes qui statue selon la forme des référés.

Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du trésor. Cette rédaction, ouvre la possibilité pour tout salarié de se substituer à son collègue en cas de carence du comité d'entreprise, de saisir un juge enfin de remédier les atteintes à la liberté et aux droits des salariés dans l'entreprise. Pour cela, il n'a pas à justifier un mandat de représentation. La seule condition requise est que son collègue ne s'y oppose pas à cette substitution. On sait que l'action du syndicat est très connue dans le domaine de lutter contre la violation du principe de non discriminatoire, notamment par l'action de substitution. Ainsi en élargissant cette possibilité du droit agir au salarié, le législateur lui donne le moyen de défendre les droits de siens.

Paragraphe II : L'Inspecteur du travail

290. L'idée et le principe d'une inspection du travail sont contemporains de la naissance d'un droit protecteur des travailleurs au XIX^{ème} siècle, et traduisent

directement la volonté politique de faire appliquer ces normes au sein des entreprises, ou « manufactures, usines, et ateliers » pour employer la terminologie de l'époque.

Si l'idée de la création de l'inspection du travail en France « germe » depuis la loi du 22 mars 1841, ce n'est qu'en 1892, et plus précisément avec la loi du 2 novembre que sera pris acte de la naissance de l'inspection du travail, antérieurement à la création du ministère du Travail lui-même. Son évolution a suivi celle de la législation relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle¹.

Il s'agit d'un corps de fonctionnaires de contrôle rattaché aux services déconcentrés du Ministère de l'emploi et de la solidarité (et plus précisément de la DDTEFP), et organisé en sections d'inspection composées d'inspecteurs du travail, assistés de contrôleurs, pour un territoire géographique donné. Ce corps est commun aux ministères chargés du travail, de l'agriculture et des transports. Les services déconcentrés du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle sont organisés en directions régionales et départementales.

Au Mali, dans une communication sur le renforcement des services du travail, Mahamadou Diakité, le Directeur National du Travail, a relevé l'insuffisance des ressources humaines des inspections, comme atteste les chiffres. Les 8 directions régionales du travail, emploient moins d'une soixante inspecteurs (57) précisément. Cet effectif est quasiment insignifiant au regard des missions de l'inspection du travail.²

¹ Exposé en Séminaire du Droit Social master II sous la direction de Mr COEURET publié sur le site du Master II promotion de 2005.

² Journal Essor N°15357 du 22-12-2004 au Mali

A- les attributions communes de l'Inspecteur du travail en France et au Mali

291. L'inspection du travail a pour rôle de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des lois et règlements non codifiés relatifs au régime du travail, ainsi qu'à celles des conventions et accords collectifs du travail (art. L. 8112-1 CT). Le droit malien donne la même attribution à l'Inspecteur du travail. Deux textes sont le fondement de cette attribution. Le premier est l'article L.219 qui dispose que : « Tout conflit collectif doit être immédiatement notifié par les parties à l'Inspecteur du travail » et quant au second, c'est l'article L.190 du Code du travail du Mali. Ce dernier dispose que : « tout travailleur pourra demander à l'Inspecteur de régler le différend ... ».

L'inspection du travail apparaît donc comme étant un acteur essentiel assurant une minimum effectivité aux règles du Code du travail. Les différents textes lui chargent non seulement de veiller à l'application des dispositions du Code du travail, mais encore de constater les infractions à ces dispositions. Pour cela, ils ont le choix de dresser un procès-verbal lorsqu'ils choisissent la voie de l'action pénale. D'une façon générale, c'est l'inspection du travail qui est considérée comme l'autorité de contrôle essentielle de l'application de la réglementation du travail, mais corollairement la police judiciaire (composée de la police nationale et de la gendarmerie nationale) peut intervenir dans certains domaines, notamment en ce qui concerne les délits de travail illégal et les accidents du travail.

292. L'articulation de ces pouvoirs avec ceux de l'Inspecteur du travail est envisagée à l'article L. 8112-1, in fine, du Code du travail. Cependant, chaque corps de contrôle est soumis à ses propres règles puisque l'article L. 8271-13 énonce que les dispositions du chapitre relatif à l'inspection du travail ne dérogent pas aux règles de droit commun relatives à la constatation des infractions par les officiers et agents de police judiciaire.

Les agents de l'inspection du travail sont compétents pour dresser un procès-verbal sur l'ensemble du département, circonscription territoriale où ils ont été nommés¹.

Néanmoins, ce sont des agents de prévention et de conciliation avant d'être des agents de répression.

B- L'omniprésence de l'Inspecteur du travail dans les relations du travail en droit malien une démarcation du droit malien par rapport au droit français du travail : cas de rupture du contrat de travail

293. Au mali, l'Inspecteur du travail joue un rôle dans la totalité du processus de l'évolution du contrat de travail. Son rôle au Mali résulte d'une affirmation textuelle qui consiste à dire que l'Inspecteur du travail est chargée de l'application de législation du travail. Il s'agit : des conditions de travail et la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, aux termes de l'article 3, paragraphe (1) a), de la convention n° 81 et de l'article 6, paragraphe (1) a), de la convention n° 129. La convention n° 129 prévoit en outre à l'article 6, paragraphe (2), que : « les inspecteurs du travail peuvent connaître des conditions de vie des travailleurs agricoles et de leur famille ».

Les questions couvertes par l'expression «conditions de travail» sont nombreuses et variées. Elles concernent les conditions et le milieu dans lesquels le travail est exercé. A titre d'exemple, la convention n° 81 cite, à l'article 3, paragraphe (1) a), la durée du travail, les salaires, la sécurité, l'hygiène et le bien-être, l'emploi des enfants et des adolescents, auxquels la convention n°129 ajoute à son article 6, paragraphe (1) a), le repos hebdomadaire, le congé et l'emploi des femmes.

L'expression «protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession» utilisée dans la convention n° 81 doit se comprendre largement dans le contexte des conventions et recommandations ultérieures. Ainsi, elle se rapporte plus

¹ Cass. crim. 17janv 1995. Bull crim. 1995n° 22 p52

particulièrement à la protection sociale et aux droits fondamentaux accordés aux travailleurs tout au long de leur emploi. Il ressort des travaux préparatoires de la convention n° 129 que l'expression devait couvrir des matières telles que, notamment, le droit d'organisation et de négociation collective, les conditions de la cessation de la relation de travail ou encore la sécurité sociale. Dans un grand nombre de pays (Afrique du Sud, Belgique, Bulgarie, Chili, Danemark, Espagne, France, Ghana, Grèce, Lesotho, Mongolie, Liban, Nigeria, l'ensemble des pays d'Afrique francophone tel que le Mali, le Burkina-Faso ; et la plupart des pays d'Amérique latine), l'inspection du travail couvre tous les domaines de la législation du travail.

294. A travers les différentes illustrations, on trouvera que cet organe montre sa compétence dans la procédure de licenciement du travailleur. C'est l'article L. 40 du Code du travail malien qui stipule : « Tout employeur qui désire licencier un travailleur engagé depuis plus de trois mois est tenu d'informer l'Inspecteur du travail du ressort par lettre recommandée comprenant les indications relatives au travailleur et à l'employeur et le motif de licenciement. L'Inspecteur du travail dispose d'un délai de quinze jours pour émettre un avis.

En cas de contestation du ou des motifs du licenciement le travailleur peut se pourvoir devant le tribunal du travail. Le recours devant le tribunal du travail est suspensif de la décision de l'employeur ».

295. Par contre l'application de cette procédure d'information paraît soulever des difficultés.

D'abord, le projet présenté ne comportait pas cet alinéa et il a surgi lors des débats. A l'Assemblée nationale¹. L'alinéa litigieux pose notamment les questions suivantes :

- On ne peut suspendre une décision déjà prise et comment la suspendrait-on alors qu'il est évident qu'au jour de la notification de la décision de licenciement

¹ Le licenciement en Afrique Noire Francophone, Martin KIRSCH, éd. EDIENA, 2000., p17

l'action en justice ne sera pas encore intentée. L'employeur ne serait donc pas, à ce moment, si le travailleur intentera ou non une action en justice et le travailleur dispose de 30 ans pour intenter cette action s'il s'agit de dommages-intérêts pour rupture abusive.

- Si le travailleur intente cette action la procédure, même prioritaire, va nécessiter des délais qui seront souvent incompatibles avec la survie de l'entreprise.

- Le recours devant le tribunal du travail est suspensif de la décision de l'employeur dit l'adjonction mais qu'en est-il dans le cas où la décision du tribunal est frappée d'appel ou dans celui où l'arrêt de la Cour d'appel est frappé d'un pourvoi devant la Cour suprême. Là, les délais vont prendre une dimension encore plus insupportable...

- Quelles seront les conséquences de cette suspension qui ne peut prendre effet que lorsque l'employeur, par citation devant le tribunal, apprendra qu'il y a un recours ? Devra-il réintégrer le travailleur alors qu'il a déjà versé les indemnités de rupture et qu'il n'a commis aucune faute, ni dans la procédure de licenciement, ni au jour où il a notifié le licenciement. De plus cette éventuelle réintégration n'est pas légalement prévue.

- Quelle sera la situation de travailleur dans l'attente de la décision judiciaire notamment au regard des salariés ?

- Quelle sera la situation du travailleur si le tribunal estime le licenciement abusif ? En l'état du Code du travail, et comme pratiquement dans toutes les législations, le licenciement abusif, entraîne l'allocation de dommages intérêts mais n'annule pas le licenciement déjà prononcé.

D'autre part, l'idée du droit malien, est d'informer l'Inspecteur du travail par l'employeur avant tout licenciement d'un salarié quel que soit son statut dans

l'employeur. Doit-on voir cette procédure malienne comme une demande d'autorisation de l'administration avant tout licenciement ?

En France, l'autorité administrative n'a aucun rôle que lorsque le licenciement ne concerne d'au moins dix salariés. Même, dans cette éventualité, l'administration n'exerce aucun contrôle sur le caractère réel et sérieux du motif du licenciement économique allégué par l'employeur. Son contrôle ne porte que sur la régularité de la procédure de consultation et sur les mesures sociales d'accompagnement (plan de sauvegarde de l'emploi) qui doivent être proposés par l'employeur. Ce contrôle limité qui doit être exercé dans un délai assez bref débouche seulement sur un « avis » lorsque l'administration relève un ou plusieurs irrégularités¹. Cette procédure également prévue par le Code travail du Mali est appliquée en jurisprudence².

296. La Cour Suprême du Mali, par un arrêt du 14 juillet 1986 a donné les limites au contenu de l'avis que l'Inspecteur doit donner en cas de licenciement du salarié. Avant cet arrêt, à travers les multiples interventions de l'Inspecteur du travail, on aurait considéré que ce dernier pouvait valider un motif du licenciement. Ainsi peut-il- avoir un possible conflit de compétence entre le juge du travail et l'Inspecteur du travail malien. La haute juridiction du Mali a tranché. S'agissant du contrôle du licenciement, le tribunal du travail du Mali est seul compétent pour connaître le motif du licenciement³. Excluant ainsi toute hypothèse de contrôle du motif de licenciement par l'administration (par l'Inspecteur du travail). C'est aussi le cas en France. Il s'agit d'un rôle exclusif du juge du travail au Mali et du Conseil de Prud'hommes en France.

¹ Cet avis doit être écrit et préciser la nature de l'irrégularité constatée. L'autorité administrative envoie copie de ses observation au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel (L8253-1 du Code du travail). Cet avis peut être appelé à modifier ou compléter le plan de sauvegarde de l'emploi. L'avis doit être envoyé avant la dernière réunion du comité d'entreprise.

² Cass. soc. du 27 octobre 2004

³ Dans une décision du 18 janvier 2006, décision n°170 RG, n°393 JGT, le Tribunal du Travail de Bamako malgré avoir accepté le moyen fondé sur le non respect de procédure d'information de l'Inspecteur du travail soulevé par un salarié qui a fait plus de 3 mois d'ancienneté dans l'entreprise, n'a pas donné une sanction propre au non respect de cette règle. Il a seulement condamné l'entreprise au titre du non respect du droit de préavis et des indemnités de congés payés.

En France, la loi de 1973 a réalisé « l'objectivation » du motif de sorte que le juge doit vérifier dans tous les cas le motif invoqué par l'employeur, quel qu'il soit, et considérer qu'il n'est pas réel s'il n'est pas véritable ou manque de précision¹. Le rôle de l'Inspecteur du travail est donc de donner un avis qui n'a pas une force contraignante. Cet avis n'a aucun effet d'obligation sur le motif du licenciement.

Par contre, il est toujours important en Afrique d'impliquer l'administration dans le processus du respect du droit des salariés. Cela a un effet dissuasif. L'employeur a peur du contrôle de l'administration, peur de faire l'objet de contrôle du respect de la législation du travail en matière de conditions du travail, peur du contrôle fiscal... C'est pour cela que le législateur malien a accentué l'intervention d'Inspecteurs du travail dans ces domaines. L'Inspecteur du travail a le pouvoir de dresser un procès-verbal et de saisir le ministère public².

297. Toutefois, le constat est amer quant aux moyens alloués à l'Inspecteur du travail malien pour assurer l'effectivité de ses multiples interventions. Le texte donne à ce dernier des attributions énormes qui nécessitent des moyens matériels et humains considérable. Mais selon le Directeur national du travail, au Mali : « nous avons des inspections assises, c'est-à-dire réduites à un rôle de conciliation et d'examen des litiges. Elles ne sont pas capables aujourd'hui faute de moyens d'assurer le contrôle et la surveillance des mesures de sécurité dans les entreprise à travers les visites d'inspection »³.

Il est vrai que cette nécessité de l'autorisation peut être un des facteurs d'accroissement du chômage : les employeurs n'embaucheraient pas par peur (à tort ou à raison) de ne pouvoir licencier en cas de baisse d'activité. Or, ce qui importe le plus, dans l'intérêt même de l'ensemble des travailleurs, c'est la

¹ idem

² V.infra la sanction pénale 2e Partie.

³ voir référence de du Journal Essor du Mali ; infra

survie de l'entreprise. Il convient donc de tenir compte de la conjoncture économique actuelle et de l'évolution de ce problème de l'autorisation, car il est possible, tout en supprimant la formalité de l'autorisation, de prévoir des garanties et des contreparties non négligeables.

Section 2 Dans les relations collectives du travail

Dans les relations collectives du travail, l'Inspecteur étant un organe non juridictionnel intervient à côté du médiateur qui joue des attributions pour régler les conflits collectifs.

Paragraphe I : L'Inspecteur du travail face à un conflit collectif

298. L'Inspecteur du travail joue deux rôles dans le processus du règlement des conflits collectifs. Le premier concerne la tentative de conciliation dans les conflits collectifs quant au second, il vise la procédure de protection des représentants du personnel.

A- La tentative de conciliation dans les conflits collectifs

299. Le principe de la tentative de conciliation dans les conflits collectifs du travail est prévu à l'article L.219 du Code du travail malien qui dispose : « tout différend collectif doit immédiatement être notifié par les parties :

- à l'Inspecteur régional du travail du ressort lorsque le conflit est limité au territoire d'une Inspection régionale du travail ;
- au directeur du travail lorsque le conflit s'étend sur le territoire de plusieurs inspections régionales.

L'inspecteur régional du travail et le Directeur du travail, suivant le cas procèdent sans délai à la tentative de conciliation».

La procédure de règlement amiable peut être prévue par la convention collective. En cas d'échec de la dite procédure, l'Inspecteur du travail convoque les parties et procède à une tentative de règlement à l'amiable.

La procédure de conciliation peut ainsi être conventionnelle ou légale. La procédure réglementaire, celle faite devant l'Inspecteur du travail, est obligatoire ; soit qu'une procédure conventionnelle n'ait pas été prévue, soit que cette dernière ait échoué. Elle est conduite dans les mêmes formes et conditions que celle prévue pour les litiges individuels. L'Inspecteur du travail dispose des mêmes pouvoirs de conseil et de conciliateur. Comme pour le juge, il est soumis aux devoirs d'impartialité. Il doit rester diligent. Les parties sont tenues de comparaître sous peine d'amende.

La conciliation réglementaire peut déboucher sur une conciliation totale ou partielle, ou un échec complet. Dans tous cas, un rapport du résultat doit être dressé.

En cas d'accord de conciliation, le rapport de conciliation totale ou partielle signé par les parties, daté et visé par l'inspecteur du travail, est immédiatement exécutoire

En cas de non conciliation (partielle ou totale), le conciliateur rédige un rapport sur l'état du différend et l'adresse accompagné des documents et renseignements recueillis par ses soins au Ministre chargé du travail (article L.224 du Code du travail malien).

Dès réception du rapport du non conciliation, le Ministre chargé du travail saisit le conseil d'arbitrage qui connaîtra ainsi à nouveau du cas (v article L.225 code du travail).

300. La loi permet aussi un arrangement par une instance de conciliation éventuellement prévue par la convention collective, mais l'efficacité de cette tentative sera le prix du résultat obtenu. En cas de réussite, un acte est dressé et le différend est clos. L'acte valant accord entre les parties aura, semble-t-il, la force obligatoire que lui reconnaît le droit commun. S'il y a échec de la conciliation, l'affaire est nécessairement portée devant l'Inspecteur du travail

qui procède à la tentative réglementaire de conciliation, unique chemin d'accès au Conseil d'arbitrage.

301. Le projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail sort de ce carcan. Son article 426 prévoit que « la procédure de conciliation sera celle prévue par la convention collective pour le règlement des conflits collectifs a défaut d'existence de cette procédure, l'Inspecteur du travail ou le ministre du travail (lorsque le conflit s'étend sur les ressorts de plusieurs inspecteurs du travail) devra convoquer les parties pour procéder à une tentative de règlement amiable »¹.

Le droit en cours de modernisation confère ainsi pouvoir libératoire à la tentative de conciliation opérée selon les formes et conditions édictées par les conventions collectives sans que cela ne dépende des suites obtenues. Cette orientation est soutenable car, ce faisant, le législateur africain honore davantage l'autonomie de la volonté des partenaires sociaux dans le choix des voies de règlement de leurs conflits.

B- La demande d'autorisation de licenciement des représentants du personnel²

302. A cause du très grand rôle que confère le droit malien à l'Inspecteur du travail, il nous paraît important d'examiner l'intervention de ce dernier au niveau de la sanction administrative. Pour montrer que l'administration à travers l'Inspecteur du travail non seulement est consultée pour l'embauche et le recrutement de salarié dont le contrat de travail dépasse une durée de trois mois, mais aussi que son autorisation est indispensable avant le licenciement des représentants du personnel.

¹ Le projet d'Acte uniforme de OHADA se justifie dans la mesure certain pays prévoient les mêmes procédures de règlement par la conciliation, comme L158 du Code du travail du Cameroun et L219 du Mali. A ce niveau l'uniformisation posera moins de problème car les besoins de modernisations de droit semblent être les mêmes.

² V.infra sanction administrative

Paragraphe II : Le syndicat et le représentant

On retrouve la problématique de la diversité des actions ouvertes au syndicat et au délégué du personnel dans le cadre de leur attribution pour défendre le droit des salariés.

A- Action du syndicat¹

303. Il existe plusieurs possibilités d'action pour le syndicat en France et au Mali. En France dans le cadre de cette action l'article L2262-12, du Code travail prévoit les diverses modalités de saisine du juge en matière d'application des conventions et accords collectifs. Ces mêmes modalités sont prévues par L89 en droit malien. Le législateur malien est précis sur cette question. C'est ce qui nous permet de citer les articles L.240 et L241 qui indiquent respectivement que les syndicats professionnels jouissent de la personnalité civile. Ils ont le droit d'ester en justice... Ils peuvent, également devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

On retrouve cette indication dans Code du travail en France, les syndicats ont le droit d'ester en justice et peuvent, devant toutes les juridictions, « exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représentent »(les art L. 2132-3). Dès lors, en vertu de cet article, un syndicat représentatif peut exercer en justice toutes actions liées à un contrat à durée déterminée en faveur d'un salarié sans avoir à justifier un mandat de l'intéressé. Cette action sera qualifiée d'action en substitution, qui lui est personnelle ². Cependant, il faut respecter certaines conditions pour exercer cette action en substitution : le salarié doit avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et

¹ Conf ; à l'action du syndicat dans l'intérêt collectif de la profession. Dans ce cadre il peut saisir le T.G.I en France. Au Mali c'est le tribunal d'arbitrage qui est compétent.

² Cass. soc., 1er février 2000, n° 98-46.201.

ne pas s'y être opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention (C. trav., art. L. 1247-1. Le salarié aura, dans tous les cas, la possibilité d'intervenir à l'instance et d'y mettre fin à tout moment.

A- Action du délégué du personnel

304. Dans le cadre de ses attributions prévues par l'article L278 du Code du travail malien, le délégué du personnel ont pour missions des présenter aux employeurs toutes réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels, de saisir l'Inspecteur du travail de toutes plaintes ou réglementations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle :

- de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet :

- de communiquer à l'employeur toutes suggestions utiles tendant à l'amélioration et du rendement de l'entreprise¹. Le délégué du personnel peut ainsi servir d'intermédiaire entre les salariés et l'employeur, d'être informés et consultés sur un certain nombre de questions, de faire le lien avec les autres institutions représentatives dans l'entreprise ou hors de l'entreprise (inspection du travail).

En France le délégué du personnel joue rôle vivant à protéger les salariés depuis la loi du 31 décembre 1992. Selon l'article L. 2313-2 du Code du travail, ils sont « les défenseurs des personnes et des libertés individuelles » : Article L. 2313-2 indique à cet effet que : « si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à

¹ A ce niveau voir la procédure de règlement amiable de l'Inspecteur du travail

leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement. L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes qui statue selon la forme des référés. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor. »

Mais, la lecture de cet article n'est pas claire. L'action du DP devant le Conseil de Prud'hommes est ambiguë : on ne sait pas très bien s'il s'agit d'une action de substitution dans l'intérêt d'un salarié ou d'une action d'intérêt général visant à faire cesser les atteintes aux libertés de l'entreprise ; dès lors, si une atteinte [est constatée], il convient d'alerter le syndicat afin que celui-ci envisage les moyens les plus appropriés d'agir ».

305. La loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale avait voulu relancer via l'art L.1154-2 - ce rôle jusqu'alors peu utilisé, en associant les DP et plus largement les syndicats à la lutte contre le harcèlement sexuel ou moral. Au terme de l'article L.1154-2 : « les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice, dans les conditions prévues par l'article L.1154-1, toutes les actions qui naissent de l'article L.1153-2 et de l'article L.1152-1 en faveur d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient

d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment. »

306. Aussi, aux termes de l'article L. 2323-17 du Code du travail, l'Inspecteur du travail peut être saisi, dans certains cas, de recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée. En effet, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée, ou lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de salariés occupés sous contrat de travail à durée déterminée, il peut saisir l'Inspecteur du travail, qui effectuera les constatations qu'il estime utiles. L'Inspecteur du travail adresse un rapport, dans lequel sont consignées ses constatations, au comité d'entreprise. En même temps, l'employeur communique sa réponse motivée aux constatations de l'Inspecteur du travail, dans laquelle il précise les moyens qu'il entend mettre en œuvre dans le cadre d'un plan d'absorption de la précarité destiné à limiter le recours au contrat de travail à durée déterminée. En l'absence de comité d'entreprise, les délégués du personnel exerceront ces missions.

Paragraphe III : L'homologation de la convention de rupture du contrat

307. En France comme au Mali, il y existe une procédure de règlement amiable du différend appelée «la convention de rupture du contrat de travail ». Cette procédure consiste pour le salarié et pour son employeur de conclure en commun accord une convention qui va mettre fin à leur relation du travail (article 50 du Code du travail malien. Dans la convention l'employeur accepte de verser une indemnité de départ au salarié et le salarié s'engage de ne pas saisir le juge pour demander d'autres « avantages ».

En France, cette convention est issue de la loi n°2008-596 du 28 juin 2008 portant modernisation du marché du travail. Elle est prévue dans le Code du travail dans l'article L.1237-11 prévoyant la procédure de rupture du contrat de

travail à l'amiable. Le décret 2008 -715 crée R1237-3 qui dispose que la Direction Départementale du travail et de la Formation Professionnelle est chargée d'homologuer l'accord de rupture du contrat. Tous les salariés peuvent conclure cette convention, quel que soit leur statut. Il peut s'agir d'un salarié non protégé ou d'un salarié protégé¹.

Au Mali cette procédure existe depuis très longtemps. Elle fait partie des pratiques ancestrales de règlement des différends entre les salariés et leurs employeurs. La législation malienne n'est pas restée en marge de cette pratique car elle permet au juge d'homologuer une convention de rupture du contrat de travail. Donc le Mali et la France partagent le même principe d'un règlement amiable.

Dans une décision jugée en date du 12 août 2002 le tribunal du travail de Bamako a homologué une convention de rupture du contrat de travail entre le salarié et son employeur².

En espèce monsieur Almoctar YATTARA et 12 autres salariés de l'Association Aide Médicale Internationale ont conclu de commun accord avec leur employeur une convention de mettre fin à leur relation de travail. Ainsi ils ont soumis à l'homologation du Tribunal du travail de Bamako cette convention pour mettre un terme global et définitif à tous les litiges et prévenir tous différends à naître des relations antérieures à la date du 12 août 2002.

L'Association Aide Médicale Internationale s'est obligée dans cette convention à payer aux sieurs YATTARA et les 12 autres salariés la somme de 23.000.000 francs CFA soit 2.300.000 franc français et « 50% du reliquat à la fin du programme ». Pour solde de tout compte et les salariés ont accepté ce type de règlement amiable. Et par une grande simplicité de raisonnement le juge malien s'est fondé sur l'article 77 du régime général des obligations qui indique que : « les

¹ Arrêté du 28 juillet 2006 publié au J.O. du 06 août 2008.

² tribunal du travail de Bamako N°277RG N°224JGT ; affaire Association aide Médicale Internationale contre Almoctar Yattara et autres du 12 août 2002

conventions légalement faites tiennent de loi entre les parties ». Dès lors qu'il y a lieu d'homologuer la convention entre les parties en sa forme et teneur. Cette convention homologuée est devenue une contractualisation du règlement soumis à la validation du juge.

308. En France depuis l'intervention du Conseil de Prud'hommes de Valence du 14 octobre 2008 sur la rupture conventionnelle issue de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail¹ que les deux jurisprudences affichent des rapprochements. Avant cette décision, la loi prévoyait que c'est la DDTFP qui est chargé d'homologuer la convention.

Contre toute attente, par le jugement rendu du 14 octobre 2008, le Conseil de Prud'hommes de Valence a validé une rupture conventionnelle comportant une indemnité de rupture inférieure à l'indemnité légale, faisant ainsi droit à la demande d'homologation du salarié et partant à sa renonciation au bénéfice d'une indemnité supérieure, au motif que celui-ci était « clairement informé du montant » auquel il avait droit.

308. Ce faisant, le Conseil de Prud'hommes admet que le salarié peut renoncer à ses droits, alors même que l'article L.1231-4 du Code du travail et la Cour de cassation l'excluent expressément².

Avant cette décision on n'aurait pas cru que les prud'hommes n'allaient jamais accepter que le salarié puisse renoncer à un droit plus avantageux par rapport à un accord moins protecteur. Le raison consiste de dire qu'à partir du moment où il y a eu consentement du salarié, l'accord est acceptable. Il n'a même pas cherché à savoir s'il y a eu un dol ou chantage.

¹commentaire de Sophie Canadas Blanc ; docteur en droit ; Chargé de l'enseignement à l'université ; **NDLR** : l'article a fait l'objet d'une publication au sein de la revue "*Les Petites Affiches*".

² Conseil de Prud'hommes de Valence, section industrie, 14 octobre 2008, F08/00501, SA Cheddik France c/ DDTEFP de la Drôme.

La jurisprudence malienne est trop ancienne par rapport celle de la France. Là c'est une inversion de pratiques jurisprudentielles. D'habitude c'est le droit malien qui copie et prend référence, sur des faits et pratiques du droit français. En droit malien du travail, ce mode de rupture du contrat n'est pas nouveau et ce n'est pas une surprise. En effet depuis des temps anciens, il fait partie de la coutume malienne le « sigui qua folli » c'est-à-dire s'asseoir pour négocier afin d'éviter l'intervention du juge; Il peut s'agir de négocier les indemnités de rupture du contrat de travail. Cette procédure fait partir de la tradition malienne. Comme on dit « s'asseoir pour négocier est un honneur » autrement dit c'est dans la négociation que les hommes trouvent la solution au problème.

310. Actuellement, avec la révolution sociale et économique les parties soumettent leur décision à l'homologation du juge. Cette décision va ainsi avoir une portée juridique opposable à tous. Cette pratique au mali n'est pas en marge de l'actuelle décision du Conseil de Prud'hommes en France.

Le jugement de Valences, est l'un des premiers jugements prud'homaux rendu en matière de rupture conventionnelle du contrat de travail. Que nous dit-il ? Est-il de nature à rassurer les nombreuses inquiétudes soulevées par les auteurs depuis sa création par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ? Ce jugement revient sur la décision de la direction départementale du travail qui avait refusé d'homologuer la rupture pour une indemnité de départ insuffisante. Il illustre la compétence du Conseil de Prud'hommes en cas de recours contre la décision de l'Administration.

311. Quels sont les faits ? Une ouvrière de production, 29 ans d'ancienneté, souhaite bénéficier de la rupture conventionnelle de son contrat. Elle en fait part à son employeur qui accepte. Les modalités de rupture sont arrêtées le 11 juillet 2008 et la convention signée. Le 29 juillet, l'employeur adresse la demande d'homologation. Deux jours plus tard, la DDT la refuse, au motif d'une indemnité de licenciement insuffisante. La salariée se tourne alors vers le

Conseil de prud'homme de Valence pour contester la décision de l'Administration et faire valider la convention; le Conseil lui donne raison.

Une salariée saisit les prud'hommes car l'Administration a refusé d'homologuer la rupture conventionnelle en raison d'une indemnité de licenciement insuffisante. Cela peut paraître curieux en effet. Lorsque l'employeur et le salarié signent leur convention, soit le 11 juillet, le montant de l'indemnité de licenciement est de 1/10^e de mois. Lorsque la DDT est saisi de la demande d'homologation le 29 juillet 2008, le décret du 18 juillet 2008 qui double l'indemnité de licenciement est parue au Journal Officiel et il ne stipule pas de rétroactivité. Selon l'Administration, la salariée a droit non pas à 9500 € mais à 18770 €. Etrangement donc, la salariée ne réclame pas son dû qui correspond tout de même au double des indemnités prévues dans la convention ! Elle se contente de demander au Conseil de Prud'hommes d'homologuer la convention de rupture dans les conditions arrêtées le 11 juillet 2008 et d'invalider la décision de la DDTE. Sans motiver sa décision le Conseil accède à la demande de la salariée soulignant au passage que cette dernière a été « clairement informée du montant de l'indemnité à laquelle elle a droit soit 18.770 € ».

312. Etrange motivation, implicitement le Conseil de Prud'hommes semble admettre que la salariée peut renoncer à ses droits. Or, l'art L. 1231-4 du Code du travail l'exclut expressément. Il interdit aux parties de renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles en matière de rupture du contrat à durée indéterminée dont fait partie la rupture conventionnelle. La Cour de cassation vient de le rappeler dans un arrêt du 6 novembre 2008 à propos du licenciement. Ce qui implique que même si le salarié y consent, l'employeur ne peut proposer une rupture conventionnelle comportant une indemnité de rupture inférieure à l'indemnité de licenciement. Parfois la tentation sera grande, surtout lorsque le salarié est à l'origine de la demande.

Ainsi, en prenant une telle décision en apparence en faveur de la salariée, le Conseil viole manifestement la loi. Les règles protectrices du droit du travail sont pour l'essentiel d'ordre public et un salarié n'a pas librement la possibilité d'y déroger ou en tout cas de saisir la justice pour demander à ce qu'il y soit dérogé, lorsque cela lui est profitable. De même le Conseil de Prud'hommes qui a vocation à faire respecter le droit du travail ne peut écarter une règle impérative qui s'impose à tous pour respecter le souhait d'un salarié.

313. Ce jugement soulève la question de savoir à quel moment naît le droit à indemnité en matière de rupture conventionnelle : au moment de la signature de la convention ou au moment de la rupture du contrat ? La question est d'importance pour déterminer si le salarié renonce à ses droits légaux. Certains auteurs admettent que pour apprécier l'exactitude du montant prévu au titre de l'indemnité de rupture, l'autorité administrative doit nécessairement se placer au jour de la rupture du contrat de travail. C'est le fait juridique générateur du versement de l'indemnité. « Sans rupture, pas d'indemnité de rupture ». La lettre circulaire de l'ACOSS n° 2008-081 du 16 octobre 2008, précise à ce propos que : « la date de la rupture du contrat de travail ne peut intervenir avant le lendemain de l'homologation de la convention par l'autorité administrative compétente, la validité de la convention étant subordonnée à son homologation ». Donc, l'indemnité ne sera versée que s'il y a rupture et pour qu'il y ait rupture, il faut que la convention de rupture soit reconnue valide. En tout état de cause, en l'espèce, la date de rupture ne pouvait intervenir que postérieurement au 29 juillet.

314. Mais le Conseil de Prud'hommes, ici, a considéré qu'après avoir constaté que Madame x avait été clairement informée du montant de l'indemnité auquel elle pouvait prétendre, l'employeur n'aurait à verser que la somme convenue en application des textes applicables « au jour de la signature de l'accord et selon ses modalités expresses », soit le 11 juillet 2008, autrement dit, avant la

publication du décret. La volonté des parties est celle figurant dans l'accord qu'elles ont signé et dont la date est certaine et le délai de réflexion, rétractation de 15 jours est écoulé. Le contrat devient définitif car la volonté des parties est confirmée. Il ne s'agit pas d'une nouvelle volonté mais du maintien de celle qui existe déjà. La salariée n'a donc renoncé à aucun droit. La sécurité des contrats est préservée.

Si le Conseil avait décidé que le droit naît au moment de la rupture une autre question se serait posée, celle de la validité de la convention. En effet, si l'employeur avait connu le montant doublé des indemnités aurait-il donné son accord ? Le consentement de l'employeur étant non éclairé, la convention devenait nulle et de nul effet.

Un autre problème est soulevé par ce jugement: si l'employeur ne veut pas appliquer les conditions du nouveau décret et ne pas doubler l'indemnité légale, le salarié ne risque-t-il pas de n'avoir d'autre choix que d'aller défendre son accord initial devant le Conseil de Prud'hommes ou renoncer à la rupture conventionnelle : un chantage entre les deux protagonistes risque de s'instaurer.

315. Enfin, ce jugement nous apporte l'éclaircissement suivant: le juge judiciaire peut infirmer une décision administrative... Le contrôle des juges prud'homaux sur un acte administratif fonctionne donc. Ici finalement, c'est le Conseil de Prud'hommes qui « homologue » la convention de rupture. Dans ce cas, les tribunaux peuvent-ils, donnant à une convention une force exécutoire remplacer l'Administration et homologuer ou invalider à sa place ladite convention ? Si c'est le cas, il y a confusion des genres et les situations deviendront inextricables. Imaginons par exemple le contraire, le Conseil annule l'homologation. Que se passera-t-il pour les parties ? Un véritable imbroglio. Le salarié devra-t-il retourner dans son entreprise ? L'employeur devra-t-il le réintégrer et payer les salaires de la date de rupture du contrat à sa réintégration ou devra-t-il simplement verser des dommages et intérêts s'il refuse la

réintégration ? Le salarié devra t-il rembourser les Assedic ? Les questions sont multiples et ce jugement ne nous éclaire pas sur les interrogations que se pose l'ensemble de la doctrine. Mais toutefois, 31 000 ruptures conventionnelles ont été homologuées fin 2008 dont 1500 seulement ont fait l'objet d'un refus d'homologation¹. Nous pouvons malgré tout considérer qu'il s'agit là d'un succès au sein des entreprises françaises même si nous continuons d'être méfiants à l'égard de la sécurité juridique du dispositif qui doit nécessairement être amélioré. (La contestation de la rupture pendant le délai d'un an est jugée trop longue, la tentation en pratique de la compléter avec une transaction afin de transiger sur des éléments périphériques à la rupture du contrat, la nature de l'indemnité à verser au salarié : légale ou conventionnelle... ?) Autant d'interrogations qui surgissent et qui nécessiteront sans aucun doute une réponse judiciaire.

¹ Confirmation du Ministre du travail, 13 janv. 2009, actuelEL-RH.fr. Ce nouveau mode de rupture représente 5% des sorties de CDI.

Chapitre II

Les juridictions compétentes

316. Tant que dura le travail forcé et que la réglementation du travail autochtone fut pratiquement inexistante, il n'y eut guère de conflit ouverts, comme le rappelle le Professeur Gonidec¹ le travailleur autochtone subissait la loi du patron. Quant aux travailleurs européens, leurs contrats de travail attribuaient compétence aux tribunaux de droit commun pour la solution des différends individuels, seuls conflits qui se posaient jusqu'à la Constitution d'un prolétariat blanc et de syndicats dans les grandes agglomérations.

En 1925, fut promulgué le décret réglementant en A.O.F le travail indigène, c'est-à dire essentiellement le contrat de travail qui les concernait. Ces textes prévoyaient la création de conseil d'arbitrage pour la solution des conflits individuels ou collectifs entre les travailleurs indigènes et les employeurs. L'O.I.T parlait bien de sanction pénales dans ses conventions n°65 et 104, mais sans autres indications.

En 1937 un décret institua la conciliation et arbitrage obligatoire pour règlement des conflits collectifs du travail en A.O.F (Afrique occidentale française)².

Le décret Moutet de 1947 contenait un titre consacré à la conciliation et à l'arbitrage. Mais, l'Inspecteur du travail, à l'époque, continua de connaître des conflits du travail, en raison de l'absence de conseil d'arbitrage et aussi parce que les travailleurs autochtones hésitaient à saisir les juridictions de droit commun, lentes et coûteuses³.

Finalement, la loi de 1952 instituant le Code du travail des T.OM, créa des tribunaux du travail pour les différends individuels et un système de conciliation, de médiation et arbitrage pour les différends collectifs. En effet, pour le règlement des conflits individuels, le législateur avait renoncé à l'assimilation de la législation métropolitaine pour instituer des conseils de prud'hommes. Le Mali comme les autres pays d'Afrique francophones a suivi

¹ Droit du travail des T.OM., LGDJ, Paris 1958

² Décret du 20 mars 1937 et son texte d'application du 14 avril 1937

³ A noter que cette fonction n'était pas prévue par la convention n°81 de l'O.I.T sur l'Inspecteur du travail.

cette démarche en instituant les tribunaux du travail d'un part et les juridictions arbitrales d'autres parts. Avant d'étudier les juridictions en question on évoquera les règles du procès malien et français qui affichent tantôt des convergences tantôt des divergences.

En outre le droit malien n'est pas totalement parallèle au droit français. En effet, le Mali a signé le 9 mars 1962 un accord de coopération en matière de justice avec la France. Au terme de cet accord, les décisions contentieuses et gracieuses en matières civiles et commerciales rendues par les juridictions siégeant sur le territoire de l'un des Etats doivent, pour avoir autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat, remplir les conditions prévues par la législation de celui-ci.

L'exequatur est conformément à cet accord, accordée par l'autorité compétente d'après la loi de l'Etat ou du lieu requis et dans les conditions prévues par la législation de celui-ci. Alors qu'on se pose c'est de savoir si la justice malienne doit appliquer le droit du travail tout en respectant les conditions de procédures du droit français. Certes, il y a des points de partage entre les deux droits, les divergences existent aussi.

Section 1 La comparaison des règles applicables au procès

318. Un juge ne peut être saisi d'une cause que dans la mesure où les dispositions sur l'organisation judiciaire et celles qui fixent les règles de procédure, lui donnent le pouvoir de la juger. Ce pouvoir, c'est la « compétence ». La compétence est envisagée à plusieurs points de vue. Celui qui entend introduire un procès doit d'abord se demander quel est l'ordre,

administratif ou judiciaire, de la juridiction qui sera amenée à statuer sur le conflit dont il entend la saisir¹.

S'il s'agit d'un procès qui ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, il devra ensuite prendre en compte la nature pénale ou civile de l'affaire. Si le différend est d'ordre civil, il recherchera au niveau du type de juridiction, (Tribunal d' Instance, T.G.I, Conseil de prud'hommes) laquelle d'entre elles est appelée à connaître de ce différend. Enfin, en dernière analyse, il devra au plan territorial, déterminer où se trouve la juridiction que la Loi désigne pour juger son affaire.

La première série de questions concerne la compétence d'attribution ou compétence matérielle dite aussi "compétence *ratione materiae*", la seconde, intéresse "la compétence territoriale", on dit aussi "compétence *ratione loci*". En matière civile, qui est la seule partie du Droit qui est envisagée dans cette première partie, la compétence matérielle répond d'abord au principe du double degré de juridiction. Selon cette règle, on ne peut porter un litige devant une Cour d'appel avant que l'affaire n'ait été d'abord jugée par un tribunal de première instance (T.G.I, Tribunal d'Instance, Tribunal de commerce, Conseil de Prud'hommes).

Ensuite, parmi les juridictions de première instance, il convient de déterminer si l'objet du litige est ou non de la compétence d'une juridiction spécialisée, telle que, le Tribunal de Commerce, le conseil de Prud'hommes, le Tribunal des affaires de Sécurité sociale. Dans le silence du Code de l'Organisation judiciaire et du Code de procédure civile, attribuant l'affaire à la connaissance d'une juridiction spécialisée, ce sera, soit le Tribunal d'Instance, soit le T.G.I qui sera saisi selon les critères que ces Codes définissent.

¹ Dictionnaire du droit privé, Serge BRAUDO, éd 20012

Paragraphe I : Les convergences

319. On peut trouver les règles applicables au procès en France dans le système judiciaire au Mali, même si les codifications ne sont pas pareilles. A effet la différence du droit malien après rapport au droit français réside dans le changement d'appellation. C'est certainement le droit malien qui prend un titre différent par rapport au droit français à cause de l'ancienneté de ce dernier. Par exemple, le Code civil français (1803) : est partiellement applicable au Mali, dans certains domaines relatifs aux biens, obligations, société civile et régimes matrimoniaux.

Le Code de procédure civile, commerciale et sociale est issu d'un Décret N°99-254/P-RM du 15 -09-1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale. Pour se démarquer du droit français, il change d'appellation. Au Mali, le Code de procédure civile, commerce et social correspond au Code de procédure civile en France. Ces deux Codes ont en commun l'ensemble des règles procédurales applicables au droit civil: Code civil, Code de commerce, Code du travail... Parmi les règles de procédure applicable en France qu'on trouve Mali, on peut citer (A) le cas de la demande de l'action en justice dont le défaut de qualité est sanctionné par l'irrecevabilité de cette demande, (A) et le respect du contradictoire au procès.

A- Cas de l'irrecevabilité de la demande : cas de la qualité à agir

320. Toute personne peut-elle- attirer un chef d'entreprise en justice ? Au Mali, dans le secteur informel les personnes peuvent travailler sans pouvoir justifier d'un contrat de travail. Elles sont payées, mais n'ont pas de bulletin de paie. Dans cette hypothèse la question peut être posée. Mais cette possibilité d'agir est-elle un droit d'action contre un employeur avec lequel on peut justifier la relation du travail. En France le droit d'action en justice est défini par l'article 30 du nouveau Code de procédure pénale. Si on se tient à l'article 30 du nouveau Code de procédure civile en France, le salarié semble avoir le droit

d'intenter une action en justice contre son employeur. Ce droit se manifeste par l'ouverture d'une action en justice. L'action se définit comme le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé. C'est aussi le droit pour l'adversaire de discuter du bien-fondé de cette prétention.

Lorsque le salarié se trouve en litige avec son employeur, il est indispensable qu'il dispose d'un recours, correctif nécessaire à sa situation de subordination. L'employeur se trouve lui placé dans une situation de force : par le jeu du congédiement et le refus de verser tout salaire ou indemnité qu'il estime ne pas devoir, il se fait en quelque mesure justice à lui-même ; puis se situe en position de défendeur.

321. Et l'article 31 de du Code de procédure civile reconnaît le droit d'agir en justice aux personnes qui justifient d'un intérêt pour agir et d'une qualité pour agir.

L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

Les deux conditions requises pour exercer le droit d'agir en justice sont l'intérêt et la qualité pour agir. L'absence de l'une de ces conditions de fond est une condition d'irrecevabilité¹. Toutefois, la distinction de ces deux notions est malaisée en pratique.

322. Alors une tierce personne peut-il demander une indemnité de licenciement à un en employeur. La réponse à cette question a été clarifiée par le tribunal du travail de Bamako a clarifié. Le Mali hérite de certaines techniques qui sont

¹ Art 122 du Code de procédure civile en France « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

liées aux conditions d'ouverture d'une action en justice. Comme c'est le cas de la sanction de fin non-recevoir défini par l'art 118 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali. Constitue, « la fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable sur sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, et l le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription délai fixé, la chose jugée». Ce texte donne la même définition que celle de l'article 122 du Code de procédure civile en France¹. Dans un tel cas de figure on pourrait commenter le jugement du tribunal du travail de Bamako à travers les éléments de définitions donnés par le législateur français du 30 juin 2004².

Dans ce jugement, le tribunal du travail devait se prononcer pour préciser la sanction d'irrecevabilité de la demande des ex salariés de SOMIEX (Société malienne d'Importation et d'exportation). Le conseil de la SOMIEX soulevait des fins de non-recevoir ou d'irrecevabilité sur la qualité de salarié de certains demandeurs d'action en justice contre un chef d'entreprise : « Attendu pour agir contre un employeur le demandeur de cette action doit être un salarié. C'est-à-dire avoir rempli les conditions de l'existence d'un contrat de travail ». Donc la qualité de salarié est le préalable qui justifie l'intérêt à agir contre un employeur. Or selon la défense de l'employeur, ceux qui intentent l'action en justice contre leur client leur client n'ont jamais produit un document de recrutement et de licenciement. Et soutenant à cet effet qu'en absence de ces éléments que l'action des requérante tombe sous le coup de l'irrecevabilité pour défaut de qualité au sens des articles 118, 119 et 120 du Code de procédure civile commerce et sociale.

323. Quant on examine les deux conditions posées par art 31 du Code de procédure civile français cité ci-dessus en droit du travail on pensera au salarié.

¹ Cf, à la définition donné ci-dessus.

² Cour d'appel de Bamako, tribunal du travail, n°206 RG, n°1444JGT, affaire Zoumana DOUMBIA et autres.

- Sur la légitimité de l'intérêt : ainsi, un salarié a un intérêt à agir contre un employeur pour une demande de paiement de primes de rendement. Comme on le dit, le titulaire du droit d'agir doit justifier d'un intérêt légitime juridiquement protégé, et d'un intérêt personnel et direct (« nul ne plaide par Procureur »)¹. Donc la réparation « les primes de rendement » serait un droit et intérêt légitime juridiquement protégé.

- Sur la qualité du titulaire de cette action, la qualité pour agir est le titre ou la qualification auxquels sont attachés, dans certaines actions en justice, le droit d'agir en justice, exigée à peine d'irrecevabilité. Cette qualité résulte soit de la qualité requise par la loi, soit, dans toutes les actions ouvertes à tout intéressé, de la justification d'un intérêt pour agir. Dans notre cas en espèce Brahima et autres par leur qualité de salarié bénéficieraient de la qualité agir contre la SOMIEX². Argument du tribunal du travail de Bamako est tiré des pièces du dossier dans lequel il ressort que Zoumana et autres voulant contribuer à l'effort de redressement de la ladite société ont mis à la disposition de cette dernière leurs primes de rendement auquel ils avaient droit. Donc cette prime est un droit des ex salariés de SOMIEX. Suivent les décisions de licenciement versés au dossier, la qualité d'agir contre ladite société était établie, par conséquent le tribunal rejette les fins de non-recevoir.

¹ Civ., 23 juillet 1918 La jurisprudence admet la recevabilité des actions intentées sur le fondement d'un intérêt collectif dans certaines conditions :

- les actions sont recevables lorsque l'intérêt collectif ne constitue que la somme d'intérêts individuels, telle une association de défense qui agit dans l'intérêt de ses membres ;
- les actions sont irrecevables lorsqu'elles sont intentées par une personne au nom d'une collectivité qu'elle prétend représenter (recours collectif).

Cependant la loi permet aux associations et aux syndicats professionnels d'agir pour les intérêts communs du groupe représenté. Lorsque l'association défend une grande cause elle devra se conformer aux exigences

² La loi attribue la qualité pour agir à certains groupements pour représenter un intérêt véritablement collectif, sans devoir justifier d'un intérêt personnel à agir. Cette action est fondée sur les droits reconnus à la partie civile en cas d'infraction pénale. La qualité pour agir de ces groupements dépend donc de deux types de conditions cumulatives : les conditions liées aux statuts et à l'ancienneté de l'association au jour de l'infraction ; les conditions liées à l'infraction, à la victime et à la personne à l'origine de l'action publique. Les groupements qui se voient conférer la qualité pour agir au nom d'une catégorie de personnes comprennent : les syndicats de salariés, article L2131-1 du Code du travail ; les associations de lutte contre le racisme, article 2-1 du Code de procédure pénal ; les associations de lutte contre les violences sexuelles ou familiales, article 2-2 du Code de procédure pénale

B- Cas de la règle du contradictoire

324. Le principe du respect du contradictoire, on dit aussi « principe du respect de la contradiction », s'applique à tous les états de la procédure. Il exige que le demandeur informe le défendeur de sa prétention, que les parties échangent leurs conclusions et leurs pièces, que les mesures propres à l'établissement de la preuve soient menées en présence des parties et de leurs conseils, que les débats soient eux-mêmes contradictoirement menés, que le jugement soit rendu en audience publique à une date dont les parties ont été tenues informées par le juge lors de la clôture des débats. Relativement à l'application du principe du respect du contradictoire, la Cour de cassation a rappelé (2008)¹.

Au Mali, le principe semble acquis au procès de droit du travail. C'est le cas illustré par la jurisprudence du tribunal du travail de Bamako dénommé affaire N'Golo COULIBALY en décision contradictoire du 5 mai 2005². On remarquera que pour montrer l'attachement du juge malien à cette valeur de droit, il est écrit dans certains arrêts de la jurisprudence malienne que la décision est contradictoire³. Deux leçons apparaissent dans cet arrêt.

325. Il est écrit de façon lisible en tête de l'arrêt décision contradictoire. En voyant cette écriture on a déjà une première approche de la volonté du juge

¹ Cass. 2e civ., C., 26 juin 2003 ; SA Tréfilimétaux. Arrêts n° 971, n° 972, n° 973. JCP G 2003, n°28 act. 358) le caractère impératif du « principe de la contradiction ». Elle a en cassé l'arrêt d'une cour d'appel ayant interdit à une société appelante, d'une part, de répliquer aux intimés du chef de leurs appels incidents respectifs et lui ayant interdit, d'autre part, de produire les pièces réclamées par la sommation de communiquer des intimés. L'arrêt de la Cour d'appel avait motivé cette interdiction en considérant que l'ordonnance du Premier président fixant l'affaire pour être plaidée, avait établi avec l'accord des parties, un échéancier de leurs conclusions, que cette ordonnance ne prévoyait pas de réponse. La Cour de cassation a retenu que les derniers écrits de l'appelante, accompagnés de pièces nouvelles, contenaient de nouveaux développements qui, formulés la veille de l'audience, n'avaient pas permis qu'il y soit répliqué. Voir aussi l'arrêt de la Première chambre (1re Civ. - 13 novembre 2008 BICC n°698 du 15 mars 2009) cassant un arrêt d'une Cour d'appel qui avait fondé sa décision sur un moyen qui n'avait pas été soulevé par les parties et sur lequel la Cour d'appel ne les avait pas invités à conclure. Le respect du contradictoire a été aussi appliqué au cas où la cour d'appel avait rendu un arrêt visant des conclusions écrites du ministère public, intervenant en qualité de partie jointe, sans constater que l'une des parties avait eu communication de ces conclusions et des pièces jointes, ni qu'elle avait eu la possibilité d'y répondre. (1re Civ. - 23 janvier 2008, BICC n°684 du 15 juin

² Arrêt du n° 142 RG, n°172 JGT du 5 mai 2005 du tribunal du travail de Bamako

³ V. arrêts cités en annexe

malien de faire apparaître tous les moyens de preuves et de contradictions des parties au cours de l'audience.

En espèce maître Mamadou Yattassaye a, par requête au nom et pour le compte de N'Golo Coulibaly et autre attrait l'Opération Thé de Sikasso devant le tribunal de céans aux fins de réclamation de différentiels de salaires sur la base de la convention collective fédérale du Commerce de 1958 remplacé par la loi n°81-10 ANRM du 3 mars 1981, à la suite de leurs licenciement par l'entreprise Thé de Sikasso.

Pour illustrer le caractère contradictoire du procès au Mali, on voit que les parties se sont transmis mutuellement de nombreux documents pour faire valoir leur droit. C'est le cas par exemple :

- de là l'ordonnance n° 88-21 du 5 décembre 1988 relatif au versement des droits de réinsertion qui a été refusé à monsieur Coulibaly ;
- de la loi n°89-85 ANRM du 11 novembre 1989 qui a apportée des bonifications subséquentes sur les entreprises publiques à caractère industriel et commercial, ne les a pas été accordée ;
- le décret n°363/PG-RM du 8 décembre sur les conditions du fond de réinsertion des anciens salariés de l'Opération Thé dont monsieur Coulibaly a été exclu du bénéfice ;
- la décision n° 091 OTS - DG¹ du 15 septembre 1993 en son art, cette décision a été citée par la défense pour prouver que les requérants ont perçu l'indemnité de licenciement au moment de leur départ de l'Opération thé ;
- la défense a aussi fait mention à L118 du Code du travail malien, pour évoquer la prescription triennale de la demande salariale des requérant².

¹ Décision du Directeur Général de L'Operation Thé , décision qui s'applique au salarié de l'entreprise

² voir paragraphe sur la prescription de la demande salarial du même arrêt n°142 RG,n°172JGT

Ces différents textes en plus des références du caractère contradictoire de la jurisprudence laissent apparaître le respect du principe contradictoire du procès à l'occasion du différend entre l'employeur et ses salariés. On dirait à cet effet que le Mali et la France semblent être sur le même d'égalité pour ce qui concerne le l'adage « l'égalité des armes entre les parties ».

Paragraphe II : La règle de compétence d'attribution

326. L'intérêt de l'étude de la règle de compétence repose sur la répartition de la compétence entre les différents juges. Cette règle est applicable en France comme au Mali. Elle consiste à saisir le bon juge selon sa compétence par rapport aux questions de droit qui lui est soumis. Par exemple on ne peut pas saisir le tribunal du commerce pour une question relative à l'application du contrat de travail. Ce tribunal est incompétent. Seul le conseil due prud'homme est compétent R1412-1du Code du travail¹.

Cette compétence du juge montre que le système malien tire son origine du Code du travail de 1952 des T.OM.²

A- La règle de compétence territoriale du juge

327. En France, par dérogation à la règle de compétence habituelle, le Conseil de Prud'hommes compétent est celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où travaille le salarié. Si le lieu de travail n'est pas fixe (V.R.P) la compétence découle du domicile du salarié lors de la saisine du conseil³. Il a aussi la faculté de saisir le conseil du siège de l'entreprise ou du lieu où l'engagement a été contracté. Les options de compétence sont impérativement

¹ A ce propos voir infra sur la compétence du conseil du prud'homme

² CF introduction de la section sur les juridictions.

³ L'employeur et le salarié portent les différends et litiges devant le Conseil de Prud'hommes territorialement compétent.

Ce conseil est :

1° Soit celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est accompli le travail ;

2° Soit, lorsque le travail est accompli à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, celui dans le ressort duquel est situé le domicile du salarié.

Le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi.

ouvertes¹. Au Mali, il y a l'idée de règle de compétence du tribunal du travail. Le tribunal du travail de Bamako, s'est prononcé sur cette question. C'est dans l'affaire BOCOUM contre la Société Rand Gold ressource que le tribunal du travail de Bamako réfute la qualité à agir à monsieur BOCOUM au motif que ce dernier n'a pas de contrat de travail le liant à cette société² conformément au droit malien. Quels sont les faits ?

Mr BOCOUM, a signé un contrat de travail avec la Société Rand Gold de Johannesburg (Afrique du sud). Cette société lui fait une aide d'aller préparer un diplôme MBA au Canada. MR ; BOCOUM a signé un contrat qu'après le ces études il reviendra travailler pour la société³. Mais une fois le diplôme obtenu, MR BOCOUM refuse le travail qui lui a été confié par rand Gold au motif que son diplôme ne correspond pas aux tâches qui lui ont été confiées. Ils sont alors licenciés pour absence. C'est ainsi qu'il saisit le tribunal du travail de Bamako pour qualifier son licenciement d'abusif. Cet arrêt nous apporte des éclairages sur plusieurs points.

328. D'abord, sur la compétence territoriale du juge de Bamako, selon l'article L193 du Code du travail, le juge compétent est lui du lieu d'exécution du contrat. Il se trouve que BOCOUM a signé le contrat avec Rand Gold qui est une société étrangère qui peut affaire travailleur ses salariés partout dans le monde. Mais cela, n'est pas un obstacle à la recevabilité de la demande du salarié du point de vue du droit malien, car, si MR BOCOUM démontre que qu'il est domicilié à Bamako. Comme dans l'hypothèse du droit français, R 1412-1, si le travail est effectué en dehors de tout établissement la demande est portée devant le Conseil de Prud'hommes du domicile du salarié.

¹ Droit du travail, dalloz précité, p.413

² Affaire BOCOUM contre Rand Gold Ressources - Mali cité au N°274RG, N°124JGT Tribunal du travail de Bamako ;

³ Monsieur BOCOUM a été recruté par la société BHP minérale devenu plus tard Rand Gold ressources limited le 1^{er} mai 1991 en qualité d'assistant de direction moyennant un salaire initial de 300000 francs Cfa par mois³. Sur la base de ce premier contrat, monsieur BOCOUM signa à Johannesburg un nouveau contrat au terme duquel il était chargé de faire l'étude faisabilité de la mine d'or de Morina au Mali moyennant 2.883.044 franc Cfa malien »....

Toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions qui précèdent est réputée non écrite». Ce texte lui donne la possibilité de saisir le juge de là où il réside. En espèce le salarié ne semblait pas être Domicilié au Mali. Comme le relevait le juge de Bamako « travailleur appelé à exécuter son contrat au Mali ne peut être payé dans un compte bancaire en dehors du Mali et en monnaie locale de ce pays ». Ce qui démontre que l'employeur se trouve à l'extérieur. D'autant plus qu'il était prévu que le contrat est signé et exécuté à Johannesburg. Par conséquent, la Société Rand Gold dont n'est pas l'employeur de Mr BOCOUM et son action est irrecevable au sens au sens de 118 du Code de procédure civile et commerciale et L13 du Code du travail du Mali.

329. Ensuite, la défense de Mr BOCOUM a ignoré un point important du droit malien. C'est L. 27 du Code du travail qui dispose que le contrat de travail au Mali est rédigé en français. Ce qui n'est pas le cas du contrat de Mr BOCOUM. En effet, son contrat signé en janvier 1999 est rédigé en anglais. Donc sur cette base, le tribunal du travail de Bamako ne peut pas se prononcer sur un contrat qui n'est soumis aux dispositions du Code du travail local.

B- La preuve ; le régime probatoire

330. La « preuve » est la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation. L'administration en incombe à la partie qui se prévaut de ce fait ou de l'obligation dont elle se prétend créancière. Son offre n'est admissible que si la démonstration qui sera la conséquence de sa démonstration peut être utile à la solution de la prétention sur laquelle le juge doit statuer. On dit que la preuve offerte doit être « pertinente ».

Le fait qu'une partie refuse de concourir à l'administration de la preuve peut être regardé comme une présomption de ce qu'elle admet le bienfondé de la prétention de son adversaire. Ainsi, la Cour d'appel de Nancy (Audience

solennelle), dans un arrêt du 29 novembre 2001¹ a jugé qu'une action en recherche de paternité permettait, lorsqu'elle était étayée par des présomptions ou indices graves, d'ordonner un examen comparé des sangs. Lorsque, sans aucun motif légitime, le père présumé refusait de se soumettre à cet examen, le juge pouvait, selon l'article 11 du nouveau Code de procédure civile, tirer toutes les conséquences de ce refus. Ce dernier constituait alors une nouvelle présomption qui s'ajoutait aux autres. Elle permettait au juge de déclarer judiciairement la paternité.

331. Il existe deux systèmes de preuve en droit civil français comme en droit malien: le système dit de preuve libre ou morale (qui permet l'utilisation de tous les modes de preuves) et le système de la preuve légale (qui reconnaît surtout les preuves par écrit). En droit civil, le système de preuve libre est employé lorsqu'il s'agit de prouver des faits juridiques (à l'exception de la naissance et du décès) alors que lorsqu'il s'agit de prouver des actes juridiques (contrats, testament, ...), le régime est dominé par le système de preuve légale (au-delà d'un certain montant fixé par décret). Dans le cadre cette étude, pour comprendre la comparaison entre le droit français et le droit malien nous permet de connaître les moyens pour le salarié ou l'employeur d'assurer sa défense.

I- Le cas où il y a rapprochement : le contrôle par le juge de la preuve de légitimité et du sérieux du licenciement.

332. Lorsqu'un salarié conteste la légitimité de son licenciement devant le Conseil des Prud'hommes, commence la Course à la preuve. Les juges ne sauraient bien entendu se contenter des simples affirmations de l'employeur et du salarié, qui sont en général contraires. Attestations, documents d'entreprise acquis légitimement, mails, lettres, ... chaque partie tente d'emporter la conviction du Juge. Et lorsque le Juge n'arrive pas à départager les parties ? Si un doute subsiste, il profite au salarié. Cette affirmation a une valeur légale

¹ Cour d'appel de Nancy : BICC n°553 du 1er avril 2002

puisque'elle est codifiée dans l'article L.1235-1 du Code du Travail. La Cour d'Appel de Paris a appliqué ce texte dans un arrêt du 1er septembre 2009 en jugeant ainsi : « L'employeur, en la personne de ces deux cadres impliqués personnellement dans les faits, et le salarié, présentent ainsi des versions différentes des faits sans qu'il soit produit d'élément objectif permettant de les départager. Rien ne permet d'exclure un simple malentendu, qui ne pourrait avoir comme conséquence un licenciement et, en tout état de cause, en vertu de l'article L.1235-1 du Code du Travail, le doute doit bénéficier au salarié. Dès lors, ne sont établies ni la faute grave du salarié, ni une cause réelle et sérieuse de licencier. Le licenciement du salarié étant dénué de cause réelle et sérieuse, il ouvre droit au profit du salarié aux indemnités de rupture, ainsi qu'à des dommages et intérêts et la mise à pied ne se justifiait pas ¹ ».

En droit malien, même si le Code du travail, ne reprend pas textuellement cette formulation du droit français, met à la charge de l'employeur la charge de la preuve. C'est que dispose l'article L.51 « En cas de contestation l'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif légitime de licenciement ». Ce texte a été confirmé par le Tribunal du travail de BAMAKO le 26 avril 2005². Ce qui pourra dire que le doute profite au salarié.

Le cas le plus démonstratif qui rapproche le droit français au droit malien est assurément le contrôle du juge de la preuve. En France, la loi du 25 juin 2008 souligne que tout licenciement pour motif personnel ou pour motif économique « est justifié par une cause réelle et sérieuse » (art L.1232-1 et L.1232-2). L'article L 11235- du même Code dispose qu'il appartient au juge « d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur »³. Cette question relève du champ L.51 du Code du travail du Mali¹.

¹ CA Paris 18ème Chambre Section D 1er septembre 2009 n°08/02505

² Tribunal du Travail de Bamako, décision n°248RG, n°120JGT, affaire Madani DIAWARA contre F.G.T. 26 avril 2005

³ Cf section sur la perte légitime d'emploi, le contrôle du juge de l'abus de droit en droit malien. La loi du 25 juin 2008 souligne que tout licenciement pour motif personnel ou pour motif économique « est justifié par une

II- Le cas de divergence : le moyen de prouver la violation du principe de non-discrimination

333. C'est certainement à ce niveau qu'il existe la principale divergence entre le droit français et droit malien du travail. Cette différence est issue de disposition sur le régime probatoire de la violation du principe de non-discrimination. L'article L.1134-1 du Code du travail français dispose que lorsque survient un litige en raison des méconnaissances des dispositions de L.1132-1 le salarié ou le candidat présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Donc depuis la loi 16 novembre 2001, c'est au défendeur, d'établir la preuve que son agissement ne vise pas à violer un principe d'égalité de traitement. Sur ce point la position du juge français est claire sur le régime de preuve.

Dans le même sens, la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2000, a jugé qu'il appartient au salarié qui se prétend être lésé de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et il incombe alors à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement d'établir que la disparité de situation est justifiée par des éléments objectifs, « étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat » (Soc., 28 sept. 2004 : augmentation au mérite).

On est dans une exception à la règle générale de preuve qui consiste pour la partie demanderesse qui se prétend de prouver qu'il y a une atteinte ou une violation de son droit. C'est cette règle générale de preuve qui semble être la règle unique applicable au Mali.

334. Elle est prévue de l'art 9 du Code de procédure civile commerciale et social du Mali. Ce texte dispose qu'il incombe à la partie demanderesse de prouver conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention. Le Code

cause réelle et sérieuse » (art L.1232-1 et L.1232-2). L'art 11235- du même Code dispose qu'il appartient au juge « d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur ».

¹ V. idem section précitée

malien invoque la sanction de la discrimination sans indiquer les moyens de la prouver de fait discriminatoire.

335. En droit français, lorsqu'un des critères officiellement prohibés sont utilisés, le responsable de la sélection doit être à même de montrer que ce critère est objectif dans la matière considérée. L'identification d'une discrimination relève en dernière analyse du contrôle de l'adéquation des moyens aux fins : l'objectif doit être légitime et surtout, l'exigence proportionnée. Il est difficile d'apporter la preuve d'une discrimination, puisque le motif réel du choix (lorsqu'il est discriminatoire) sera en général gardé caché. Face à cette difficulté, divers aménagements de la preuve ont été ajoutés.

336. en matière de discrimination dans l'emploi, l'employeur doit donc apporter la preuve qu'il ne s'est pas fondé sur un critère illégitime pour prendre sa décision. La preuve de non-discrimination ne peut pas être amenée directement, il lui revient de montrer que le critère illégitime n'a eu aucune influence sur son choix. Cette démonstration est de l'ordre de la reconstruction intellectuelle : elle consiste à neutraliser en pensée le critère illégitime, puis à montrer que le choix entre les candidats reste identique.

Section 2 Le tribunal du travail du Mali et le conseil des prud'hommes français

337. Les différences et des rapprochements apparaissent entre les deux juges. On retrouve ces divergences tant sur les attributions que sur la composition des deux juridictions. Ce dernier est composé de sept sections alors que le conseil de prud'hommes n'en compte cinq : agriculture, industrie, commerce et services commerciaux, activités diverses, encadrement. Chaque section comprend 4 conseillers employeurs et 4 conseillers salariés. Le président et le vice-président de chaque section sont alternativement salarié et employeur avec rotation chaque année.

Au Mali, le tribunal du travail est subdivisé en sections professionnelles correspondant aux branches d'activité ci-après:

- Commerce;
- Industries;
- Transport;
- Banques et Assurances;
- Professions libérales;
- Services publics;
- Services domestiques

On voit à ce niveau l'existence d'un service spécialisé pour défendre les personnes exerçant des emplois à domicile. Ainsi les personnes visées par l'article D.86-1 bénéficient un service spécialisé au sein du tribunal du travail du mali. Cela devrait les offrir un cadre de protection au sein de cette juridiction.¹

338. Là apparaît un paradoxe au niveau de la pratique au Mali. Malgré l'existence de ce service, les personnes employées à domiciles sont « exploité »². Le tribunal est composé d'un magistrat, président, d'un assesseur employeur et d'un assesseur travailleur, d'un greffier (Article L.196 Code du travail malien). Chaque tribunal du travail comporte une formation de référé commune à toutes les éventuelles sections. La formation de référé est composée du président du tribunal du travail et d'un greffier (Article L.197).

¹D86-1 : « Est considéré comme personnel de maison tout travailleur employé au domicile privé de l'employeur pour y effectuer tout ou partie de tâches de caractère familial et ménager. L'engagement est soumis aux dispositions réglementant les contrats à durée déterminée. Le personnel de maison journalier dont l'emploi se poursuit au delà de la période déterminée est considéré comme embauché pour une durée indéterminée ».

² V. ce paradoxe au niveau de l'effectivité de l'absence d'écrit du contrat de travail dans le chapitre I.

Paragraphe I : Les attributions des deux juridictions et la procédure du jugement

A- Les attributions

339. Dans sa rédaction l'article L.1421-1 (ancienne L.511-1) du Code du travail donne au conseil la compétence exclusive pour connaître tous litiges qui résultent de la formation, de l'exécution et de la rupture du contrat de travail. L'existence du contrat de travail est le critère de la compétence du Conseil de Prud'hommes¹. Cette compétence est d'ordre public. C'est à dire qu'aucune autre juridiction ne peut se prononcer sur les relevant de cette compétence prud'homale. En contrepartie le conseil de prud'homme va voir sa compétence réduite à ces seuls litiges. Sauf quelques exceptions telle que. En dehors de cela les autres litiges du droit de travail lui échappent.

La formule du différend individuel exclut les différends collectifs. Mais la jurisprudence tend à donner une large acception à la notion de différend individuel, y incluant les différends juridiques même découlant de l'interprétation d'une convention collective, même à l'issue d'un mouvement de grève ou de lock-out. Il suffit que le différend oppose un seul employeur à un ou plusieurs salariés pris séparément, dès lors que ceux-ci « ne cherchent pas à faire trancher le différend sur le plan de l'intérêt collectif »². C'est la même position qu'est soutenu le tribunal du travail de Bamako dans l'affaire Zoumana et autres contre la SOMIEX³.

340. Le tribunal du travail du Mali a une compétence générale pour connaître les litiges soulevés à l'occasion du travail. Sa compétence concerne les litiges individuels⁴. La compétence du tribunal du travail est la même que celle du conseil des prud'hommes. En effet, le conseil des prud'hommes connaît que les

¹ soc. 29 nov 1979, J.C.P.1980 ;II.19346 ; 17 oct 1983, Ass. Plén.20 Dec 1991 (professeur décole libre même si l'école est conventionnée). J.C.P. 92.21850. V. n°s 167 et s. sur les critères du contrat de travail.

² Droit du travail 16^e édition Gérard LYON-CAEN et Jean PELISSIER page 509

³ Cf, au paragraphe sur la compétence du conseil d'arbitrage

⁴ Compétence du tribunal du travail développé dans la section sur les litiges soumis au du conseil de prud'hommes

conflits individuels du travail ils naissent de la conclusion du contrat, de l'exécution du contrat et de la rupture du contrat de travail. Il peut connaître aussi des conflits collectifs à travers les litiges individuels portés devant le juge (à propos par exemple de licenciement de gréviste...)

341. Le Conseil de Prud'hommes est compétent pour des actions introduites par un salarié agissant pour son propre compte se prévalant d'une disposition de la convention collective.

La compétence du Conseil de Prud'hommes et du tribunal du travail est limitée par ailleurs aux contrats soumis aux dispositions du Code du travail. Les litiges opposant les agents de l'Etat ou des collectivités locales à leur administration leur échappent. Par contre les personnels d'organisme privés participant à une mission de service public relèvent du Conseil de Prud'hommes¹. C'est la même logique de compétence pour le tribunal du travail car cette juridiction connaît les litiges impliquant le personnel travaillant dans les Etablissement public à caractère industriel et commercial au Mali. Ces établissements ont une mission de service public. Ils sont composés de la poste de télécommunication, de l'Energie du Mali qui n'est pas encore privatisée.

B- La procédure du jugement

343. Les deux juridictions se ressemblent par rapport à l'argumentation de l'instance à plusieurs niveaux. La procédure devant le tribunal du travail est gratuite comme c'est le cas en France pour la procédure devant le Conseil de Prud'hommes². Cette règle est une garantie d'accès des travailleurs à la justice. Ainsi toutes les pièces sont délivrées gratuitement par le tribunal (citation, expédition de jugement, etc.) les parties n'ont à supporter que les honoraires éventuels d'un avocat et encore dans l'hypothèse où elles ne bénéficient pas de l'assistance judiciaire. Les experts et les témoins sont indemnisés par le

¹ Le droit du travail en France, Denis Gatumel ; édition Francis Lefebvre, P451

² Article L.202: La procédure devant les tribunaux du travail est gratuite. En outre, pour l'exécution des jugements rendus à leur profit, les travailleurs bénéficient de l'assistance judiciaire.

tribunal¹. En effet le jugement est notifié par le secrétariat-greffe, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

En France en règle générale, la tentative de conciliation est obligatoire et les parties (l'employeur et le salarié) doivent comparaître (se présenter) personnellement ou être représentés par un mandataire muni d'un écrit. Alors qu'au Mali, la conciliation relève de la compétence de l'Inspecteur du travail. A cet effet L.190 du Code du travail malien dispose « tout travailleur ou employeur pourra demander à l'Inspecteur du travail de régler le différend à l'amiable ». Cette règle signifie qu'avant toute saisine d'une juridiction aux fins de règlement d'un conflit individuel, tout salarié ou tout employeur peut solliciter un essai de résolution amiable dudit désaccord, devant l'Inspecteur du travail. Toutefois, cette demande de conciliation n'est pas impérative car le non-respect de cette procédure n'est pas sanctionné par irrecevabilité.

Cette conciliation sociale est soumise à une organisation particulière. C'est pour cela que la désignation du conciliateur n'est pas laissée à la libre volonté des parties. Le droit du travail malien confie cette tâche à une institution : l'Inspecteur du travail. Vu matériellement, cette règle interdit au juge de se substituer à l'Inspecteur du travail pour procéder à la tentative préalable de conciliation.

344. L'office de l'Inspecteur du travail dans la mission de conciliation est spécifique. Certes, il ne peut, à l'instar de tout conciliateur, imposer une solution aux parties ; mais sa qualité d'autorité publique que lui confère quelques prérogatives et l'assujettit à certains devoirs. Il agira comme conseil et médiateur, en proposant des axes de règlement aux parties. Il pourra aussi moduler certaines demandes, en ramenant par exemple une demande excessive de dommages-intérêts, ou au contraire réévaluer celle présentée en deçà de ce qu'on peut proposer en premier.

¹ Le droit du travail en Afrique francophone déjà cité , p256

La tentative de conciliation peut réussir ou échouer, totalement ou partiellement. Il dresse alors pour chaque hypothèse un procès-verbal de conciliation totale, de conciliation partielle ou de non-conciliation. Dans les deux premiers cas, le procès-verbal assorti de la formule exécutoire sur ordre du président du tribunal compétent peut recevoir exécution forcée. Dans les derniers cas, les procès-verbaux qui fixent immuablement le cadre du litige permettent de saisir le juge pour l'instance judiciaire.

345. En pratique, il s'est véritablement présenté des cas où la tentative préalable de conciliation, déjà souvent décriée comme alourdissant la procédure, apparaissait comme une entrave à la justice sociale. Les négociateurs se font en effet plus rares où une partie use de dilatoire pour retarder l'issue de la tentative de conciliation pour laquelle il n'existe pas de délai de clôture et qu'elle sait vouer à l'échec. Le demandeur en conciliation, le travailleur dans la plus part des cas, subit ainsi régulièrement les revers d'une étape pré-judiciaire conçue en principe dans son intérêt.

Dans d'autres hypothèses, la phase impérative de conciliation ne présente vraiment plus sa raison d'être parce que l'employé a déjà quitter l'entreprise, parce que cette dernière ne va plus être sauvé ou alors parce que l'impératif de célérité et les contingences macro-économiques ne s'accommodent plus de ce tampon extrajudiciaire. De telles situations sont vraies en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur. L'article 90 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose à cet effet que : « nonobstant toute disposition contraire, les litiges individuel relevant de la compétence des juridictions sociales ne sont soumis aux tentatives de conciliations prévues par la loi nationale de chaque Etat-partie »¹. Cet élan de réactivation de la tentative préalable de conciliation est renforcé par l'Avant -

¹ L'arbitrage en droit africain du travail : rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte unique Ohada sur le droit du travail) par TCHANTCHOU Henri Juge aux tribunaux de Ykadouma ; Ohada D-05-23,p.5

projet de l'Acte uniforme de l'OHADA portant Code du travail. La dernière mouture de ce texte prévoit que « tout travailleur ou tout employeur pourra demander à l'Inspecteur du travail...de régler le différend à l'amiable ». Donc, c'est une réaffirmation du « pouvoir saisir » l'Inspecteur du travail pour la conciliation prévue par le Code du travail malien.

346. Cette option pour le renforcement du rôle de la volonté des parties en conférant un caractère facultative à la tentative de conciliation devant l'Inspecteur du travail ne signifie pas que le législateur communautaire manifeste une quelconque hostilité pour les négociations ; au contraire, il n'a jamais caché sa quête de promotion en la matière d'une justice conventionnelle. Mais si on n'y prend garde, la saisine directe des tribunaux sans préalable de conciliation risque de devenir systématique, alors que dans un souci d'apaisement, la fonction utilitaire de cette tentative pré-judiciaire de règlement est indéniable. A cet égard ne serait pas judicieux de maintenir l'obligation de négocier préalable à tout le moins pour les contentieux antérieurs à la rupture du contrat de travail ?

347. Dans tous les cas, ce revirement législatif emporte des conséquences significatives, notamment la recevabilité des nouveaux chefs de demande non soumis, lorsqu'elle a eu lieu, à la tentative de conciliation faite devant l'Inspecteur du travail. A tout considéré, le nouveau droit s'orienterait vers la soustraction de toute contrainte dans l'option des parties à un litige individuel pour la tentative de conciliation¹.

- Absence de comparution du demandeur

Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le demandeur ne comparaît pas sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime, le bureau de conciliation déclare la demande et la citation caduques. Toutefois, la demande et la citation ne sont pas déclarées caduques si le demandeur, absent pour un motif

¹ Tel n'est cependant pas le cas lorsque le litige est collectif.

légitime, est représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. Dans ce cas, le mandat précise qu'en cas d'absence du mandataire le bureau de conciliation pourra déclarer sa demande caduque.

La demande ne peut être réitérée qu'une seule fois, à moins que le bureau de conciliation, saisi sans forme, ne constate que le demandeur n'a pu comparaître ou être représenté sur sa deuxième demande par suite d'un cas fortuit.

Dans la phase de conciliation la procédure peut présenter des cas suivants :

- Absence de comparution du défendeur

Lorsqu'au jour fixé pour la tentative de conciliation, le défendeur ne comparaît pas, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement, après avoir, s'il y a lieu, usé des pouvoirs spécifiques que lui reconnaît l'article R. 1454-14 du Code du travail.

Toutefois, si le défendeur a justifié en temps utile d'un motif légitime d'absence, il peut être représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte. A défaut, il est convoqué à une prochaine séance du bureau de conciliation par lettre simple.

348. Lorsqu'il apparaît que le défendeur n'a pas reçu, sans faute de sa part, la première convocation, le bureau de conciliation décide qu'il sera à nouveau convoqué à une prochaine séance. Cette nouvelle convocation est faite soit par lettre recommandée avec avis de réception du greffe, soit par acte d'huissier de justice à la diligence du demandeur.

Cet acte intervient, à peine de caducité de la demande constatée par le bureau de conciliation, dans les six mois de la décision de ce bureau. Le bureau de conciliation peut notamment ordonner de remettre tout document que l'employeur est légalement tenu de délivrer (certificat de travail, bulletin de paie, attestation destinée à Pôle emploi (ex. « attestation ASSEDIC », ...) ou, si

l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, de verser des provisions sur salaires et accessoires de salaires, même en l'absence du défendeur (personne contre qui la demande est faite).

- Absence de conciliation

En l'absence de conciliation ou en cas de conciliation partielle, le bureau de conciliation renvoie l'affaire au bureau de jugement lorsque le demandeur et le défendeur sont présents ou représentés et que l'affaire est en état d'être jugée sans que la désignation d'un ou deux conseillers rapporteurs ou le recours à une mesure d'instruction soient nécessaires (article L.191 code du travail malien)¹.

Suite à l'échec d'une procédure de conciliation, la chambre social de la Cour suprême malienne en confirmant l'article L.208 du même va plus loin en indiquant en cas de non conciliation le Tribunal doit retenir l'affaire et procéder immédiatement à son examen².

Les parties sont convoquées à l'audience de jugement par lettre, ou verbalement avec émargement (signature) au dossier lors de l'audience de conciliation. Elles doivent comparaître en personne mais peuvent se faire représenter en cas de motif légitime.

349. Le jugement est pris à la majorité absolue des conseillers prud'homaux. En cas de partage des voix, l'affaire est renvoyée devant le même bureau présidé par un juge du tribunal d'instance (juge départiteur). Les jugements sont exécutoires lorsqu'ils sont devenus définitifs, c'est-à-dire après expiration des délais de recours. Certains jugements sont exécutoires de plein droit (dès leur prononcé) à titre provisoire (dans la limite de 9 mois de salaires).

Alors qu'au Mali, la saisine du tribunal du travail a lieu après l'échec de la tentative de conciliation devant l'Inspecteur du travail³. Généralement,

¹ L.191 code du travail malien indique en cas de non conciliation du différend par l'inspecteur du travail, l'action est introduite par déclaration orale ou écrite au secrétaire du Tribunal

² Arrêt n°13 du 1 juin 1998, pourvoi n°112 du 02 août 1994

³ Voir à ce sujet la section sur l'omniprésence de l'Inspecteur du travail en droit malien du travail.

l'exécution peut ordonner, à titre provisoire, le jugement ordonnant la délivrance de documents ou le paiement de salaire ou d'indemnité de rupture dans la limite maximale de neuf mois de salaire (R.1454-28). Au Mali Le jugement peut ordonner l'exécution immédiate jusqu'à concurrence d'un taux de 50% des sommes portant sur les réclamations des salaires et accessoires, indemnités diverses, droits et avantages à l'exclusion des dommages-intérêts nonobstant appel et par provision avec dispense de caution (Article L.211).

350. Les jugements du tribunal sont définitifs et sans appel, sauf du chef de la compétence, lorsque le chiffre de la demande n'excède pas 12 fois le montant du salaire minimum interprofessionnel garanti (article L.213 Code du travail malien). Au-dessus de ce montant, les jugements sont susceptibles d'appel devant la chambre sociale de la Cour d'appel. La Cour suprême connaît des recours en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort et les arrêts de la Cour d'appel.

Le pourvoi est introduit et juge dans les formes et conditions prévues par les lois relatives à l'organisation et à la procédure de la Cour suprême (Article L.217).

En France, jusqu'à un certain montant de la demande, fixé par décret, le Conseil de Prud'hommes statue en dernier ressort. Au-delà de ce montant, le jugement est susceptible d'appel : la Cour d'appel peut être saisie et revoir la décision rendue par le Conseil de Prud'hommes.

Pour les affaires introduites depuis le 20 septembre 2005, le taux de compétence en dernier ressort des conseils de prud'hommes est fixé à 4 000 €.

Pour vérifier si ce montant est atteint lorsque la saisine du conseil est motivée par plusieurs demandes, il convient de prendre en compte isolément :

- les demandes de nature salariale (salaires, primes, heures supplémentaires, indemnités de congés payés) ;

- les demandes de nature indemnitaire (indemnités de licenciement, de préavis, indemnité compensatrice de congés payés, dommages-intérêts pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

Si l'ensemble des demandes de même nature excède le taux de compétence en dernier ressort, il est possible de faire appel de la décision. Dans le cas contraire, le seul recours possible est un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, pour motif de non-conformité aux règles de droit.

La loi du 22 décembre 2010 citée en référence¹ crée la « convention de procédure participative », convention par laquelle « les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. » (article. 2062 et s. du Code civil). Cette procédure suppose que les parties soient assistées par un avocat. Toutefois, comme le précise la loi, aucune convention de procédure participative « ne peut être conclue à l'effet de résoudre les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du Code du travail entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. » Cette exclusion s'explique, notamment, par le fait qu'il entre déjà dans la mission des conseils de prud'hommes de rechercher une solution amiable entre l'employeur et le salarié qu'un différend oppose, de sorte que la procédure participative pourrait faire doublon avec cette mission.

351. S'agissant de l'appel conformément à l'article L216 du Code du travail mali, il doit être interjeté dans les 15 jours, délai légal du prononcé du jugement et dans les formes prévues à l'article L.191 paragraphe (2)². En ce qui concerne

¹ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 (JO du 23)

² Article L.191: En cas de règlement amiable du différend, la formule exécutoire est apposée sur le procès-verbal de conciliation par ordonnance du président du tribunal du travail prise à la requête de la partie la plus diligente. En cas d'échec total ou partiel de ce règlement amiable constaté par un procès-verbal de non conciliation, l'action peut être introduite par déclaration orale ou écrite faite au greffier du tribunal du travail; inscription en est faite sur un registre tenu spécialement à cet effet, un extrait de cette inscription est délivré à la partie ayant introduit l'action

les jugements rendus par défaut, ce délai prend effet du jour de la signification. L'appel est transmis dans la huitaine de la déclaration d'appel à la Cour d'appel avec une expédition du jugement et des lettres, mémoires et documents déposés par les parties. L'appel est jugé sur pièces (Article L.216).

Toutefois, les parties peuvent demander à être entendues: en ce cas la représentation des parties obéissent aux règles fixées par l'article (L. 204 du Code du travail malien). Quant à la Cour suprême, elle connaît des recours en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort et les arrêts de la Cour d'appel. A cet effet, le pourvoi est introduit et jugé dans les formes et conditions prévues par les lois relatives à l'organisation et à la procédure de la Cour suprême (Article L.217). Toute fois des différends subsistent entre les deux juridictions.

Paragraphe II : Les différences de compétence

351. A plusieurs niveaux on peut remarquer des différences d'attributions entre les deux juridictions du travail.

D'abord, certains litiges, bien que relatifs au contrat de travail, échappent à la compétence prud'homale : les conseils de prud'hommes ne peuvent, en effet connaître les litiges attribués à une autre juridiction par la loi et notamment par le Code de la sécurité sociale ou par le Code rural, en ce qui concerne la mutualité sociale agricole et les accidents du travail, ou par le Code du travail (ancien article L.1411-4 du Code du travail français).

Contrairement à cette exception de compétence française, le tribunal du travail malien connaît tous les litiges qui relèvent de l'exécution du contrat de travail. Les litiges liés à l'application du Code de la prévoyance sociale ne font pas exception à cette règle. L'article L.192 dit clairement que la compétence du tribunal du travail s'étend aux litiges relatifs à l'application du Code de prévoyance sociale. A cet effet, il s'est prononcé sur un litige à l'occasion de

l'application des articles L.163 et L.199 L.163 respectivement sur l'immatriculation d'un salarié à la sécurité sociale et au paiement des cotisations sociales à l'institut national de prévoyance sociale¹. En espèce le salarié a saisi le tribunal du travail son employeur qui avait refusé de verser les cotisations sociales le 26 juillet 2004. Ce refus lui a causé des dommages relatifs au bénéfice des prestations sociales. Ce salarié ne bénéficiait pas des prestations au motif du refus de son employeur à l'affilier au régime général. Le tribunal du travail se prononce pour attribuer le dommage intérêt au salarié. Le juge du travail a estimé que l'absence d'affiliation du salarié lui crée un dommage qui doit être sanctionné. Dans l'hypothèse d'un litige pour le versement de cotisation sociale en France, c'est le tribunal des affaires de la sécurité sociale qui est compétence (L.1411-4 déjà cité).

Mais cette compétence unique du Tribunal du travail au Mali, peut avoir des avantages. Cela pouvait avoir des impacts sur le fonctionnement de la justice du travail. Il permettrait d'éviter le conflit de juridiction dans un pays où la population connaît mal son droit. Il y a peu de différend qui aboutisse à la saisie du juge. C'est une société où les personnes viennent s'expliquer ou demander pardon pour régler les différends. Donc un juge unique peut suffi.

Concernant la composition du Conseil de Prud'hommes, il est divisé en bureau de conciliation et en bureau du jugement. Tel n'est pas le cas au Mali. Le tribunal du travail ne comprend qu'un bureau de jugement. La procédure de conciliation étant assurée par l'Inspecteur du travail, en cas de conciliation, le tribunal du travail, n'intervient que pour homologuer. L'article L.191 du Code du travail malien indique à cet effet qu'en cas de règlement amiable du différend, la formule exécutoire est apposée sur le procès-verbal de conciliation par l'ordonnance du président du tribunal prise à la requête de la partie la plus diligente.

¹ arrêt n°248RG et n°120JGT du 26 avril 2005.

352. Ce même texte poursuit que « en cas d'échec total ou partiel de ce règlement amiable constaté par un procès-verbal de non conciliation, l'action peut être introduite par déclaration orale ou écrite faite au greffier du tribunal du travail, l'inscription en est faite sur un registre tenu spécialement à cet effet, un extrait de cette inscription est délivré à la partie ayant introduit l'action ». Elles sont jugées en cas d'échec de tentative de conciliation de l'Inspecteur du travail.

Dans la société malienne, le juge est conçu pour trancher et pour trouver un « vainqueur et un vaincu ». C'est comme un arbitre du sport qui n'a pas pour attribution de concilier les deux parties pour trouver un score, mais pour rendre la décision en faveur de la meilleure partie qui marque plus de buts. « Les parties doivent avoir en tête que le juge cherche à faire la différence entre le bon et le méchant ». Ce rôle se justifie dans un pays où il y a trop d'inégalité de moyen entre les salariés et leurs employeurs. Introduire une procédure de conciliation devant le tribunal du travail consistera à encourager les employeurs à ne pas respecter le droit des salariés. Ces derniers doivent savoir que le recours au juge est de réprimer l'injustice.

En outre, l'Inspecteur du travail joue un vrai rôle de juge dans les procédures de conciliation et de règlement amiable. L'Inspecteur du travail au Mali est compétent à l'image du conseil de prud'hommes en France. Il est omniprésent dans l'évolution du contrat de travail¹. Il est là pendant la conclusion et la rupture du contrat de travail. C'est lui qui concilie les salariés. La logique du droit malien consiste à donner une partie des attributions du conseil de prud'homme telle la conciliation à l'Inspecteur du travail et c'est cas d'échec que le tribunal du travail peut intervenir².

En plus de cela, dans la société malienne, il existe des phases de médiation et de conciliations classiques. C'est-à-dire que, le Mali est un pays où les parties au conflit se donnent le temps le moyen de discuter et même de faire des

¹ C f ; paragraphe sur l'omniprésence de l'Inspecteur du travail

² Supra sur la compétence du tribunal du travail au Mali

concessions pour résoudre le différend. Il peut avoir le conseil classique des sages, c'est à des personnes notables, ou des personnes d'un certain âge qui servent de médiateur entre les parties. Donc il arrive un moment où il faut impliquer une institution qui va s'imposer. C'est pour cela qu'au tribunal quand on arrive devant le juge ce n'est plus pour concilier mais pour trancher.

353. Ensuite, le président du conseil de prud'homme est nommé par ses pairs. Le gouvernement n'intervient pas dans cette nomination. Au Mali l'article L.198 indique que « le président du tribunal du travail est nommé par décret sur proposition du ministre de la justice ». Il s'agit d'un magistrat. Donc un professionnel du droit. Certains voient cette nomination comme une volonté de sauvegarder la compétence juridique de cet organe. Cette nomination apparaît comme un moyen d'assurer le départage des voies au moment du jugement. En France les décisions du bureau de jugement prud'homales sont prises à la majorité absolue de voix (art 1454-19). Si la majorité requise n'est pas atteinte ou s'il y a partage des voix, l'affaire est renvoyée devant le même bureau du jugement présidé par un juge d'instance dans le ressort duquel est situé le Conseil de Prud'hommes (L.515-3). Avec la nomination d'un magistrat comme président du travail, le droit malien prend une avance (en termes d'anticipation pour rendre plus rapidement le jugement) sur le droit français. D'autant plus que ce magistrat étant un professionnel serait sensé d'être neutre pour prendre une décision, en cas de départage de voie.

Section 3 Les autres juridictions pouvant intervenir en droit du travail

354. En plus du conseil des prud'hommes au Mali, d'autres juges peuvent intervenir en cas de litige en droit du travail. En France, le T.G.I joue un rôle important (paragraphe1). A côté de cette juridiction on a, le Tribunal

d'Instance, le Tribunal de commerce (paragraphe (2)). Au Mali, c'est le tribunal du travail et le conseil d'arbitrage qui peuvent seuls être compétents.

Paragraphe I : Du rôle d'arbitrage au rôle du T.G.I en France

355. Au sens strict, l'arbitrage se définit comme « une procédure de règlement des litiges par une personne privée, dite arbitre, investie par les parties du pouvoir de juger »¹. C'est une instance juridictionnelle et c'est en cela qu'elle est différente des autres modes alternatifs de résolution des litiges tels la conciliation et la médiation : « le conciliateur s'efforce de rapprocher les parties en litige, afin que celles-ci trouvent un terrain d'entente... le médiateur peut aller plus loin que le conciliateur et proposer même un règlement ; il ne peut à la différence de l'arbitre, imposer entre parties une solution ² ». De droit commun, l'arbitre est institué par les parties au contrat de travail par voie de clause compromissoire lorsque le litige n'est que futur et éventuel, ou par voie d'un compromis en s'engageant à confier un litige le soin de juger d'une contestation déjà née. L'arbitre n'existant que par l'accord des parties apparaît ainsi facultatif et celles-ci, en l'organisant à respecter la sentence que rendra l'arbitre investi.

Le conseil d'arbitrage s'engage quant à lui tire son originalité de la volonté législative ce qui l'approche du juge étatique établi par le souverain tel le T.G.I. Son office est obligatoire et il s'impose aux parties comme voie de règlement de leur conflit collectif de travail. Bien que qualifié d'organe arbitral, il ne se distingue du tribunal siégeant dans les litiges individuels que par l'expérience de son président en tant qu'il est membre de la Cour d'Appel. C'est, en réalité, que le litige collectif non réglé devant l'Inspecteur du travail est confié à une instance quasi-judiciaire.

¹ Tiger, le droit des affaires en Afrique, que sais-je, puf, 3^{ème} édité, 2001, p116

² Pougué, Tchakoua, et Fénéon, droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, pua, 2000, p9ets.

A- La nature juridique de la compétence du conseil d'arbitrage

356. Le conseil arbitrage au Mali est composé de professionnel de la justice. Puis qu'il comprend comme prévoit l'article L.226 du Code du travail malien:

- d'un magistrat de la Cour d'appel, qui est le président de la Cour d'appel
- d'un greffier désigné par le ministre de la justice assure le secrétariat. Dans le cas où le différend concerne exclusivement les services publics, les deux assesseurs employeur sont remplacés par deux représentants désignés par le ministre chargé de la fonction publique.

Aussi, les frais occasionnés par la procédure d'arbitrage notamment les frais de déplacement des membres du conseil d'arbitrage et des experts, les pertes de salaires ou traitement, les frais d'expertise, sont supportés par le budget du ministère de la justice qui comprend un chapitre consacré au conseil d'arbitrage.

- et des professionnelles issus de l'entreprise : quatre assesseurs dont deux assesseurs employeurs et deux assesseurs travailleurs choisi en son sein par le conseil supérieur du travail. À cet effet le conseil arbitrage a les plus larges pouvoirs pour s'informer des situations économiques des entreprises et de la situation sociale des travailleurs. Dans ce but, ces membres peuvent enquêter auprès des entreprises et des syndicats, pour réclamer aux parties tous documents ou renseignements d'ordre comptable et financier susceptibles d'être utiles à l'examen du différend. Ces enquêtes peuvent être confiées par le conseil arbitrage à toutes personnes qualifiées, notamment aux experts comptables agréés. Le conseil d'arbitrage juge sur pièces, mais il peut entendre les parties, s'il estime nécessaire.

357. Pour les conflits intéressant les services essentiels dont l'interruption risquerait de mettre en danger la vie, la sécurité ou la santé des personnes de compromettre le déroulement normal de l'économie nationale concernant un secteur vital des professions, le ministre chargé du travail en cas désaccord de

l'une ou des deux parties, porte le conflit devant le conseil des ministres qui peut rendre exécutoire la décision du conseil arbitral.

Le conseil d'arbitrage apparaît ainsi comme un tribunal, un conciliateur, un médiateur ou un arbitre : il examine les revendications du requérant, les observations de la parties adverse, et suggère une solution en tenant compte du droit positif, des exigences d'équité, de légitimité des revendications et des possibilités financières de l'entreprise. Il statue en légalité mais surtout en opportunité. Sa sentence pourrait alors contenir des décisions, des avis, des recommandations ou de simples propositions¹.

La décision du conseil d'arbitrage est immédiatement notifiée et commentée aux parties par le président du conseil. Si dans les 8 jours francs suivant cette notification aux parties, aucune de celles-ci n'a manifesté son opposition, la décision acquiert force exécutoire.

358. Le législateur n'a cependant pas perdu de vue que le conseil d'arbitrage, doté d'une autorité relative mais certaine, n'est pas une juridiction stricto sensu. Le conflit collectif ayant plus besoin d'être négocié que jugé, la loi s'est gardée malgré la demande persistante de la doctrine², de prescrire l'apposition de la formule exécutoire sur la sentence. Du coup se pose la question de l'exécution forcée des dispositions d'une sentence arbitrale exécutoire. Il ne semble pas faire de doute que les dispositions en droit, à la différence de celles suggestive, sont admissibles au régime de l'exécution forcée. Sans doute et malgré les déclarations de la loi, ne faudrait-il pas oublier que la sentence du conseil d'arbitrage non susceptible d'opposition a plus force obligatoire que force

¹ Dans la pratique, les sentences ne sont faites que de condamnations et injonctions. C.A Ydé décision n°01/94-95 du 27 déc1994 ; sentence n°03 du 01 avril 2003.

² POUGOUE (P-G), KENFACK(P-E), SEUNA(hr) et TCHAKOUA(j-m), Code du travail camerounais annoté, PUA 1997,p223

exécutoire. Dans tous les cas, il est à noter que la grève ou le lock-out engagés en contravention d'une telle sentence sont illégales¹.

B- La compétence du T.G.I., et du tribunal arbitral

359. Au Mali, les juridictions arbitrales ont été instituées pour résoudre les différends collectifs. Ces juridictions ont la même compétence que le T.G.I en France pour ce qui concerne le règlement des différends collectives en droit du travail. Mais à la différence du tribunal du travail du Mali, le T.GT. a une compétence générale : c'est-à-dire une compétence de principe pour connaître de toutes les affaires pour lesquelles la compétence n'est pas expressément attribuée à une autre juridiction, en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande (art R311-1 du nouveau Code de procédure civile). A cet effet, il peut intervenir non seulement sur les différends qui relèvent de la relation entre les particuliers dans la vie courante

En droit du travail, le T.G.I statue sur les contentieux collectifs nés d'une action d'un comité d'entreprise ou d'une organisation syndicale et relatifs à la licéité de la procédure collective de licenciement, tandis que le Conseil de Prud'hommes connaît des actions individuelles initiées par les salariés et statue sur la licéité des licenciements prononcés. A ce titre, il se trouve saisi de la réintégration de salarié licencié lorsque la procédure collective a été annulée par le juge de droit commun.

360. Cependant, on peut s'interroger sur la compétence du juge de droit commun, saisi de la régularité de la procédure collective, pour ordonner l'annulation de licenciements d'ores et déjà prononcés et la réintégration de salarié. Fort logiquement, des tribunaux ont non seulement ordonné la suspension ou l'annulation d'une procédure collective, mais ont également interdit simultanément à l'employeur de prononcer toute rupture des contrats de

¹ Monsieur POUGOUE faisait cette remarque, « la grève et le lock-out dans le nouveau Code du travail camerounais » Rja 1994p 104.

travail liée au projet de licenciement collectif. Cette mesure préventive permet à la remise en état d'avoir un effet utile¹.

En revanche, l'annulation des licenciements consécutive à celle de la procédure de conciliation n'est pas prononcée par le T.G.I. Il est vrai que la compétence de la juridiction prud'homale en matière de litige individuel semble constituer un obstacle. Il pourrait cependant en être autrement si l'on admet que la question soulevée est moins celle de la nullité, à proprement parler, des licenciements que celle de l'étendue de la remise en l'état attachée à la nullité de la procédure collective². Dans cette perspective, serait davantage soulignée « indivisibilité » de la procédure collective de licenciement et la rupture du contrat de travail³.

361. A l'inverse, il été admis que le Conseil de Prud'hommes puisse statuer tant sur la licéité de la procédure collective que sur celle des licenciements, qu'il s'agisse soit d'annuler des licenciements déjà prononcés, soit de suspendre des procédures individuelles en cours, soit enfin d'interdire à titre préventif de telle ruptures tant que la procédure n'aura pas été régulièrement accomplie⁴. Cette solution a été tout d'abord reconnue par plusieurs juridictions du fond qui avaient retenu leur compétence non seulement sur la rupture des contrats de travail mais également sur la licéité de la procédure collective, singulièrement le caractère suffisant du plan de sauvegarde de l'emploi⁵.

Dans le même esprit, mais de manière encore plus frappantes, des juges du fond saisis par des salariés d'une demande tendant à « surseoir à leur licenciement et(à) des dispositions prévues par la loi », ont ordonné la suspension des mesures de licenciement et la réitération de la procédure collective. A l'appui de son

¹ Cf, par exemple, T.G.I Nanterre, référé, 16 novembre 1993. Dr.soc., 1994p.876

² V. BOSSU, « la sanction d'un plan social non-conforme aux dispositions légales ». Dr.soc., 1996,p.383,sp.pp.387-388 : il écarte cependant implicitement une telle compétence du T.G.I.

³ Sanction civile en droit du travail, Manuela GREVY,p.295

⁴ En ce sens, G . COUTUTIER, Dr.soc.,1993,p.219, sp.p.224 ; voir également la circulaire DRT du 29 janvier 1993 selon laquelle la nullité de la procédure de licenciement « peut être prononcée par le tribunal de grande d'instance(..), ou par le conseil des prud'hommes à l'occasion d'un recours individuel d'un salarié qui conteste son licenciement pour motif économique » (Liaisons sociales, Législation, D4, n°263

⁵ V également supra sur la nullité du licenciement pour motif économique.

pourvoi, l'employeur alléguait les pouvoirs du Conseil de Prud'hommes. Celui-ci, « en cas de licenciement collectif pour motif économique, quand la procédure requise à l'article L.1233-8 du Code du travail français n'a pas été respectée par l'employeur, doit accorder au salarié une indemnité calculée en fonction du préjudice subi, sans pouvoir imposer l'employeur d'accomplir la procédure prévue »¹. Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation a estimé que le juge « a exactement décidé que l'absence de plan social et de mesures de reclassement constituait un trouble manifestement illicite »².

362. Dans un arrêt remarqué du 30 mars 1999, la Cour de cassation confirme sans ambiguïté ce pouvoir du Conseil de Prud'hommes. Six salariés licenciés avaient saisi cette juridiction d'une demande de réintégration fondée sur la nullité de la procédure collective de licenciement en raison du caractère manifestement insuffisant du plan de sauvegarde de l'emploi. L'employeur faisait grief aux juges du fond d'avoir fait droit à cette demande ; il invoquait à l'appui l'absence de pouvoir du Conseil de Prud'hommes d'annuler le plan de sauvegarde de l'emploi en faisant valoir « qu'il appartient au comité d'entreprise chargé de défendre les droits collectifs des salariés d'agir en justice devant le T.G.I pour faire constater que le plan de sauvegarde de l'emploi qui lui a été soumis ne correspond pas aux prescriptions légales ». Le pourvoi se plaçait donc précisément sur une distinction entre les dimensions individuelle et collective du contentieux relatif aux licenciements pour motif économique. Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation énonce que « les salariés licenciés pour motif économique ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L.1235-10 du Code du travail ». En conséquence, « ayant constaté(...) que le plan de sauvegarde de l'emploi était manifestement insuffisant(...), la Cour d'appel, qui en a justement déduit que la

¹ L.1233-8 dispose que l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le comité d'entreprise dans les entreprises de cinquante salariés et plus, les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés...

² Cass.soc., 12 novembre 1996, Bull V,n°375,p.269

procédure de licenciement collectif était nulle, a pu décider que les ruptures prononcées constituaient un trouble manifestement illicite et ordonner, les le cesser, la réintégration des salariés¹.

363. Cette reconnaissance d'un intérêt à agir du salarié, es qualité, et non des seuls représentants du personnel, pour prononcer la nullité de la procédure collective de licenciement met en lumière une singulière conciliation de l'individuel et du collectif en la matière. Elle contribue à obscurcir les rapports entre ces deux dimensions. Toutefois, elle n'est pas sans trouver une certaine cohérence avec l'affirmation d' « indivisibilité » de la procédure collective et de l'acte individuel de rupture.

364. Au Mali, les conflits collectifs relèvent de la compétence du conseil d'arbitrage (L. 228 du Code du travail du Mali). Ainsi ce texte énonce : « le conseil d'arbitrage se prononce en droit sur les conflits relatifs à l'interprétation des lois, règlements, conventions collectives ou accord collectifs en vigueur ». Il s'agit des différends qui ne relèvent pas de la compétence du tribunal du travail. Donc par application de l'article L.228, le litige à l'occasion du contrat de travail entre l'employeur et le salarié échappe à la compétence du conseil arbitrage.

Ce dernier à une compétence limitée au différend collectif. Pour délimiter cette compétence, le différend collectif, l'article L.218 du Code du travail définit ainsi : « est réputé différend collectif du travail, tout conflit caractérisé à la fois par :

- l'intervention d'un groupe de travailleurs ;
- la nature collective de l'intérêt en jeu ».

365. Il s'agit du différend qui met en jeu l'intérêt collectif en présence d'un groupe indifférencié de travailleurs. Par exemple, le différend qui consiste à faire respecter les dispositions d'une convention collective au profit d'un seul

¹ Cass.soc.30 mars 1999, Dr soc. 1999,p593, G.COUTUTIER, « insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Les actions en nullité propres aux salariés » ; dans le même sens, Cass.soc 28 mars 2000. Bull V n°132,p.99

travailleur, on peut dire qu'il y a intérêt collectif, certes, puis que la bonne application d'une convention concerne toutes les personnes qui y sont assujetties, mais il n'y a pas de conflit collectif, car une seule personne, un seul individu est en litige.

Le Code du travail malien exclu les actions intentées par les salariés pris individuellement dans la définition du différend collectif. La notion du différend collectif est la même en France qu'au Mali. Pour être collectif, l'action doit relever d'un groupe de travailleur¹. Mais au Mali, la frontière entre la compétence du tribunal du travail et conseil d'arbitrage ne semblait claire jusqu'à l'intervention du tribunal du travail de Bamako.

Ainsi peut-il avoir intervention du tribunal du travail alors que plusieurs salariés demandent application d'une convention collective ?

366. Dans un arrêt du 30 juin 2004 du tribunal du travail de Bamako, la question est soulevée suite une demande de l'irrecevabilité pour défaut de qualité². En espèce, monsieur Brahim DIAKITE et « autres » ont attiré la S.O.M.I.E.X devant le tribunal pour réclamer des primes de rendement et reclassement. Ces salariés mènent cette action pour une demande d'application de la convention fédérale du commerce corrigée par la loi n° 81-10/ ANRM du 03 mars 1981, loi n° 89-85 du 11 novembre 1989 de 1958. Malgré la S.O.M.I.E.X n'ait jamais appliquée cette mesure aucune réclamation n'avait été faite de la part des salariés jusqu'en 2004 date de leur licenciement.

La société SOMIEX contestait la compétence du tribunal du travail arguant que l'action intentée par Zoumana et autres avait le caractère d'une action collective qui relève de la compétence du conseil d'arbitrage et non tribunal du travail. Et par conséquent soutenait l'incompétence de cette juridiction. A cet effet le tribunal du travail devrait clarifier cette compétence :

¹ les différends liés à la conclusion, à l'exécution et à la rupture du contrat de travail relève de la compétence du conseil de prud'homme. A ce sujet voir section sur le domaine de compétence du tribunal du travail au Mali

² Cf ; arrêt Zoumana DOUMBIA et autres

Sur le caractère individuel excluant la compétence du tribunal arbitrage ; ainsi on entend par différend individuel le différend née entre un employeur et un ou plusieurs travailleurs pris individuellement et qu'il porte sur un intérêt individuel. Donc le fait que plusieurs salariés exercent une action en même temps ne fait pas de ce différend un conflit collectif. Le Tribunal retient à cet effet l'intérêt individuel des salariés à défendre un droit individuel. Comme il ressort du jugement : « un différend individuel s'entend de celui qui naît entre un employeur et un ou plusieurs travailleurs pris individuellement et qu'il porte sur un intérêt individuel »¹. En conséquence, le tribunal ne saurait que recevoir l'action des demandeurs, excluant la compétence du Tribunal d'arbitrage.

367. Au Mali, la procédure d'arbitrage est obligatoire, à cet effet l'article L.225 du Code du travail indique « dès réception du rapport de non conciliation, le ministre du travail saisit le conseil d'arbitrage du différend ». Ce système consiste à soumettre obligatoirement le conflit à une procédure d'arbitrage, et dans ce cas, les solutions de force, comme le lock - out ou la grève, sont absolument interdites avant l'épuisement des procédures de conciliation et d'arbitrage.

368. En cas de lock-out ou de grève avant le terme de la procédure d'arbitrage, l'employeur peut être obligés de payer les journées de salaire perdues de ce fait, et condamné à diverses déchéances, tandis que perdent le droit à l'indemnité de préavis et aux dommages intérêts pour rupture du contrat.

Contrairement au Mali, en Code d' Ivoire, il n'y a pas d'obligation légale de la procédure d'arbitrage, c'est les parties qui décident de soumettre leur différend soit à la procédure légale d'arbitrage, soit à une procédure légale dite de médiation². Dans le cas où les parties ne s'accordent sur un arbitrage dans un

¹ Il apparaît dans le jugement Zoumana ce celui-ci confirme d'autres jugements sur cette question.

² Extrait du Code du travail de Code du travail : **Article 82.6** Tout différend collectif est obligatoirement soumis dans les conditions fixées par décret à la procédure de conciliation. Le décret fixe notamment la durée maximale de la procédure de conciliation.

Article 82.7 En cas d'échec de la conciliation, le différend est soumis:

délai de six jours, la procédure de médiation peut être engagée par la partie la plus diligente. Si les parties sont convenues de soumettre le conflit à l'arbitre, elles acceptent de ce fait, de s'interdire toute grève ou tout lock-out. Le projet O.H.A.D.A porte tout son intérêt. D'où là la nécessité d'un droit sous-régional qui puisse harmoniser l'ensemble des règles à cet effet.

Paragraphe II : Le tribunal du travail et les autres tribunaux judiciaires compétents

369. Le domaine de compétence du tribunal d'instance : Les litiges relatifs aux élections professionnelles font partir des attributions du tribunal d'instance en France alors qu'au Mali, c'est le tribunal du travail. Ainsi, les contestations relatives à l'électorat à l'éligibilité, ainsi qu'à la régularité des opérations électorales, sont de la compétence du président du tribunal du travail qui statue d'urgence et en dernier ressort (Article L.269). Le cas du juge des référés: le juge des référés dans le domaine social : les références françaises pouvant servir le droit malien. La saisine du juge des référés est justifiée « dans tous les cas d'urgence », dès lors que les mesures qu'il est susceptible d'ordonner » ne se heurte à aucune contestation sérieuse » (c'est-à-dire lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable) « ou que justifie l'existence d'un différend. ».

En droit malien du travail à l'image du droit français du travail prévoit la procédure de référé. L197 du Code du travail indique que : « chaque tribunal comporte une formation de référé commune à toutes les éventuelles sections. La formation de référé est composée du président du tribunal du travail et un

-soit à la procédure conventionnelle d'arbitrage, s'il en existe en application de l'article 72.3 14) du présent Code;
-soit à la procédure d'arbitrage prévue à la section ci-après, si les parties en conviennent. A cette fin, celles-ci disposent d'un délai de six jours à compter de la date à laquelle l'échec total ou partiel de la conciliation a été constaté;
-soit à la procédure de la médiation prévue ci-dessous.

Section 3. Arbitrage

Article 82.8 Lorsque les parties conviennent de soumettre le différend à la procédure d'arbitrage, elles acceptent d'en exécuter la sentence et s'interdisent tout lock-out ou toute grève pendant le déroulement de la procédure.

greffier. Elle est saisie par simple requête adressée au président du tribunal du travail ».

370. En France l'intervention du juge des référés a longtemps existé en droit du travail, pour l'essentiel, par le décret du 9 septembre 1971 et les articles 808 et suivants, 972 et suivants du nouveau Code de procédure civile. Il existe désormais un référé devant toutes les juridictions susceptibles de connaître d'un conflit du travail : conseil de prud'homme R1455-1(ancien R515-4 C. travail) ; tribunal d'instance art 848 et suivants du nouveau Code de procédure civile ; le T.G.I art 808 et suivants du nouveau Code de procédure civile. Il existe même un référé devant le premier tribunal de la Cour d'appel qui, en cas d'appel, peut, en d'urgence, prendre les mesures qui se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend (art 956 du nouveau Code de procédure civile). En France le juge de référé joue un rôle déterminant dans la résolution des différends individuels et collectifs en droit du travail. Ce rôle a débuté au moment où la Cour de cassation a dégagé la notion de voie de fait en matière de licenciement de salariés protégés sans autorisation préalable de l'Inspecteur du travail, et son corollaire le trouble manifestement illicite, que le référé dans le domaine social a connu d'importants développements (Cass.Soc., 20mars1966). Ces conditions sont exigées devant toutes les juridictions (art 808NCPC pour le T.G.I, art 848 pour le tribunal d'instance, art 872 pour le tribunal de commerce, art142-21-1 du Code de sécurité sociale pour les affaires de la sécurité sociales et art 516 -30 du Code du travail pour le conseil de prud'homme).

371. Dans la pratique en France, la lenteur des procédures devant les juges du fond incitent les salariés et les employeurs à saisir le juge du référé qui ne prend certes que des mesures provisoires, n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, mais qui statue rapidement.

Les règles déterminant la compétence du juge des référés sont relativement simples puisqu'elles sont calquées sur celles qui régissent la compétence de la juridiction du fond¹. Selon art 848 du nouveau Code de procédure civile le tribunal d'instance est compétent dans la limite de sa compétence, ordonner en référé toutes les mesures... ». Enfin, selon l'art 810 du nouveau Code de procédure civile, les pouvoirs du président du T.G.I statuant en référé « s'étendent à toutes les matières où il n'existe pas de procédure particulière de référé... ».

372. C'est ainsi par exemple que le président du T.G.I est compétent pour ordonner « la suspension de toute mise en œuvre de la décision de cessation d'activité et de fermeture des établissements de la société Marks et Spencer jusqu'à ce que celle-ci ait procédé à l'information et à la consultation de l'ensemble des instances représentatives du personnel, conformément aux dispositions légales » (T.G.I Paris, ordonnance du 9 avril 2001)².

La lecture du Code du travail malien peut être synonyme de confusion chez les salariés. Dans ce dispositif, il n'y a que deux textes qui prévoient l'existence de cette juridiction (L.197)³ et L.269⁴. Les règles relatives à la saisine du juge de référé et les attributions de cette juridiction sont absentes du Code du travail malien. Aussi la définition du référé n'est pas mentionnée dans ce document. Comme par exemple, l'art 516-31 du Code du travail dispose que « la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'impose, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement

¹ Les Sanctions civiles, administratif et pénales Tome 1, Publié à la documentation Française. P354. Jean Michel

² Les Sanctions civiles, administrative et pénales Tome 1 précité P 354

³ texte déjà cité infra

⁴ Article L.269: Les contestations relatives à l'électorat à l'éligibilité, ainsi qu'à la régularité des opérations électorales, sont de la compétence du président du tribunal du travail qui statue d'urgence et en dernier ressort.

contestable, elle peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Il faut se baser sur les articles 684 et suivants du Code de procédure civile et commerciale pour retrouver le champ d'application de cette procédure de référé.

373. La procédure de référé en droit malien peut faire apparaître aussi des insuffisances dans son effectivité. L'objet auquel on saisit le juge des référés n'est pas précis; en effet les salariés maliens saisissent le juge en général plusieurs mois après la rupture du contrat de travail. C'est-à-dire le juge des référés n'est compétent que s'il y a urgence et s'il n'existe pas de contestation sérieuse sur l'existence des droits. Donc il serait trop tard pour saisir cette juridiction.

Les salariés maliens ne saisissent pas le juge pour avoir une réparation provisoire. Par méfiance de la justice, les maliens déposent une requête pour avoir une décision exécutoire définitive qui dans leur esprit ne fait objet d'autre contestation. La notion de contestation sérieuse s'apprécie en temps réel et non à posteriori. Toute contestation doit être faite au moment où le juge est saisi pour que ce dernier les alloue une réparation irrévocable.

374. Ce qui pourrait expliquer la réticence des salariés à saisir un juge de référé. Il y a un déficit d'information des salariés à ce niveau. En plus, les causes de la saisine du juge des référés sont absentes dans la relation du travail. On aurait pu croire les nombreux cas de la violation du droit des représentants du personnel pouvaient constituer des voies de fait justifiant la saisie du juge de référé. Mais le constat est amer parce que la jurisprudence et le législateur maliens semblent silencieux sur ce point. C'est ce qui semble expliquer la pétition intitulée « Morila en lutte ! Soutenez notre combat pour obtenir nos droits ». C'est une déclaration pour un soutien national et international de la lutte des

grévistés de Morila lors d'une conférence presse¹. Il semble que la saisie du juge de référé pour un tel cas pourrait faire cesser le trouble manifestement illicite pour réintégrer les grévistes licenciés par exemple.

375. En somme, le droit de travail étant un domaine complexe confier à la fois les litiges individuels relevant du Code du travail et des litiges relevant du Code de prévoyance sociale à un seul juge peut entraîner des dénis de justice. C'est-à-dire soit des décisions complaisantes, soit des décisions prise à la hâte. Aussi, on pourrait craindre dans l'avenir de l'encombrement du tribunal du travail qui va se voir confier tous les litiges du droit de travail. Quand on regarde l'évolution du monde notamment la sous-région Ouest africaine, il y a de plus en plus de questions qui se posent à cause de la multiplication des entreprises qui se délocalisent. Cela va avoir pour effet la multiplication des entreprises multinationales. Le nombre de demande de justice en droit du travail pourra se voir multiplier par deux, voire par dix. Devant une telle hypothèse, il va falloir trouver des solutions sous régionales. On pourra penser à l'avant-projet de l'OHADA qui va avoir pour objectif de libéraliser le monde de travail en Afrique de l'ouest.

376. Encore, compte tenu de la situation économique, les salariés maliens ne parviennent pas à saisir le juge. Parce que les juges sont situés à des centaines de kilomètre de distance de leur lieu d'habitation. Au Mali sur une superficie de 1.242.000kms il y a trois tribunaux de travail. On a le tribunal du travail de Bamako qui couvre Bamako la capitale et le centre du pays exemple la région de Ségou et les villes au tour de 240 kms. Le tribunal du travail de Kayes qui

¹ Afrique Libération, Solidarité internationale et luttes sociales en Afrique subsaharienne en date du 30 jan2006. Il s'agit d'un combat que les mineurs menons, depuis 2001, qui ont été licenciés pour fait de grève en juillet 2005 suite à « des revendications légitimes concernant les droits fondamentaux du travail : contrats falsifiés, salaires, congés et heures supplémentaires non versés, licenciement systématique, corruption du syndicat des mines, conditions de travail déplorable, aucune protection santé, accidents de travail non reconnus, nombreuses promesses pour le développement du village non tenues », etc. 32 d'entre nous ont été arrêtés entre le 14 et le 16 septembre 2005 pour des motifs non prouvés, et aujourd'hui 9 grévistes sont encore détenus dans des conditions déplorables et illégales à la maison d'arrêt de Bougouni (région de Sikasso- sud du Mali).

s'occupe de la région Est du pays, et le tribunal de Mopti qui siège pour les litiges de la relation individuelle du travail de la région nord du Mali. Cela pose aussi un problème car certaines villes sont distantes de 500kms de Mopti. Par cet état de fait les justiciables se trouvent très éloignés des tribunaux du travail. Par conséquent de nombreux problèmes dans les entreprises restent en état en possibilité pour les salariés de saisir un juge.

En plus de cela, au Mali pour une population de 14 millions d'habitants on a plus de 1200000 salariés. Alors qu'en France, il y a plus de 5 millions de salariés. Donc centrer tous les litiges dans la main d'un seul juge du travail cela va augmenter le déni de justice dont les salariés sont souvent victimes.

Titre II

Les sanctions administratives

376. L'étude de la sanction administrative s'explique par le fait dans la répartition des textes législatifs et réglementaire aussi bien en France qu'au Mali la sanction administrative est classée entre la sanction civile et la sanction pénale. De ce fait l'autorité administrative a à la fois une compétence pour veiller au respect de la violation des textes législatifs et réglementaires. C'est le cas par exemple pour le recouvrement des cotisations de la sécurité sociale, mais aussi pour saisir le Procureur de la République afin de faire sanctionner le travail dissimulé.

La question de la nature des sanctions administratives se trouve au centre du droit malien à travers le statut de certains établissements privés. Il y a l'exemple des EPA comme l'institut national de prévoyance sociale, Loi n° 93- 014 création d'un établissement public à caractère administratif dénommé I.N.R.S.P ('Institut national de recherche en santé publique)¹. C'est l'équivalent de la caisse primaire d'assurance maladie en France. Et des SPIC, c'est le cas de la SO.M.I.EX (société malienne d'importation et d'exportation). La Direction Nationale de l'Emploi (DNE) est chargée de l'élaboration de la Politique de l'emploi, de diriger, programmer, coordonner et contrôler la mise en œuvre de la politique ; elle est représentée au niveau des huit régions administratives du Mali et du District de Bamako par les Direction Régionales du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle. L'Agence Nationale Pour l'Emploi (ANPE) est un établissement public à caractère administratif doté de l'autonomie administrative et financière, qui remplace l'Office national de la main d'œuvre et de l'emploi ; elle a été créée en 2001 (par l'Ordonnance 01-016/P-RM du 27 février 2001 ratifiée par la loi 01-019 du 30 mai 2001) et est structurée en six départements techniques et huit directions régionales, avec un effectif de 160 employés environ ; ses principales missions sont de produire et diffuser les données relatives au marché de l'emploi, de mettre en relation l'offre et la

¹ Au Mali il y a une LOI N°94-009 PORTANT PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA CREATION, DE L'ORGANISATION, DE LA GESTION ET DU CONTRÔLE DES SERVICES PUBLICS, MODIFIEE PAR LA LOI N°02-048 DU 22 JUILLET 2002.

demande d'emploi, de promouvoir l'auto-emploi, de concourir à la mise en œuvre des politiques de promotion de l'emploi et de réaliser des études sur l'emploi et la formation professionnelle. L'Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes (APEJ) est un établissement public à caractère administratif, doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière, créé en 2003 (loi 03-31 AN/RM du 25 août 2003 et Décret 03-380/P-RM du 19 septembre 2003). Elle a pour mission de concourir à la création d'emplois pour les jeunes (âgés de 15 à 40 ans), en milieux rural et urbain, notamment en facilitant l'accès au marché du travail et au crédit¹. Elle joue le rôle d'agence d'exécution du Programme Emploi Jeunes (PEJ), du Programme multisectoriel d'investissement à fort coefficient d'emploi en milieu rural (PROMIIER), du Programme d'Initiatives Locales pour l'Emploi (PILE).

377. A l'origine, les services publics étaient gérés par des personnes publiques. Mais, avec l'arrêt Caisse primaire « Aide et protection » du Conseil d'Etat en France en date du 13 mai 1938², le juge administratif a admis que des personnes privées pouvaient, en dehors de tout habilitation contractuelle, gérer un service public. Dès lors se posa la question de la nature des actes édictés par ces personnes privées. Plusieurs solutions sont intervenues pour admettre, sous certaines conditions, le caractère administratif d'un acte pris par une personne privée gérant un service public. L'arrêt Epx. Barbier est l'une d'elles³.

En effet, la compagnie Air France, société privée, a édicté, le 20 avril 1959, un règlement relatif au personnel navigant. Celui-ci interdit notamment aux hôtesses d'être mariées. Une hôtesse, licenciée pour ce motif, intenta un recours devant les juridictions judiciaires. La procédure alla jusqu'à la Cour de cassation

¹ La DNE a été créée par la loi n°02-070 du 19 décembre 2002 et organisée suivant le décret n°03-191/P- RM du 12/05/2003. Le décret n° 03-217 P -RM du 30/05/03 détermine son cadre organique. L'organe suprême de gestion de l'ANPE est son Conseil d'administration à composition tripartite. Son organe d'exécution est la Direction générale assistée d'un Comité de gestion et d'un service de contrôle interne et d'une agence comptable.

² Conseil d'Etat statuant au contentieux n°57302, M. REINCH : Rapporteur et MLATOURNERIE : commissaire du gouvernement Rec Lebon, p.417

³ TC, 15 janvier 1968, n° 01908, Compagnie Air France c/ Epoux Barbier ; M. PLUYETTE Rapporteur et M. KAHN Commissaire du Gouvernement ; publié au Recueil Lebon du 15 janvier 1968

qui, jugeant qu'il y avait là une difficulté sérieuse d'appréciation de la compétence juridictionnelle, renvoya l'affaire au Tribunal des conflits. Celui-ci, le 15 janvier 1968, considéra que le juge administratif était compétent au motif que le règlement litigieux était un acte administratif.

La solution est remarquable en ce qu'elle admet pour la première fois qu'une personne privée gérant un SPIC (service public industriel et commercial) peut édicter des actes administratifs. En prenant ainsi cette position, le juge des conflits a dû lever deux obstacles : le premier est lié au fait que le contentieux des SPIC est majoritairement judiciaires, le second a trait au fait que normalement un acte pris par une personne privée ne peut être administratif. Mais, ce second principe avait déjà connu une atténuation : ainsi, dans l'arrêt Magnier, le juge administratif avait admis qu'une personne privée gérant un SPA (service public administratif) puisse prendre, sous conditions, des actes administratifs. L'arrêt Epx. Barbier a adapté cette jurisprudence aux SPIC. Ainsi, pour être administratif, l'acte pris par une personne privée gérant un SPIC doit avoir trait à l'organisation du service public et présenter un caractère réglementaire. Mais, derrière ces deux conditions se dissimule une troisième notion, celle de prérogatives de puissance publique.

378. Par contre, le fossé se creuse entre les deux droits au niveau du domaine des sanctions administratives. En France il y a de nombreux domaines qui sont couverts dans le milieu du travail. Ce sont des sanctions financières appliquées à l'employeur. C'est par exemple, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'employeur en plus de la réparation qu'il doit au salarié doit payer aux Pôle emploi, l'équivalent de six mois de salaire. Au Mali, une telle sanction n'existe pas. C'est aussi, le cas des conventions de reclassement personnalisées (art L.1233-65 et suivent du Code du travail en France), issu de la loi du 28 janvier 2005 au lieu et place du dispositif PARE anticipé, désormais abrogé, les CRP concernent les entreprise non soumis au congé de reclassement à moins que

le salarié ait refusé cette dernière mesure. Dans ce cas le salarié doit en outre justifier d'une ancienneté minimale. Le dispositif a donné lieu à la signature d'un accord national interprofessionnel du 5 avril 2005 reconduit avec quelques retouches par accord du 23 décembre 2008, définissant les modalités du régime de la convention (formalités, délai de réponse du salarié, durée, mode de fonctionnement et montant d'allocation servie au bénéficiaire). Tout employeur entrant dans le champ du dispositif, qui procède au licenciement pour motif économique d'un salarié sans lui proposer le bénéfice d'une CRP doit verser aux ASSEDIC une contribution égale à deux mois de salaire brut moyen des 12 derniers mois travaillés (art L.1235-16).

L'étude de la définition de la sanction nous permet d'une part d'aborder les critères et le domaine de cette sanction en droit du travail (chapitre I) d'autre part la mise en œuvre des sanctions par les autorités administratives juridiques nous permet de voir la convergence existant entre le droit malien et français (chapitre II),

Chapitre I
Définition des sanctions administratives
en droit du travail en droit français et
malien

379. L'étude de la définition de la sanction administrative et leur mise en œuvre par l'administration et les juridictions administratives, nous permet de comprendre la frontière entre les sanctions administratives en France et au Mali. Contrairement aux sanctions civiles il y a beaucoup de points de similitudes entre les deux droits.

Section 1 La constance dans les deux droits

380. Certes au Mali comme en France les règles sont les mêmes qu'il s'agisse de la définition des sanctions administratives applicables mais, les organes chargés d'appliquer ces sanctions ne sont pas totalement les mêmes appellations. Il n'est pas possible ici de dresser le bilan de l'influence du modèle français et de ses limites sur le droit malien. Il suffit de prendre conscience à travers quelques exemples concrets, (tirés du droit positif malien), de la façon dont se fait sentir, pratiquement, cette influence, afin de pouvoir ensuite, en exposer la portée. L'examen des textes Constitutionnels, qui expriment les grandes options de la construction, permet de remarquer que celles-ci sont proches des options françaises ; la primauté du droit est affirmée, les libertés publiques reconnues aux individus sont souvent présentées comme des droits que ces derniers peuvent opposer à l'Etat, et surtout, l'administration est soumise à un contrôle juridictionnel portant sur la légalité de ses actes. Les principaux concepts de base sont repris du modèle français. Ainsi qu'on le verra dans les différentes parties, les constructions théoriques sont identiques : la notion de personne publique, la conception même du droit administratif, droit propre et inégalitaire, mais auquel l'administration est soumise, pour l'étendue des actions administratives régies par le droit autonome. Il en va de même des différentes théories fondamentales : théorie du contrat, de la responsabilité, de l'acte unilatéral et de sa légalité, des principes généraux du droit, etc.

Paragraphe I : Clarification

381. Au préalable, il est nécessaire de donner une définition de la sanction administrative. En s'appuyant sur deux décisions du conseil Constitutionnel du 17 janvier 1989(n°88-248 DC – la loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication) et du 28 juillet 1989 (n°89-260DC- loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier), le Conseil d'Etat définit la sanction administrative comme étant une « décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre des prérogatives de puissance publique ». Et ajoutant qu'elle « inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlement »¹.

La sanction administrative paraît efficace dans la répression et elle serait adaptée à la réalité. Plusieurs raisons peuvent être invoquées en faveur de son développement. D'abord l'efficacité de la répression, les sanctions administratives sont à la base des sanctions pénales. Elles le sont tout d'abord parce qu'elles sont directement mises en œuvre par l'administration après constatations de la violation d'obligation ou d'interdictions. A cet effet, l'application des sanctions pénales est subordonnée, d'une part, aux poursuites exercées par le parquet et d'autre part, supposer que l'action publique ait été mise en mouvement, à la condamnation prononcée par une juridiction de jugement.

382. Efficace, elles le sont ensuite quant à la rapidité d'intervention de la sanction qui suit la constatation de l'infraction et peuvent ainsi se révéler bien plus dissuasives que les sanctions pénales, le contrevenant pouvant être incité, à faire perdurer une situation illégale tant que le juge répressif n'aura pas statué.

¹ les études du conseil d'Etat, la documentation française, P1995,P35-36 (les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions).

Les sanctions administratives peuvent donc tendre à empêcher la réitération des agissements fautifs qu'elles visent¹.

Enfin, les sanctions administratives sont efficaces en ce sens qu'étant des décisions, elles sont soumises à leur régime juridique et ont un caractère exécutoire. Si un recours contentieux dirigé contre la sanction administrative est toujours possible, celui-ci n'est cependant pas suspensif, sauf à admettre que le juge administratif ait accordé la suspension de l'exécution de la décision. Les sanctions administratives produisent donc des effets immédiats et le contrôle exercé par le juge n'intervient qu'après que la sanction ait été prise par l'administration. C'est pour quoi au Mali, l'administration occupe une place importante en droit du travail. Cette dernière semble être plus apte à assurer le respect des règles dans le milieu du travail. Cela justifie-t-il que le droit du travail soit enseigné dans la branche du droit public à la faculté de droit de Bamako ? Bien que le droit du travail relève du droit privé comme le stipule le Code du travail, la matière du droit du travail est enseignée dans le programme de droit public².

383. A cet effet, on fait s'impliquer l'administrateur au cœur dans la connaissance du milieu du travail pour renforcer son rôle de protecteur. Est-ce à dire que l'administration protège mieux par comparaison au juge. On rappellera que l'Inspecteur du travail s'auto saisit de toute irrégularité dans le respect du Code du travail, alors que le juge n'intervient qu'après avoir été saisi. C'est pour cette raison que la crainte inspirée par l'Inspecteur est plus forte par rapport au juge du travail au Mali.

¹ C.E sect., 28 juillet 1989, Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouët, requête n°188973) cité sous note de Jean MICHEL dans les sanctions civile, pénales et administratives en Droit du Travail Tome 1 P 490 publié à la documentation française.

² En France, le droit du travail relève du droit privé. C'est une matière de base.

Quant à l'adaptation de la sanction administrative aux domaines techniques, le caractère technique de certains domaines est assez largement invoqué pour privilégier le choix des administratives au lieu de sanctions pénale et ce, d'un double point de vue.

En effet, comme l'a souligné le conseil d'Etat français, « les sanctions pénales apparaissent parfois inadaptées aux infractions commises. Dans certaines manières techniques à la réglementation complexe, les personnes commettent des infractions plus par ignorance de la loi que par volonté d'y échapper. La sanction administrative est alors beaucoup moins traumatisante. Considérée comme ne mettant pas en cause l'honneur de la personne sanctionnée, elle est mieux acceptée ».

384. Ainsi la répression administrative trouve parfois une légitimité dans la compétence technique de l'autorité qui la prononce ; l'appréciation de l'infraction implique parfois des connaissances juridiques et techniques. Maîtrisant le pouvoir de sanctionner, l'autorité administrative compétente sera amenée à n'édicter que des règles dont elle ait pouvoir obtenir le respect. Dans son rôle de sanctionner, elle peut avoir une idée exacte de ce qui est nécessaire au respect de ces normes et des conséquence des sanctions qu'elles prononce »¹. Sans doute doit-on ajouter aux connaissances juridiques et techniques la sanction du milieu professionnel et de l'entreprise.

Il n'est pas contestable, sur ce point, que l'Inspecteur du travail ou, le contrôleur du travail du travail qui, sur un chantier du bâtiment et des travaux publics, prescrit l'arrêt temporaire d'une partie des travaux conformément aux dépositions de l'art L.4731-1 du Code du travail, dans des domaines techniques lorsqu'il s'agit des risques d'ensevelissement ou d'opérations de confinement et de retrait d'amiante, est incontestablement le mieux à même d'apprécier et les mesure qui

¹ Les sanctions civiles, administratives et pénales pré cités P 490

doivent être prises pour faire cesser la situation de danger grave et imminent et les conséquences de la sanction qu'il prononce.

Paragraphe II : La sanction administrative comparable à la sanction pénale

385. Comme le souligne le professeur René CHAPUS, « la possibilité d'exercer des poursuites pénales est parfois suppléée ou doublée par celle d'infliger aux récalcitrants des sanctions administratives, prononcées par l'autorité administrative elle-même »¹. Outre le fait que les pouvoirs publics peuvent choisir de privilégier l'institution exclusive de sanctions pénales (ce qui est le cas de la plupart des sanctions prévues par le Code du travail), deux autres options peuvent être envisagées : soit un régime exclusif de sanctions administratives, soit un régime de coexistence de sanctions administratives et de sanctions pénales. La première option ouverte aux pouvoirs publics est d'instituer une sanction administrative exclusive de toute autre sanction pénale. Dans une telle hypothèse, la répression administrative vient purement et simplement suppléer la répression pénale. Le Code du travail français offre, à cet égard quelques exemples de sanctions administratives. Il en est ainsi de celle prévue à l'article L.5212-12 qui prévoit le versement d'une somme d'argent comme pénalité au Trésor public l'employeur au titre du non-respect de l'emploi des personnes handicapées ou du retrait de l'habilitation à conclure des contrats de qualification prévus à l'article R.6325-20 du même Code. Pour certains cas, les pouvoirs publics entendent, pour les mêmes manquements, doubler les sanctions pénales de sanctions administratives en vue de renforcer l'action répressive. Quelques exemples tirés du Code du travail français peuvent ainsi être cités tel le dispositif relatif au travail dissimulé. En effet, outre les sanctions pénales prévues aux articles L.8224-1 à L.8224-3 du Code du travail, les articles L.8222-2, du même Code instituent deux types de sanctions administratives

¹ René CHAPUS, droit administratif général, tome1, p.1149,n°1354, Montchrestien, 14^e éd.2000.

constituées, d'une part du paiement solidaire des impôts, taxes et cotisation obligatoire, d'autre part des pénalités et majoration.

Paragraphe III : Les critères de ces sanctions

386. Dans la recherche des sanctions administratives, il n'y pas d'opposition entre le droit français et le droit malien dans le volet de critère. Au Mali, la méthode et la technique de recherche et d'identification de ces sanctions sont largement inspirées du droit français. Certaines d'entre elles sont générales et expliquent l'influence du droit français sur les différents systèmes juridiques des pays anciennement soumis à la domination française ; elles sont connues, il suffit de les résumer. Ainsi, le facteur historique est important ; l'application d'un système juridique français, avant l'indépendance, pousse évidemment à son maintien, au moins à titre provisoire. C'est la solution la plus facile, qui entraîne le moins de bouleversements, et qui s'impose naturellement partout, sauf lorsque existent des raisons impérieuses poussant à la rupture de la continuité.

A cela, s'ajoute un phénomène humain, souvent mis en relief : le phénomène de mimétisme¹. La plupart des spécialistes africains, à qui incombent la mise en place des nouvelles institutions juridiques, ont été formés à « l'école française », ou ont pratiqué les solutions françaises, qu'ils connaissent parfaitement et auxquelles très souvent ils adhèrent ; les conseillers techniques, mis à la disposition des nouveaux Etats par le gouvernement français, dont le rôle fut important pendant cette période transitoire, ont contribué à cette influence. Enfin, pendant longtemps, les solutions occidentales ont représenté, pour la plupart des Etats nouveaux, un modèle dont on tendait à se rapprocher. D'autres raisons sont particulières au droit administratif, et tiennent aux caractéristiques du modèle français... La construction française était fort séduisante, et de plus paraît adaptée aux problèmes auxquels étaient affrontés les jeunes Etats : mettre en place une administration puissante, efficace et

¹ Voir, p. ex. G. Langrod, *Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique*, R.I.S.A. 1973. 119

rationnelle ; le droit administratif français paraît, de ce point de vue, offrir toutes les garanties, il met à la disposition des pouvoirs publics des techniques d'action éprouvées, une autorité indiscutable, tout en comportant des contrepoids permettant de satisfaire l'esprit.

387. Pour identifier les infractions administratives, les auteurs retiennent trois critères¹. C'est une constante dans le mécanisme administratif. Ce qui va changer, c'est d'autres volets parallèles aux critères². On dira aussi que le raisonnement consiste étudier le droit malien à l'image du droit français. C'est « une transposition » du second dans le premier. D'abord quant à l'auteur de la sanction : « elle émane d'une autorité administrative³ » et de l'Etat (pour l'application aux domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle). Comme le souligne Henry-Michel Crucis: « les règles applicables en matière de la recherche d'infraction administrative ne sont pas autonomes mais s'inscrivent dans les missions de contrôles et de surveillance confiées à l'administration et certains organismes spécialisés... »⁴. Ainsi dans l'exercice de leur attribution de veille à l'application du Code du travail, l'Inspecteur du travail en France comme Mali peut avoir à faire aux nombreuses infractions dont le domaine varie⁵. On peut ajouter, même s'il est assez rares que des organismes de droit privé peuvent aussi être amenés à prononcer des sanctions administratives (par exemple, les organismes habilités à prononcer le retrait de l'attestation d'examen CE de type »conformément aux dispositions de R.4313-20 du Code du travail⁶.

¹ Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Cooly dans les ouvrages punir sans juge ? de la répression administratives au droit administratif pénal, Economica, 1992, p.6

² C'est notamment au niveau des conditions et des effets dans la protections des salariés maliens par rapport aux salariés français ; infra.

³ On verra ce titre que l'Inspecteur du travail et les contrôleurs du travail jouent un rôle prépondérant dans l'application du Code du travail, V infra.

⁴ Henry-Michel CRUCIS : sanction administrative, Juris -Classeur administratif, fascicule 108-40, 1999.

⁵ Cf, omniprésence de l'Inspecteur du travail en droit du travail malien,

⁶ R.4313-20 du Code du travail, La procédure de contrôle interne de la fabrication est la procédure par laquelle le fabricant s'assure qu'une machine ou un équipement de protection individuelle satisfait aux règles techniques pertinentes de l'annexe applicable et établit, sous sa responsabilité, une déclaration de conformité en ce sens.

388. Le deuxième critère concerne, la « finalité répressive des sanctions » : la sanction administrative « punit un manquement à une obligation » et, pour qualifier une décision administrative de sanction, « le juge administratif cherche si la mesure édictée vise ou non à punir un comportement ». Sous cet aspect, la sanction administrative ne se distingue guère de la sanction pénale : ces décisions se rapprochent à certains égards des sanctions pénales¹.

Et enfin le troisième critère, le contenu de la sanction : sur ce point, la sanction administrative se rapproche de sanction pénale par son contenu puisqu'il existe une gamme de sanctions administratives aussi diversifiées que la gamme pénale. Ainsi, entrent dans la catégorie des sanctions administratives, les sanctions pécuniaires dans le cadre de la pénalité prévue par l'article L.5212-12 du Code du travail en matière d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés², les sanctions contractuelles (par exemple, le retrait d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation dès lors, d'une part, qu'ils n'ont pas caractère automatique ou symétrique de l'octroi et implique l'appréciation d'un comportement³. Et d'autre part, que la finalité du retrait est répressive. A cette liste doivent être ajoutées certaines mesures coercitives (arrêt temporaire de travaux prévu à l'article L.4731-1 du Code du travail). En revanche, les mesures comminatoires, telles les mises en demeure qui constituent, le plus souvent le premier acte d'un processus répressif susceptible de donner lieu à l'application soit d'une sanction pénale (en d'hygiène et de sécurité au travail, l'article L.4721-4) qui prévoit que les inspecteurs et les contrôleurs doivent adresser une mise en demeure avant d'adresser procès-verbal), soit d'une sanction administrative(mise en demeure de l'Inspecteur du travail prévue à l'article L.6225-3 et préalable à la décision d'opposition à l'engagement d'apprentis.

V, Jean MICHEL, les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail tomeI, p.500

¹ Franck MODERNE, « le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », in RFDA, janvier-février 1997, p.9

² Majoration de retard : C.E., 17 février 1992,époux Vermeersch, ec.,p62 ; pénalité prévue par l'article L.5212-12 du Code du travail en matière d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

³ C.E ; Sect.,25 octobre 1985, société des plastique d'Alsace, Rec.,p.300

Dans le cadre de cette thèse, nous allons nous limiter à l'étude des domaines de sanctions qu'on peut trouver à la fois en France et au Mali. Pour cela, on successivement illustrer les sanctions administratives dans le domaine d'emploi et dans les conditions du travail.

Section 2 Des exemples de sanctions

389. Dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, et sous certaines conditions, l'administration dispose du pouvoir direct de prononcer des sanctions administratives, et de manière indirecte, en exerçant son pouvoir de constatation et signalement des infractions, et plus rarement, en exerçant son pouvoir de saisine du juge civil, elle peut conduire le juge judiciaire à prononcer des sanctions pénale et des sanctions civiles.

On ne saurait dissocier le pouvoir de l'administration de prendre des sanctions administratives de celui plus général de prendre des décisions administrative unilatérales aussi s'impose aux administrés et qui est l'expression même de ses prérogatives de puissance publique. C'est même « la première des prérogatives de la puissance publique »¹. Cette prérogative permet à l'administration d'exercer ce pouvoir de décision sans avoir à faire reconnaître par un juge son droit d'agir préalablement à l'exercice de son action.

Cette prérogative d'action, en dehors de toute autorisation préalable du juge, confère à la « décision administrative...un caractère exécutoire » qui « est la règle fondamentale du droit public »². L'administration a d'ailleurs l'obligation de décider et elle ne peut demander au juge de prononcer des mesures qu'elle a le pouvoir de prendre elle-même³. Ainsi, par exemple, dans le domaine contractuel, « l'administration peut user de moyens de contrainte à l'égard de

¹ René CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, Montchrestien, 12 édition, p.461, n°668.

² C.E. Ass., 22 juillet 1982, Huglo et autres, Rec., p.257.

³ C.E. 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, Rec., p.583.

son cocontractant sans recourir à une décision juridictionnelle »¹. Autres illustration de ce pouvoir : l'administration ne peut adresser au juge pour obtenir la condamnation au paiement de sommes qui lui sont due alors qu'elle dispose du pouvoir d'émettre un titre de perception². Ce sont là les le principe directeur de sanction que l'on peut appliquer en droit du travail.

Paragraphe I : Domaine de l'emploi

A- En matière d'apprentissage

390. Issue de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, l'apprentissage peut être défini comme une forme d'éducation alternée qui a pour but de donner à des jeunes travailleurs ayant satisfait à l'obligation scolaire une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme ou un titre à finalité professionnelle enregistré au répertoire national des certificats professionnelles prévues par les textes³. La loi du 18 janvier 2005 dite de « cohésion sociale » modifie le dispositif de l'apprentissage dans ses volets sociaux et fiscaux. Elle prévoit un ensemble de mesures qui concerne aussi bien l'entrée en apprentissage (âge limite maximum, durée du contrat...) que son déroulement, durée du travail formation...). La loi modifie également les règles relatives à la taxe d'apprentissage et institue un crédit d'impôt au bénéfice des entreprises qui emploient des apprentis.

Qu'ils appartiennent à la catégorie des contrats affectés d'un terme ou qu'ils soient conclus sans limite de durée, ces contrats sont soumis à un régime spécifique. Lorsqu'ils prennent la forme d'un contrat à durée déterminée pour des motifs visés par la loi (C. travail L.1242-3), ils doivent obligatoirement comporter un terme précis dès leur conclusion ce qui n'empêche pas le juge

¹ C.E. 31 janvier 1973, Wuest, Rec., p.89

² C.E. 18 mai 1988, Ville de Toulouse, Rec., p.939.

³ Idem, Droit du travail, relation individuelle du travail, J.M.VERDIER, A. COEURET, M.-A. SOURIAC, v 2, Mémentos Dalloz, p.30

social d'accepter qu'il soit pourvu par ce moyen durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise¹.

L'employeur conclut avant l'embauche, et pour chaque bénéficiaire, une convention avec le représentant des pouvoirs publics laquelle décrit les tâches effectuées par le salarié et le cas échéant, les actions de formations professionnelles obligatoires.

391. Au Mali il existe aussi des mesures en faveur de l'apprentissage encadré par le Code du travail. c'est à ce titre que l'Article D.7-1 définit l'apprentissage comme : « le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier par lequel un employeur s'engage, outre le versement d'une allocation d'apprentissage, à assurer une formation professionnelle méthodique et complète, dispensée dans l'entreprise et éventuellement dans un centre de formation d'apprentis, à un jeune travailleur qui s'oblige, en retour, à travailler pour cet employeur pendant la durée du contrat ».

Le droit malien se rapproche du droit français sur plusieurs points. L'employeur est tenu d'inscrire l'apprenti, à la fin de l'apprentissage, à l'examen organisé pour délivrer, éventuellement, le certificat d'aptitude professionnelle (Article D.7-11). En France la formation vise le même objectif (article L.6222-7 à L.6222-9 Code du travail). Le contrat d'apprentissage peut être résilié sans indemnités par l'une ou l'autre des parties durant les deux premiers mois de l'apprentissage. Cette résiliation doit être constatée par écrit. Passé ce délai, la résiliation du contrat ne peut intervenir que sur accord exprès et bilatéral des cosignataires ou sur résolution judiciaire prononcée par le tribunal du travail à la demande de l'une ou l'autre des parties (Article D.7-12).c'est le cas en France². Les cotisations sociales d'origine légale et conventionnelle dues au titre des

¹ Idem, Première partie sur les sanctions civiles., V, par exemple le contrat d'accompagnement dans l'emploi(Code du travail, L.5134-23) ou le contrat d'avenir(ode du travail article .L5134-41, L.5134-42 et L.5134-43). Sur la nature permanente : Cass.soc., 26 janvier 2005,n°02-46.639 et déjà en ce sens, Cass.soc., 16 décembre 1999,Bull.civ. V, arrêts n°1,n° 2 et n°113.

² Cf L6222-7 à L.6222-9 Code du travail français

salaires sont calculées de façon forfaitaire sur le montant du salaire légal de base. L'Etat prend en charge, selon un taux fixé par arrêté du ministre chargé du travail et de la prévoyance sociale, les cotisations sociales patronales et salariales d'origine légale ou réglementaire (article D.7-13).En France cela équivaut pour l'Etat d'exonération de charge sociale.

Il peut être prévu au contrat d'apprentissage que l'apprenti s'engage, vis à vis de son employeur et après achèvement de l'apprentissage à continuer à exercer chez cet employeur, son activité professionnelle pendant une période qui ne peut excéder deux ans. Le non-respect de cet engagement peut entraîner le versement à l'employeur d'un dédommagement. En prévoyant une telle mesure le droit malien se démarque du droit français. L'idée du droit malien, c'est d'assurer au jeune formé un début d'insertion dans l'entreprise. En droit français, on sera dans hypothèse de l'introduction d'une clause de non concurrence (Article D.7-10)¹.

392. Mais, pour ce qui concerne la sanction administrative du non-respect des engagements de l'apprenti, le droit malien n'apporte pas les mêmes réponses par rapport au droit français.

Dans le domaine du travail, l'autorité administrative peut en application de l'article L.6225-1 du Code du travail français s'opposer à l'engagement d'apprentis par une entreprise lorsqu'il est établi par les autorités chargés du contrôle de l'exécution du contrat d'apprentissage que l'employeur méconnaît les obligations mises à sa charge...telles que les conditions de formation du contrat (L6222-1, la conclusion du contrat l'article L. 6222-4, la durée du contrat L.6222-11 et L.6222-12).

Lorsque l'autorité administrative décide que les contrats en cours ne peuvent être exécutés jusqu'à terme, la décision entraîne la rupture des contrats à la date de notification de ce refus aux parties en cause. L'employeur verse aux apprentis

¹ V. supra, la nullité des clause dans le contrat de travail

les sommes dont il aurait été redevable si le contrat s'était poursuivi jusqu'à terme (article L6225-3 Code du travail français).

393. Nombreuses sont les dispositions législatives et réglementaires qui investissent les préfets de département du pouvoir de prononcer des sanctions administratives, en particulier dans le domaine conventionnel. Il en est ainsi de la résiliation de contrat emploi solidarité et de contrat consolidé et de la suspension ainsi que du reversement des aides qui sont attachées à ces deux dispositifs (décret n°90-105 du 30 janvier 1990 du pris pour application de L.5134-20 du Code du travail et décret n°98-1109 du 99 décembre 1998 pris pour application de L.5134-65 du même Code. Il en est de même, en matière d'insertion par l'activité économique, de la résiliation des conventions conclues entre, d'une part, l'Etat et d'autre part, les entreprises d'insertion et les entreprises de travail temporaire d'insertion ainsi que du reversement des aides indûment perçues(décret n°99-107 du 18 février 1999 pris pour application de l'article L.5132-5 et décret n°99-108 du même jour pris pour l'application de l'article L.5132-2 et de la résiliation de la convention conclue entre l'Etat et les associations intermédiaires pur l'application L.5132-8 du Code du travail. Il en est de même encore de la résiliation de la convention de contrat emploi-jeunes et du reversement de l'aide indûment perçue (décret n°97-954 du 17 octobre 1997 pris pour l'application de l'article L.5134-1 du Code du travail).

B- Sanction financière en cas de recours au faux indépendant

394. Une des réalités juridiques majeurs du travail dissimulé est la dissimulation d'emploi salarié. Elle peut se matérialiser par le recours du donneur d'ordre à de faux indépendants, immatriculés et déclarés en tant que tels mais dans une situation de subordination salariale à l'égard du donneur d'ordre. Le montage est habile car l'on sait que la loi institue une présomption de travailleur indépendant pour les personnes régulièrement immatriculées ou déclarées(art L.8221-6) qui

permet au donneur d'ordre de ne pas avoir à assumer les obligations pesant en principe sur un employeur(notamment le paiement de cotisations sociales sur les rémunérations versés aux travailleurs)¹.

La présomption étant toutefois simple, une requalification de la situation ainsi créée peut intervenir, l'existence d'un contrat de travail en tant que travailleurs indépendants « fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci » (article L.8221-6-II du Code du travail. l'article 125 de la loi nouvelle ne revient pas sur ces dispositions mais modifie certaines conséquences emportées par la requalification.

395. On sait que la requalification découle de l'établissement d'une situation de dissimulation d'emploi salarié lorsque le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement à des obligations incombant à un employeur et visées à l'article L.8221-5 du Code du travail². L'objectif de l'article 125 est de permettre aux URSSAF de rappeler les cotisations sociales sur une période requalifiée. En l'état actuel des textes, le recouvrement des cotisations dues par celui qui a la qualité d'employeur n'est en effet possible que pour la période postérieure à la requalification des emplois³. La sanction est en somme toute assez peu dissuasive. La L.F.S.S s'est donc saisie de la question et décide l'ajout d'un alinéa à l'article L.822166 du Code du travail. Il sera désormais possible aux URSSAF de réclamer le montant des cotisations sociales que le recours à de faux indépendants a permis d'éluder. Cependant, cette voie est ouverte avec mesure par le législateur puisqu'elle ne peut empruntée que dans l'hypothèse où le donneur d'ordre a fait l'objet d'une condamnation pénale pour

¹ LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude, Marion Del SOL, professeur à l'université de Rennes1, IODE(UMR CRNS 6262-université de Rennes 1), JCP/ la semaine juridique-Edition sociale n° 3 du 17 janvier 2012p.50

² L.oi n°2003-712,1^{er} août 2003pourl'initiative économique

³ Cass.2^e civ.,9 mars 2006 ,n°04-30.220 : Juris Data n°2006-032568 ;Bull.civ.2006,II,n°73

travail dissimulé. Si tel est le cas, celui-ci est alors tenu au paiement des cotisations et contributions sociales à la charge des employeurs, calculées sur les sommes versées aux faux indépendants au titre de la période pour laquelle la dissimulation d'emploi salarié a été établie. Est ainsi réintroduite l'obligation de payer les cotisations dues qui avait été supprimée en 2003.

396. Au Mali, il est incontestable que dans de nombreux domaines il y a un problème de travailleurs indépendants¹. Mais, peut-on être indépendant et être soumis à un donneur d'ordre ? Dans la pratique certains salariés travaillent sous l'ordre d'une autre personne. Mais ce dernier s'abstient de justifier le paiement de salaire ou ne respecte pas les obligations légales de déclaration d'emploi à l'INPS. Pour rendre le contrôle effectif le Code de prévoyance veille au respect des dispositions relatives à la déclaration des salariés aux organismes de sécurité sociale. A cet effet, l'article. 205 du Code de prévoyance sociale indique que lorsqu'un employeur ne déclare pas le montant des salaires soumis à cotisations ou lorsque sa comptabilité ne permet pas d'établir ce montant, l'Institut est habilité à taxer d'office cet employeur. Cette taxation s'effectue sur les bases connues de l'Institut : soit les salaires déclarés antérieurement, majorés de 10 %, soit les salaires forfaitaires appliqués à chaque salarié, le nombre de salariés étant déterminé d'après des déclarations antérieures ou après enquête.

Pour y parvenir, les employeurs sont tenus de fournir à l'Institut, à chaque échéance de paiement des cotisations, une « déclaration récapitulative de versement de cotisations » indiquant le montant des salaires ayant servi de base au calcul des cotisations (art .217 du Code de prévoyance sociale au Mali). L'employeur qui ne peut acquitter le versement des cotisations dues à la date

¹ Idem introduction : les indépendants représentent la majorité de la population active occupée (47,8%) viennent ensuite les aides familiaux non rémunérés (45,8%). On relève que les femmes sont beaucoup plus utilisées comme aides familiales non rémunérées (62%)¹. Les hommes sont par contre en majorité des indépendants (55,8%). En outre, parmi les salariés on trouve plus d'hommes que de femmes. En effet, les hommes salariés représentent 75,6 de l'ensemble des salariés

normale d'échéance, doit néanmoins verser immédiatement à l'Institut le montant des précomptes effectués sur la rémunération de ses salariés (art. 216).

Les cotisations qui ne sont pas acquittées aux échéances prévues sont passibles d'une majoration de 2 % par mois ou fraction de mois de retard. article. 224 Les majorations de retard peuvent être réduites en cas de bonne foi ou de force majeure, par décision de la commission de recours gracieux. La décision de la commission doit être motivée¹.

C- Cas de sanctions administratives pour travail illégal : refus d'aides publiques

397. Pour dissuader les entreprises de recourir au travail illégal, la loi française du 16 juin 2011 a renforcé les sanctions encourues par les employeurs en cas de travail illégal.

Lorsque l'autorité compétente a connaissance d'un procès-verbal relevant une des infractions constitutives de travail illégal, elle peut refuser d'accorder, les aides publiques à l'emploi, de formation professionnelle et de culture à la personne ayant commis cette infraction, ou , ce qui est nouveau, lui en demander le remboursement (C. trav. article L.8272-1). Elle peut aussi ordonner la fermeture provisoire de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction (C. travail, art. L.8272-2) ou l'exclusion de l'entreprise des contrats administratifs (C. trav. L.8272-4). Le décret du 30 novembre 2011 fixe les modalités concrètes et la procédure applicable à ces sanctions².

¹ART. 225 (Ord. no41/CMLN du 15 juillet 1975) la production des relevés nominatifs trimestriels étant obligatoire, tout employeur défaillant pourra être astreint par l'Institut au paiement d'une amende dont le montant est fixé à :

- 5.000 francs pour les employeurs de gens de maison;
- 10.000 francs pour les employeurs de moins de vingt Salariés;
- 20.000 francs pour les employeurs de plus de dix-neuf salariés;
- 30.000 francs pour les employeurs de plus de cent salariés.

ART. 226 La taxation d'office prévue à l'article 205 du présent Code est indépendante des majorations et amendes fixées ci dessus.

² Sanction administratives et droits des étrangers, Liaisons sociales quotidien, n°16059 du 12 mars 2012,p.1 .

1. Privatisation ou remboursement des aides publiques

398. L'article 4 du décret du 30 novembre 2011 autorise l'administration compétente à refuser les aides publiques attachées ou à les rembourser en vertu de l'article L.8272-1 du Code du travail. Ainsi, les aides concernées sont les suivants (art ; C. trav. D.8272-1 modifié):

- les aides liées aux contrats d'apprentissage;
- les aides liées au contrat de professionnalisation ;
- les aides liées aux contrats d'accès à l'emploi et contrat initiative-emploi (remplacer par le contrat unique d'insertion) ;
- de la prime à la création d'emploi dans les DOM et à Saint-Pierre-et-Miquelon, – des contrats de professionnalisation;
- des aides des collectivités territoriales et de leurs groupements;
- des concours du Fonds social européen (FSE);
- des aides et subventions de soutien à la création, à la production et à la diffusion du spectacle vivant;

2. Qui prend la décision ?

399. L'autorité compétente pour refuser les aides ou en demander le remboursement est l'autorité gestionnaire de l'aide concerné. Cette dernière informe de sa décision le préfet du département situé dans de cette autorité (comme le préfet de police à Paris) (C. trav.art.D.8272-2 modifié).

a)- Procédure en cas de refus d'une aide : lorsqu'un organisme est saisi d'une demande d'aide, il doit vérifier auprès du préfet de police à Paris si l'entreprise(ou son responsable) de droit ou de fait) a été verbaliser pour l'une des infractions consécutives du travail illégal, dans les 12 mois précédant sa demande(C ;trav.,D.8272-3 nouveau). Si tel a été le cas, l'organisme sollicité

peut, sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées, décider de refuser d'attribuer l'aide.

Avant de prendre sa décision, il doit informer celle-ci, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et qu'elle peut présenter ses observations écrites dans un délai de quinze jours. A l'expiration du délai fixé, l'autorité compétente peut décider, à vu des observations éventuelles de l'entreprise, de ne pas lui attribuer l'aide sollicitée pendant une durée maximum de cinq ans. Cette durée est fixée en tenant compte de la gravité des faits constatés, à la nature des aides sollicités et de l'avantage qu'elles procurent à l'employeur, compte tenu de sa situation économique, sociale et financière. L'organisme notifie sa décision à l'employeur par LRAR(ou tout autre moyen permettant de faire la preuve de sa réception par le destinataire) et en adresse copie au préfet (art. C.trav.D.8272-4 nouveau).

b)- Procédure en cas de demande de remboursement : en cas de travail illégal l'employeur peut être contraint de rembourser les aides publiques dont il a bénéficié (C. trav. art. L.8272-1).

400. A cet effet, au vu des informations qui lui sont transmises sur la verbalisation d'une entreprise ou de son responsable de droit ou de fait, le préfet de département doit informer les autorités compétentes gestionnaires des aides qu'elles peuvent enjoindre à l'entreprise de rembourser tout ou partie des aides versées au cours des 12 mois précédant l'établissement du procès-verbal de constatation de l'infraction (C.trav. art ; D.8272-5).

c)- La procédure de mise en œuvre de la sanction par l'autorité gestionnaire est la même que celle qu'en cas de refus de l'aide publique¹.

¹ V. supra

D- Fermeture administrative et exclusion de marché publics

401. L'employeur verbalisé en cas d'emploi d'étrangers sans titre, de travail dissimulé, de marchandage ou de prêts illicites de main-d'œuvre encourt la fermeture provisoire de son établissement ayant servi à commettre l'infraction et : ou l'exclusion de marchés publics (art .L8272 et L.8272-4).

1. Les dispositions communes

402. Le préfet du département où est situé l'établissement (ou le préfet de police, en Ile-de-France), peut décider de mettre en œuvre à l'égard de l'employeur verbalisé la fermeture provisoire de l'établissement relevant de l'entreprise où a été constaté l'infraction ou l'exclusion de l'entreprise des marchés publics. Il prend cette décision au vu des informations qui lui sont transmises et tenant compte de l'ensemble des éléments de la situation constatée, et notamment des autres sanctions qu'il en court.

Préalablement à cette décision, le préfet doit informer l'entreprise de son intention par LRAR (ou par tout autre moyen permettant de faire la preuve de sa réception), en lui précisant la ou les mesures envisagées et en l'invitant à présenter ses observations dans un délai de 15 jours (c. art. D.8272-7 nouveau).

A l'expiration de ce délai, au vu des observations éventuelles de l'entreprise, le préfet peut décider de la mise à exécution de la ou des sanctions appropriées (C. art. D8272-7). Il détermine la durée de la fermeture (dans la limite de trois mois) ou de l'exclusion des contrats administratives en tenant compte de la gravité de l'infraction commise, notamment sa répétition, le cumul d'infraction relevées, le nombre de salariés concernés, et en fonction de la situation économique, sociale et financière de l'entreprise (C.trav. D.8272-8 et D.8272-10 nouveaux).

2. Les conséquences

403. En cas de fermeture administrative de l'établissement, le préfet peut décider de l'accompagnement de la saisie conservatoire du matériel

professionnel du contrevenant. Dans ce cas, sa décision doit préciser les machines-outils, les moyens de transport et tout autre matériel appartenant à l'employeur, utilisés dans le secteur d'activité dont relève l'établissement concerné sur lesquels porte la saisie (C.art.D.8272-8).

Lorsque l'activité de l'employeur mise en cause s'exerce dans un lieu temporaire de travail ou dans un établissement ne relevant de son entreprise, le préfet (du département dans le ressort duquel se trouve l'établissement) peut aussi décider la fermeture de l'établissement employeur dans les conditions décrites ci-dessus. Pour les chantiers du bâtiment ou de travaux public(BTP), la fermeture prend la forme d'arrêt de l'activité de l'entreprise sur le site concerné, après avis du maître d'ouvrage le cas échéant ou, à défaut, du responsable du chantier. Celui-ci prend les mesures permettant de prévenir tout risque pour la santé ou la sécurité des travailleurs présents sur le site concerné ainsi des usagers ou des tiers, qui résulterait de l'arrêt de l'activité de l'entreprise mise en cause. La décision du préfet est portée à la connaissance du public par voie d'affichage (C.art. D.8272-9 nouveau).

En cas d'exclusion du marché public, la décision d'exclusion temporaire vaut pour l'entreprise, mais également pour son responsable légal. Ce dernier ne peut soumissionner à d'autres contrats administratifs personnellement ou par personne interposée ou encore en créant une entreprise nouvelle dont il assure la direction en droit ou en fait(C .trav. R.8272-11 nouveau).

404. Au Mali, la règle consistant à sanctionner administrativement le travail dissimulée existe aussi, mais elle est différente de celle qui est prévue en France. Dans la pratique, certains employeurs s'auto dispensent de déclarer l'embauche de salarié. Alors qu'en effet, l'employeur doit assurer l'immatriculation de tous salariés en les déclarants à l'I.N.P.S (Institut national de Prévoyance Sociale)

dès leur embauche¹. A ce titre, l'article 176 du Code de la prévoyance sociale dispose que tout employeur est tenu de porter à la connaissance de l'Institut (I.N.P.S) tout embauche ou licenciement de personnel, et ce dans les huit jours du début ou de la fin du travail d'un salarié, au moyen de la déclaration de mouvement adressée en double exemplaire à l'Office de la main-d'œuvre qui en adresse un sans délai à l'Institut. Cette immatriculation est subordonnée à la présentation d'une demande du travailleur rédigé sur un imprimé de bulletin d'embauche délivré par l'institut et rempli aux soins de l'employeur. Le bulletin est accompagné d'une pièce justifiant (état civil) aux fins de vérification de l'état de l'assureur. Le numéro d'immatriculation est attribué au travailleur après acceptation de son bulletin. Le numéro ainsi attribué est définitif. Il comprend 11 chiffres, exemple 11967801450 (travailleur de sexe masculin né en 67 à Bamako numéro d'ordre 1450). A cette suite l'I.N.P.S recouvre les cotisations sociales. Ce sont les contrôleurs de l'institut qui vérifient le versement de ces cotisations. Ces contrôles peuvent faire l'objet de redressements de cotisations sociales après la mise en demeure de l'employeur. Des sanctions peuvent aussi être prises par ces contrôleurs. A cet effet, l'absence de déclaration de cotisation entraîne l'application de la taxation d'office (10 pour cent des salaires déclarés antérieurement) et la non production du relevé nominatif entraîne des pénalités².

405. L'article 230 (Ord. N°41/CMLN du 15 juillet 1975) indique qu'avant constatation des infractions aux dispositions de la présente section, la procédure de la mise en demeure est obligatoirement appliquée. Cette mise en demeure doit être faite par écrit, soit sur le registre d'employeur, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle est datée et signée, elle précise les sommes dues et elle fixe un délai de quinze jours dans lequel celles-ci devront

¹ sous la tutelle du Ministère de la Santé, de la solidarité et des personnes âgées la gestion de ces régimes est assurée par l'Institut National de prévoyance sociale.

² Ainsi l'art. 229 du Code de la prévoyance sociale dispose que les employeurs qui ne versent pas le montant de la contribution ouvrière sur les salaires sont passibles des Tribunaux correctionnels pour retenue du précompte.

être payées. L'affaire est portée au contentieux lorsque la date n'a pas été réglée ni contestée dans les quinze jours.

L'Institut peut saisir le président du Tribunal du travail qui rendra sous huitaine une ordonnance exécutoire nonobstant toute voie de recours. Deux différences apparaissent entre la France et le Mali. La première concerne le rôle du contrôle de la déclaration d'embauche. C'est plutôt une différence de forme que de fond. En France, c'est l'URSSAF qui est chargé du contrôle de la procédure de déclaration d'embauche de salarié en fin lutter contre le travail dissimulé. Au Mali, cette attribution est dévolue au contrôleur de l'I.N.P.S. En deuxième lieu, la question de la déclaration d'embauche du salarié ne semble pas être placée au même degré de protection qu'en France. La jurisprudence Wary nous a relevés que des salariés peuvent être embauchés sans être déclaré ou affilié à la sécurité sociale¹. Elle nous enseigne que l'obligation de déclaration du salarié malien n'est vérifiée qu'au moment de la rupture du contrat de ce dernier.

E- L'intervention administrative en amont du licenciement des salariés protégés

406. On ne reprendra pas la sanction applicable à la procédure de licenciement voir la nullité de licenciement du salarié protégé. Mais il s'agit d'étudier le rôle de l'administration dans le processus de prise de sanction. C'est dans ce contexte qu'il paraît important d'évoquer la convention N° 98 de l'OIT relative aux droits d'organisation et négociation collective du 1^{er} juillet 1949 ratifiée par la France et le Mali dispose que : « les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement et qui seraient motivés par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales, pour autant qu'ils agissent conformément aux lois, conventions collectives ou autres

¹ Cf. es.

arrangements conventionnels en vigueur ». Le Code du travail malien du même que le Code du travail français ont prévu un régime de licenciement spécifique aux représentants des travailleurs et interdisent à l'employeur de fonder ses décisions sur le statut et l'activité des mandataires du personnel (voir infra sur la discrimination syndicale).

Ainsi, les articles L.263, L.277 et L.281 du Code du travail instituent un régime spécial de licenciement en ce qui concerne les représentants des travailleurs salariés. L'autorisation de l'Inspecteur du travail délivrée expressément (notification écrite à l'employeur et au travailleur concerné) ou accordée tacitement (silence de l'Inspecteur gardée au-delà de 15 jours) est la condition sine qua non de légitimité du licenciement de ces travailleurs protégés¹.

Ainsi, le licenciement du représentant du personnel est-il nul dans deux séries d'hypothèses².

L'employeur a notifié le licenciement sans demander l'autorisation administrative, ou même il passe outre le refus d'autorisation et licencie;

L'employeur licencie une fois obtenue l'autorisation administrative, mais par la suite cette autorisation est annulée, sur recours hiérarchique ou sur recours contentieux. Ce cas de figure autrement plus délicat a suscité un contentieux agité, avant que la loi Auroux du 28 octobre 1982 ne vienne décider que le licenciement est rétroactivement irrégulier³.

407. Toutefois lorsque les représentants du personnel commettent une faute lourde (laissée à l'appréciation du juge), l'employeur est fondé à prononcer leur mise à pied provisoire en attendant la décision administrative. Cette mesure exceptionnelle prise à titre conservatoire est privée d'effet si plus tard

¹ Cours de droit du travail de Mr Coulibaly de la Faculté de droit de Bamako (déjà cité)

² Il convient d'en ajouter une troisième : la rupture du contrat qui s'analyse en un licenciement du fait d'inexécution par l'employeur de ses obligations contractuelles (cass ; soc., 21 janvier 2003, P+B+R, RJS 3/03, n°367). Ou même une quatrième : la nullité du licenciement pour insuffisance du plan social, alors même que le licenciement a été autorisé, en absence d'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs (acss.soc., 25 juin 2003, n°1740, FS-P, RJS 10/03, n°1146 ; TPS octobre 2003, com.332 par J. OLIVIER).

³ Droit du travail, AMAZEAUD 4^e éd Montchrestien, p.150

l'Inspecteur du travail refuse d'accorder l'autorisation. Ils ne sont pas des intouchables, ils peuvent comme les autres travailleurs être licenciés par mesure disciplinaire ou pour motif économique. L'autorisation administrative a pour objet de les protéger, dans l'entreprise parce que exposés au mécontentement de l'employeur, contrer les licenciements fondés sur leur qualité et leurs activités syndicales¹.

De ce fait, l'article L.277 sanctionne de nullité absolue tout licenciement décidé sans l'autorisation de l'Inspecteur du Travail, exclut la possibilité pour le tribunal du travail de prononcer la résolution judiciaire des contrats des travailleurs protégés². Seuls, s'offrent aux parties intéressées les recours administratifs hiérarchique (devant le Ministre du travail) et contentieux (devant les tribunaux administratifs) aux fins d'annulation de la décision positive ou négative de l'Inspecteur du Travail.

408. La réparation du préjudice subi par le salarié du fait du licenciement irrégulier doit s'effectuer par la réintégration du travailleur dans l'entreprise avec réhabilitation dans ses droits. Le licenciement n'ayant pu juridiquement avoir lieu, le contrat est censé n'avoir jamais été rompu. Le chef d'entreprise doit obtempérer à l'ordre de réintégration donné par le juge, sinon il y a délit d'entrave tel que prévu et puni par l'article L331 du Code du travail. Le salarié protégé qui n'aura pas obtenu sa réintégration peut demander des dommages intérêts.

Depuis 1936, une liste des salariés bénéficiant de protection légale existe en droit du travail français. Elle aura été enrichie au fil des années par différentes lois. Quant au Mali,

Les salariés bénéficiant de cette protection juridique sont: comme en France on a les délégués du personnel en droit malien ; les délégués syndicaux ou DS correspondent au Mali au comité syndical L258 du Code travail malien. Les

¹ Cours de droit de travail précité

² Idem

conseillers des prud'hommes. Au Mali les représentent du salarié au tribunal du travail bénéficient de cette protection.

Les conseillers des salariés assimilés au DS en cas de licenciement. Cela n'existe pas en droit malien. On a aussi les salariés avec une fonction d'administrateur et les membres du CHSCT. Au Mali les attributions qu'assurent les membres du C.H.S. relève de la compétence du comité d'hygiène et de sécurité. L'article L.280 du Code du travail édicte que « : Il est créé un comité d'hygiène et de sécurité dans tous les établissements appartenant à l'une des catégories suivantes:

- établissements industriels occupant d'une façon habituelle 50 salariés au moins,
- établissements autres qu'industriels et, quelle que soit leur nature, occupant d'une façon habituelle 100 travailleurs au moins.

409. Toutefois, l'Inspecteur du travail peut imposer la création d'un comité d'hygiène et de sécurité dans les établissements ne comptant pas les effectifs requis, mais qui effectuent des travaux présentant une insécurité particulière du point de vue des accidents du travail ou des maladies professionnelles. Dans ce cas, le délai d'exécution de la mise en demeure est fixé à un mois ».

On retrouve les fonctions classiques du CHSCT français pour assurer la santé et la sécurité au travail. La seule différence qui apparaît entre les deux droit est liée au fait que le droit malien ne reprend pas la même dénomination de cet organe. Par ce qu'au Mali on l'appelle C.H.S. à la place du C.H.S.C.T.

A cette suite, l'article L.281 suit que les représentants du personnel au comité bénéficient de la même protection et du même crédit d'heures que les délégués du personnel. Les mesures de protection s'appliquent à ces catégories de salariés notamment quand l'employeur décide de licencier l'un d'eux. En effet, l'employeur qui veut licencier un salarié protégé devra en demander

l'autorisation à l'Inspecteur du travail : décision à caractère administratif instituée par la loi du 28 Octobre 1982 qui validera le licenciement. C'est une formalité obligatoire dans les législations dans les deux législations. Elle s'applique à tous les types de licenciement envisagés (pour motifs personnels ou disciplinaire...), même en cas de liquidation judiciaire (Crim. 20 Mars 1996). Il s'agit d'une condition de validité du licenciement déjà posée avant même la loi de 1982 par la C. Cass. en 1974, où (même si le problème n'était pas posé dans la même optique : en l'espèce, la question était de savoir si on pouvait recourir à la résiliation judiciaire du contrat de travail afin de se séparer d'un salarié protégé) elle rappelle que les décisions du Comité d'entreprise et de l'Inspecteur du travail sont obligatoires lors du licenciement d'un salarié protégé.

410. L'Inspecteur du travail se voit alors adresser une demande d'autorisation de licenciement dans les 15 jours suivant la délibération du Comité d'entreprise (R. 2421-9). Cette procédure de demande d'autorisation se retrouve élargie à tous les salariés ayant un statut de salariés protégés en droit malien. Donc, elle se limite seulement au salarié protégé comme en France. A ne pas confondre avec en droit malien, l'obligation pour l'employeur de saisir l'Inspecteur du travail avant le licenciement de tous les salariés (supra sur la compétence de l'inspecteur du travail au Mali)¹.

Il pourra rejeter cette demande seulement du fait du non-respect de la procédure antérieure (irrégularités antérieures à sa saisine). Par contre, sa décision pourra être contestée notamment par un recours hiérarchique auprès du ministre du travail ou encore un recours contentieux (REP) devant le JA

Il peut être formé par le salarié, l'employeur, ou une organisation syndicale. Il n'a pas d'effet suspensif.

Le ministre aura donc la possibilité de :

¹ Cf, infra

- soit confirmer la décision de l'Inspecteur du travail, dans ce cas d'espèce celle-ci devient exécutoire.

- soit réformer la décision de l'Inspecteur du travail. Ce dernier doit alors aménager l'ancienne décision ou de faire une nouvelle proposition.

Quant à la décision du ministre peut à son tour faire l'objet d'un REP devant le juge administratif.

Recours contentieux : le Recours pour Excès de Pouvoir ou REP

Depuis un arrêt du C.E.(SAFER d'Auvergne du 5 Mai 1976), le juge administratif ne se contente plus de contrôler l'existence ou l'exactitude matérielle des faits reprochés au salarié mais apprécie lui-même la gravité de ceux-ci et décide s'ils justifiaient un licenciement, contrôle normal de légalité. Il pourra ordonner la réintégration du salarié.

Le JA. Est devenu le juge de cassation dans le domaine du licenciement des salariés protégés. Cependant, le conseil des prud'hommes reste compétent pour toute question non tranchée par le JA., comme par exemple, en ce qui concerne la mise en œuvre des critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements pour motifs économiques ou encore sur les demandes que le salarié licencié avec autorisation fondera sur le non-respect de ces critères (Soc. 11 Déc. 2001). Au Mali cette compétence est du ressort du tribunal du travail.

Paragraphe II : La légalité du règlement intérieur : (prévu à l'art L.1311-1)

411. Le règlement intérieur est la représentation la plus frappante du pouvoir de direction de l'employeur. C'est pourquoi dès 1982, le législateur français a entendu encadrer son contenu, notamment à travers l'art L.4122-1 du Code du travail qui impose un contenu minimum obligatoire et l'art L.1237-1 du même Code dispose que le règlement intérieur ne peut porter atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne

seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché. Le Code du travail malien prévoit aussi des limites au contenu. S'inspirant du droit français, il dispose, en effet dans son article L.64 que « le règlement intérieur est établi par le chef d'entreprise. Son contenu est limité exclusivement aux règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline, aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité et aux modalités de paiement de salaires ». Sans faire référence aux droits des personnes et aux libertés individuelles, comme c'est le cas du Code du travail français, le droit malien, est seulement précis sur les attributions du chef d'entreprise dans le règlement intérieur en matière de condition du travail. Est-ce une manière pour esquiver la question des libertés individuelles ?

Dans les différentes recommandations internationales faites au Mali, on trouve cette question de liberté notamment de l'inviolabilité du secret des correspondances¹. La question est posée de façon générale. Ces recommandations ont pour objet de rappeler le législateur malien sur la nécessité de protection de se conformer à la question de libertés individuelles et collectives.

412. Il faut apporter deux précisions :

Tout d'abord, on entend par règlement intérieur tout document écrit, établi par l'employeur portant ce titre mais aussi, les notes de service ou tout autre documents portant prescriptions générales et permanentes dans les matières prévues à l'art L.1321-1(mesures d'application de la réglementation en matière

¹ L'atelier "justice et Droit de l'Homme ", réuni en séance de travail ; le 02 avril 1999 au Palais des Congrès sous la Présidence de Maître Djouré Fatimata DEMBELE et rapporteur Maître Diamouténé Aminata, a adopté la méthodologie suivante en rapport avec le thème qui lui a été confié. Dans une première partie l'atelier a passé en revue quelques conventions internationales ratifiées par le Mali dans le domaine des droits de l'homme :

- La déclaration universelle des droits de l'homme.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Dans une deuxième partie, l'atelier a dégagé trois grandes rubriques dans lesquelles l'application des droits de l'homme pose problèmes et a proposé des axes de réforme dans les recommandations : Etat de droit et libertés

1) Etat de droit et libertés

d'hygiène et sécurité, règles générales relatives à la discipline, dispositions sur l'abus d'autorité en matière sexuelle.....)

Deuxièmement, il faut rappeler que le règlement intérieur n'est obligatoire dans une entreprise qu'à partir d'un seuil de 20 salariés. Au Mali, le règlement intérieur est obligatoire. Ce seuil est reporté à 10 salariés¹. A ce titre, l'article L. 1321-4, précise que le règlement intérieur doit être communiqué à l'Inspecteur du travail, lors de sa mise en place dans une entreprise. Dès lors, l'Inspecteur du travail (à comprendre comme autorité administrative), aura pour mission de vérifier le contenu du règlement (selon les articles L.8112-1, L.8113-7, L.1322-1). Les sanctions qui résultent de sa compétence seraient ainsi, exiger :

- Le retrait de certaines dispositions excédant le domaine du règlement intérieur ou méconnaissant les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles portant atteinte aux libertés et droits fondamentaux sans justification ou de manière disproportionnée.
- Enjoindre l'employeur à compléter un règlement,

Constater une infraction à l'article R 1323-1 (L'Inspecteur pouvant constater simplement l'inexistence du règlement intérieur.) Avant tout établissement de PV, l'Inspecteur du travail doit enjoindre l'employeur. Il ordonne de palier aux manquements mais ne pourra le faire lui-même : il ne pourra pas annuler le règlement lui-même ou ajouter des clauses lui-même.

413. Il s'agit d'un simple contrôle de légalité qui peut se faire à tout moment (sans délais, ce qui pose en pratique beaucoup de problèmes : les règlements n'étant pas contrôlés au moment de leur entrée en vigueur), et, prendra la forme d'une décision administrative.

¹ Article L.62 du Code du travail malien: Un règlement intérieur est obligatoire dans toute entreprise industrielle, commerciale et agricole employant au moins dix (10) salariés.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat pose dans un arrêt du 1er Fév. 1980 Min. du travail / Sté peinture Corona, que la contestation d'un tel acte devra se faire devant la juridiction administrative. Cette solution sera confirmée notamment plusieurs arrêts, CE 12 Juin 1987 Sté Gautois : le juge de l'excès de pouvoir serait le juge compétent en la matière.

Cependant, la justification de cette solution paraît difficile. Il ne faut pas oublier que le règlement intérieur de l'entreprise est un acte de droit privé....De plus, l'art L1234-2 du Code du travail, ne prévoit que le Conseil des Prud'hommes est compétent à titre d'exception et peut à l'occasion d'un litige relevant de sa compétence, écarter certaines dispositions du règlement intérieur qu'il juge illégales. Il faut préciser qu'il s'agit là juste d'écarter les dispositions pour les parties aux litiges et non pas de les annuler. « La contestation de légalité reste loger dans les motifs du jugement ».

414. Dans ce cas, l'administration devra être prévenue selon l'art L 1322-4 : une copie du jugement devra être transmise à l'Inspecteur du travail pour l'inciter à examiner où réexaminer la légalité du règlement, Soc. 18 Février. 1991.

Voilà pourquoi La Cour de cassation est venue affirmer « son territoire » dans un arrêt du 16 Déc. 1992, où elle précise que le règlement intérieur étant un acte de droit privé, il appartient au juge judiciaire de connaître de la contestation qui s'élève sur la validité de ses dispositions. Cependant, elle va nuancer sa propre solution en laissant place au Juge administratif dans les cas où le règlement aurait été vérifié par l'Inspecteur du travail.

Cette jurisprudence de C.E est très critiquée par les membres de la doctrine, notamment par Xavier Prétot dans sa note sous la décision Soc. 16 Déc. 1992. Pour lui, « le Conseil d'Etat viole les principes de répartition de compétences entre les deux ordres de juridiction et témoigne d'une méconnaissance sérieuse des catégories de droit ». D'autre part, « la Chambre sociale se contredit dans la solution rendue le 16 Déc. 1992 mais dans un but de prévenir tout risque de

conflit de jurisprudence ». Il y a d'autres domaines où les organes administratifs peuvent être compétents.

Paragraphe III : Les conditions du travail : cas de l'arrêt temporaire de travaux « ou arrêt de chantier » et l'arrêt temporaire de l'activité¹

415. Plusieurs sanctions administratives peuvent être répertoriées en matière d'hygiène et de sécurité, l'étude du cas de l'arrêt temporaire de travaux nous permet de faire une étude comparative entre le droit malien et le droit français. C'est à ce niveau que le rapprochement semble possible.

Si le procès-verbal reste le moyen privilégié d'assurer l'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité, l'Inspection du travail en France comme au Mali dispose de pouvoirs renforcés en cas de situation dangereuse ou de danger grave et imminent qui sont sous-estimés par les entreprises².

En France, en cas de constat d'une situation dangereuse résultant d'une infraction aux dispositions très générales des articles L 4221-1 et L422-1 du Code du travail, « notamment dans le cas où le risque professionnel trouve son origine dans les conditions d'organisation du travail ou d'aménagement du poste de travail, l'état des surfaces de circulation, l'état de propreté et d'ordre des lieux de travail, le stockage des matériaux et des produits de fabrication », l'Inspecteur du travail peut demander au directeur départemental du Travail de mettre en demeure l'employeur de prendre toutes mesures utiles pour y remédier (C. trav., art L 4721-4). S'il n'a pas été mis un terme à la situation dangereuse constatée à l'expiration du délai fixé par la mise en demeure, l'Inspecteur du travail est autorisé à dresser procès-verbal. L'employeur s'expose alors à une peine d'amende de 1 500 € au plus appliquée autant de fois qu'il y a de salariés

¹ Cf, infra p.415 sur la demande de référé par l'Inspecteur du travail

² V. infra, la mise en œuvre de la sanction administrative.,

exposés (C. trav. art R 4741-2). L'article L 4721-1 du Code du travail ouvre également une telle possibilité à l'Inspecteur du travail en cas de situation dangereuse résultant de la violation des dispositions de l'article L 4121-1¹ définissant l'obligation générale de sécurité².

Peut- t – elle décider de l'arrêt temporaire d'un chantier ?

416. La loi du 31 décembre 1991 a renforcé les pouvoirs de l'Inspecteur du travail, lequel peut de sa propre autorité, prendre toutes mesures utiles visant à soustraire un salarié d'une situation de danger grave et imminent résultant, soit d'un défaut de protection contre les chutes de hauteur, soit de l'absence de dispositifs de nature à éviter les risques d'ensevelissement, soit de l'absence de dispositifs de protection de nature à éviter les risques liés aux opérations de confinement et de retrait de l'amiante, notamment en prescrivant l'arrêt temporaire de la partie des travaux en cause³. (C. trav., art L 4731-1). Le pouvoir décisionnel exceptionnel ainsi reconnu à l'Inspecteur du travail est conditionné par l'existence d'un danger grave et imminent au sens de l'article L 4131-2 du Code du travail et limité aux trois situations susvisées. Le Code du travail opère un lien entre les deux dispositions, puisque l'article L. 4131-2 autorise l'Inspecteur du travail, saisi à l'initiative de l'employeur, en cas de désaccord avec la majorité du CHSCT sur les mesures à prendre pour faire cesser le danger, de recourir au dispositif de l'article L. 3122-33. La décision d'arrêt de chantier, d'application immédiate, doit faire l'objet d'un écrit précisant notamment les éléments caractérisant la situation de danger grave et imminent, avec mention des articles réglementaires dont le non-respect constitue une

¹ Curieusement, le Code du travail est muet sur le montant de l'amende encourue par l'employeur en cas de persistance du danger, ce qui enlève au texte toute portée contraignante.

² Vincent Caron, Directeur du département Santé au travail, du Pôle Sécurité et Prévention ; Revue Prévention BTP novembre 2005, n°79, p.56 et svt.

³ Si l'arrêt des travaux conduit à l'interruption de l'activité des travailleurs, ceux-ci ont cependant droit à leur rémunération, comme dans le cadre de l'exercice du droit de retrait (JOAN, 19 nov. 1991, p. 6351)

infraction, ainsi que l'énumération des mesures prises par l'Inspecteur pour y remédier¹ (C. trav. art R. 4731-1).

417. Lorsque l'employeur ou son représentant est présent sur le chantier, la décision lui est remise directement contre récépissé. A défaut, elle est adressée d'urgence à l'employeur par tous moyens appropriés et confirmée au plus tard dans le délai d'un jour franc par lettre recommandée avec demande d'avis de réception² (C. trav., art R 4731-2). Lorsque toutes les mesures utiles ont été prises pour faire cesser la situation de danger grave et imminent, l'employeur ou son représentant en avise par écrit l'Inspecteur du travail lequel doit, dans un délai de deux jours à compter de la date de remise en main propre ou de réception de la lettre de l'employeur, vérifier le caractère approprié des mesures engagées préalablement à toute décision de reprise des travaux ou de refus d'autorisation (C. trav., art R 4731-5 et svt). En cas de contestation par l'employeur de la réalité du danger ou de la façon de le faire cesser, notamment par l'arrêt des travaux, celui-ci saisit le président du T.G.I qui statue en référé (art.L 4731-3 C.trav.)³.

Dans les deux cas, le législateur n'a pas précisé les situations de travail, ni la nature du danger justifiant la notification par l'Inspecteur d'une mise en demeure, définition qui relève en pratique de l'appréciation des tribunaux.

Enfin, la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a étendu cette procédure en cas d'exposition à une substance chimique cancérigène, mutagène ou toxique, contrôlée par un organisme agréé, à un niveau supérieur à la valeur limite de concentration. Si, à l'issue du délai fixé dans la mise en demeure et après vérification par un organisme agréé le dépassement persiste, l'Inspecteur ou le

¹ Un arrêté du 29 juin 1992 exige, à peine de nullité, que la décision comporte l'indication de la voie de recours en même temps que son caractère non suspens

² Un arrêté du 29 juin 1992 exige, à peine de nullité, que la décision comporte l'indication de la voie de recours en même temps que son caractère non suspensif.

³ L'article L.4741-3 du Code du travail prévoit une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 3 750 € (ou l'une de ces deux peines seulement) à l'égard du chef d'entreprise qui ne s'est pas conformé aux mesures prises par l'Inspecteur du travail. Il en irait de même s'il reprenait les travaux sans autorisation préalable de l'Inspecteur. En cas de récidive, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 7 500 €.

contrôleur du travail peut ordonner l'arrêt temporaire d'activité (C. trav., L. 4721-8).

418. Dans tous les cas, la mise en demeure, qui implique une appréciation par l'agent de contrôle de la dangerosité de la situation née de l'inobservation des prescriptions générales d'hygiène et de sécurité, est une décision administrative susceptible d'un recours hiérarchique ou contentieux, à la différence des procès-verbaux dont le contrôle appartient exclusivement au juge pénal. Il convient de ne pas oublier que, sous peine de délit d'entrave, les membres du CHSCT doivent pouvoir avoir accès au registre sur lequel sont portées les observations et mises en demeure formulées par l'Inspecteur du travail, (C. trav., art. L. 4711-1).

419. Au Mali, le contrôle de l'Inspecteur du travail porte sur l'ensemble de la législation et de la réglementation du travail. Un tel contrôle s'étend à tous les établissements qu'ils soient industriels, commerciaux, agricoles. A ce titre, en cas de d'exposition des salariés aux risques ou aux dangers l'Inspecteur peut avoir des pouvoirs de sanctions. C'est le cas dans les mines et carrières, ainsi que dans les établissements et chantiers où les travaux sont soumis au contrôle d'un service technique, les fonctionnaires chargés de ce contrôle veillent à ce que les installations relevant de leur contrôle technique soient aménagées en vue de garantir la sécurité des travailleurs (art L.298 du Code du travail malien). Ils assurent l'application des règlements spéciaux qui peuvent être pris dans ce domaine et disposent, à cet effet et dans cette limite, des pouvoirs des inspecteurs du travail. Ils portent à la connaissance de l'Inspecteur du travail les mesures qu'ils ont prescrites et, le cas échéant, les mises en demeure qui sont signifiées.

L'Inspecteur du travail peut, à tout moment, demander et effectuer avec ces fonctionnaires visés, les visites des mines, carrières, établissements et chantiers soumis à un contrôle technique.

En outre, l'inspecteur du travail peut ordonner l'arrêt d'un chantier, si les conditions de travail présentent un danger imminent pour la santé ou la sécurité aux salariés (article L.175 du Code malien du travail). A ce sujet, il peut mettre en demeure l'employeur de remédier ce danger. Les heures chômées de ce fait donneront lieu à une rémunération au même titre que des heures de travail effectif.

420. Aussi, dans le cas de travail des enfants, il est interdit d'employer les enfants de l'un ou l'autre sexe âgés de moins de 18 ans à des travaux excédant leurs forces, présentant des causes de danger ou qui, par leur nature et par les conditions dans lesquelles ils sont effectués, sont susceptibles de blesser leur moralité, dans les établissements de quelque nature qu'ils soient, agricoles, commerciaux ou industriels, publics ou privés, laïcs ou religieux, même lorsque ces établissements ont un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance, y compris les entreprises familiales ou chez les particuliers, (article D.189-14 du décret d'application du Code du travail au Mali). Est considéré comme travail dommageable, le travail avant l'âge de 12 ans, le travail non-léger entre 12 et 14 ans, tout travail de nuit dans les industries pour les moins de 18 ans (Article D189-16 du Code du travail), tout travail des enfants « ... de nature à blesser leur moralité ou à exercer sur eux une influence fâcheuse » (Article D189-21) ou tout travail ne respectant pas les normes de poids (Article D189-23) ou exposant les enfants à des robinets à vapeur ou employant les enfants pour le travail en hauteur (Article D189-29) ainsi que d'une façon générale le travail dangereux et, plus globalement, les pires formes de travail.

Malgré cette interdiction, le travail des enfants est une réalité au Mali. Plusieurs textes ont été adopté enfin d'assurer la meilleure protection des enfants¹. En plus

¹ Des dizaines milliers d'enfants sont soumis à des travaux pénibles, comme par exemple dans les sites d'orpaillage où certains enfants doivent descendre dans les mines à des profondeurs atteignant 90 m. Une enquête sur l'amélioration de la situation des enfants travaillant sur les sites miniers, réalisée en 2000 par la Direction nationale de la géologie et des mines, recense ainsi 3 220 enfants sur les sites de Kangaba, Yanfolila et

du Code du travail, il y a le Code de Protection de l'enfant qui a été adopté en 2002¹. Il réunit l'ensemble « des règles destinées à assurer à l'enfant la protection nécessaire à son développement physique et intellectuel et à son insertion dans la société »,

Pour ce qui concerne le Code du travail malien, il prévoit des sanctions concrètes pour la protection des enfants dans le milieu du travail. A cet effet, l'Inspecteur du travail peut retirer l'autorisation d'emploi accordée pour toute entreprise ou établissement où il sera prouvé que les enfants de moins de quatorze ans employés dans l'établissement sont affectés à des travaux non proportionnés à leurs forces (article D.189-37). Aussi, l'article D4153-7 autorise l'Inspecteur du travail à prononcer, à tout moment, le retrait de l'autorisation d'emploi « s'il est constaté que l'enfant est occupé soit dans des conditions non-

Kénéba (a, b, c, d, e et f République du Mali et Organisation internationale du travail, *Rapport d'enquête nationale sur le travail des enfants au Mali*, Mali, Bureau International du Travail, 2007. Les chiffres se basent sur l'enquête effectuée en 2005)

On voit en pratique de grave violation de condition de travail des enfants. Il y a un mélange entre le travail lui-même et les conditions de ce travail. Ainsi faut-il interdire le travail des enfants de façon général dans certains domaines, à l'exception. Dans les secteurs de cotons les conditions de travail posé par le Code du travail sont très difficiles. Et s'aurait être sans conséquence pour les enfants de tout âge. Quant au travail à domicile le plus dure c'est les heures de travail. C'est souvent toute la journée de travail. A cet effet on est largement au delà des 2h ou 4 h de travail posé par le Code du travail. Parce que travail toute la journée ou travail selon le besoin du maître de maison est le critère de recrutement pour être employeur à domicile. On rappelle qu'en France est admis le travail des mineurs à condition d'être admis par l'Inspecteur du travail. Ce dernier ne donne autorisation que si les conditions sont réunies. Au Mali, malgré le principe de demande d'autorisation de travail soit posé pour travail soumis au Code du travail, celui des enfants dépasse largement le pouvoir de l'Inspecteur du travail¹. A défaut de solution purement administrative juridique, le Mali s'oriente vers d'autres alternatives. Plusieurs actions sont posées depuis longtemps.

En 1998 le Programme national de lutte contre le travail des enfants (PNLTE) est lancé par le ministère du Travail en collaboration avec le Bureau international du travail (BIT) qui a comme objectif principal d'accroître la capacité des organismes gouvernementaux, des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'organisations non gouvernementales à concevoir et exécuter des politiques et programmes et projets afin de prévenir la mise au travail précoce des enfants et abolir le travail des enfants dans les activités les plus dangereuses et dans les situations d'exploitation les plus graves et proposer aux enfants et à leurs familles des alternatives viables. Le 8 juin 2011, le gouvernement a approuvé le Plan national pour l'élimination du travail des enfants (PANETEM) 2011-2020, qui vise dans un premier temps entre 2011 et 2015 l'élimination des pires formes de travail des enfants tel l'esclavage, le recrutement forcé dans un conflit armé ou à des fins de prostitution et de trafics illicites, puis dans un second temps entre 2016 et 2020, l'élimination des formes de travail non autorisées, comme les travaux qui, par leur nature, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant¹. Donc, dans la pratique,. D'ailleurs article L.14 indique à cet effet que : « Les contrats sont passés librement. Toutefois: Un contrat de travail conclu avec un mineur n'est valable que si son engagement a été autorisé par écrit par son père, ou à défaut, la personne détenant la puissance paternelle et s'il n'est pas soumis à l'obligation scolaire ». On voit que le Code du travail ne se fait pas allusion aux vacances scolaires comme c'est le cas en France. Dans cette condition s'il n'y a pas besoin de demander l'autorisation de travail de l'Inspecteur du travail.

¹ Ordonnance N°02-062/O-RM du 5 juin 2002, Ordonnance N°02-062/O-RM du 5 juin 2002

conformes à celles au respect des desquelles l'octroi de l'autorisation a été subordonné, soit en contravention aux textes relatifs à la réglementation du travail et notamment à ceux qui protègent la main-d'œuvre juvénile » Le retrait d'autorisation peut être total ou partiel, dans tous les cas ce retrait doit être considéré comme une sanction administrative. Il devra être porté à la connaissance du chef de l'établissement intéressé par lettre recommandée avec accusé de réception. En cas de récidive ce dernier s'expose à des sanctions pénales pour cause de travail dissimulé¹. Ces différentes sanctions peuvent être mises en œuvre de différentes manières.

¹ Cf aux sanctions pénales sur le domaine des travail non déclaré, Cour d'appel de Bamako Tribunal du travail de Bamako N°124 Rg, N° 232JGT ..Au Mali, une différence au niveau des institutions est posée pour le contrôle et la mise œuvre des sanctions administratives.

Chapitre II

La mise en œuvre des sanctions administratives

421. On peut retrouver plusieurs autorités exerçant au compte de l'administration. Certaines fonctions sont purement administratives, c'est dire elles concernent les démarches pour les demandes d'agrément ou d'autorisation. Par exemple la demande d'autorisation du travail adressée par les étrangers en France ou au Mali pour travailler dont le non-respect expose l'employeur à des sanctions administratives (section 1). D'autres concernent des fonctions juridiques. C'est les domaines exposés aux sanctions judiciaires qui peuvent être prononcées soit par le tribunal administratif soit par le tribunal du travail (section 2).

Section 1 Les organes non juridictionnels

422. On retrouve certains services administratifs en France et au Mali. C'est le cas par exemple de la Direction Générale du travail. Cette même Direction existe en France. Sauf qu'au Mali on a mis Nationale à la place Générale. Ce qui fait qu'au Mali, on a la Direction nationale du Travail. Cela est dû au découpage administratif de la République du Mali. Au Mali, il y a 8 régions. Chaque région a sa Direction régionale et une Direction nationale au niveau national qui coordonne les activités des Directions Régionales. Sinon les deux directions du Mali et de la France ont la même mission au niveau de la demande d'autorisation de travail des étrangers. Contrôler l'application de la réglementation du travail et mettre en œuvre une politique active de l'emploi.

La première attribution relève de l'inspection du travail. Le Mali et la France ont en commun, l'institution de l'inspection du travail. L'idée et le principe d'une inspection du travail sont antérieurement à la création du ministère du Travail lui-même. Ce corps est commun aux ministères chargés du travail, de l'agriculture et des transports. Les services déconcentrés du travail, de l'emploi

et de la formation professionnelle sont organisés en directions régionales et départementales¹.

En France, l'inspection du travail a pour rôle de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des lois et règlements non codifiés relatifs au régime du travail, ainsi qu'à celles des conventions et accords collectifs du travail (art. L. 8112-1 CT). Au Mali, l'Inspecteur du travail a la même attribution de façon générale, puis qu'il intervient dans la procédure du conseil, de prise de décision visant les salariés dans l'entreprise l'article L190. L'article L.296 du Code du travail malien suit qu'il peut également : « constater par procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux, les infractions aux dispositions de la législation et de la réglementation du travail ».

L'inspection du travail apparaît donc comme étant un acteur essentiel assurant au minimum effectivité des règles du Code du travail. A ce effet, L'article L. 8112-1 du CT charge les inspecteurs du travail non seulement à veiller à l'application des dispositions du travail, mais encore de constater les infractions à ces dispositions. Pour cela, ils ont le choix de dresser un procès-verbal lorsqu'ils choisissent la voix de l'action pénale. D'une façon générale, c'est l'inspection du travail qui est considérée comme l'autorité de contrôle essentielle de l'application de la réglementation du travail, mais corollairement la police judiciaire (composée de la police nationale et de la gendarmerie nationale) peut intervenir dans certains domaines, notamment en ce qui concerne les délits de travail illégal et les accidents du travail.

L'articulation de ses pouvoirs avec ceux de l'Inspecteur du travail, est envisagée à l'article L. 8112-1 du CT. Cependant, chaque corps de contrôle est soumis à ses propres règles puisque l'article L. 82171-13 CT énonce que les dispositions du chapitre relatif à l'inspection du travail ne dérogent pas aux règles de droit

¹ Idem.

commun relatives à la constatation des infractions par les officiers et agents de police judiciaire.

Les agents de l'inspection du travail sont compétents pour dresser un procès-verbal sur l'ensemble du département, circonscription territoriale où ils ont été nommés (Cass. crim. 17/01/1995).

Néanmoins, ce sont des agents de prévention et de conciliation avant d'être des agents de répression législation relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle. Il s'agit d'un corps de fonctionnaires de la création de l'inspection du travail en France « germe » depuis la loi du 22 mars 1841, ce n'est qu'en 1892, et plus précisément avec la loi du 2 novembre que sera pris acte de la naissance de l'inspection du travail. Ce qui est vu comme une traduction directe de la volonté politique de faire appliquer ces normes au sein des entreprises, ou « manufactures, usines, et ateliers » pour employer la terminologie de l'époque contemporains de la naissance d'un droit protecteur des contrôleurs rattachés aux services déconcentrés du Ministère de l'emploi et de la solidarité (et plus précisément de la DDTEFP). A ce titre, l'Inspecteur du travail joue un titre rôle d'information, de conciliation et de contrôle par :

- Le contrôle de l'application de la réglementation du travail dans les établissements industriels, commerciaux et artisanaux.
- L'information et le conseil des employeurs et des salariés.
- L'information de l'administration centrale sur la situation et l'évolution des conditions et relations du travail.

La 2ème attribution est plus particulièrement de la responsabilité des services de l'emploi et de la formation professionnelle qui sont chargés de la mise en œuvre dans le département, de la politique de l'emploi. On retiendra en particulier :

En matière d'emploi :

- Aides à la création d'entreprises et d'activités nouvelles

- Aides aux entreprises et aux salariés (convention pré- retraite, etc.)
- Réglementation relative aux travailleurs étrangers
- Aides à l'emploi des publics en difficulté.
- Reconnaissance de la lourdeur du handicap

En matière de formation professionnelle :

- Conventions de formation et d'adaptation professionnelle du FNE
- Mesures pour la formation des jeunes

L'administration du travail est aidée dans sa mission par des organismes publics personnalisés tels que l'ANPE (ex Office de la Main d'œuvre) l'A.P.E.J (Agence Pour l'Emploi des Jeunes), et l'INPS (Institut national de prévoyance sociale). Ils sont dotés de l'autonomie financière et de gestion.

425. Les deux premiers sont placés sous la tutelle du Ministère chargé du Travail, avec la réforme ces organismes relèvent aujourd'hui du Ministère de l'Emploi et de la Formation Professionnelle qui a la même représentation au niveau régionale que celui du Travail et de la Fonction Publique. Chacun dans son domaine œuvre à l'application des politiques de l'Etat en matière d'emploi. Le dernier relève du Ministère du Développement Social de la Solidarité et des Personnes Agées. Il s'occupe de la gestion des régimes de sécurité sociale institués par le Code de prévoyance sociale.

Paragraphe I : Du pouvoir de constater les infractions à la prise de sanctions immédiate

A- Le préfet dans son rôle de constater l'infraction du travail illégal

426. Dans le cadre du travail illégal, la loi n° 2011 du 16 juillet 2011 donne au préfet un pouvoir lui permettant de prendre des sanctions administratives contre

un employeur. Dans le cadre de cette loi, le préfet est l'acteur principal pour faire respecter les dispositions sur l'emploi des étrangers sans titre¹.

B- La faculté pour l'Inspecteur du travail d'entrer dans l'entreprise à tout moment et le droit à l'information : une prérogative propre à éveiller les soupçons

427. Les inspecteurs et les contrôleurs du travail ont un droit d'entrée dans les établissements où sont appliquées les règles de droit du travail (art. L8113-1 et L8112-5). Ce droit d'entrée s'exerce de jour comme de nuit. Il peut avoir lieu la nuit quand le travail est organisé la nuit ou quand l'Inspecteur du travail a de sérieuses raisons de penser que l'entreprise organise de façon illégale un travail de nuit.

L'Inspecteur du travail n'est pas obligé d'avertir l'employeur de sa visite ce qui permet d'en améliorer l'efficacité quand la visite est inopinée. (Refus de l'employeur : délit d'obstacle) Cependant, l'employeur doit être au courant que l'Inspecteur se trouve dans les locaux de l'entreprise. Il peut se faire accompagner par un représentant du personnel si celui-ci le désire.

Pour entrer dans des locaux habités, l'Inspecteur du travail doit avoir reçu l'autorisation des personnes qui occupent ces locaux. A défaut, il s'agit d'une violation de domicile.

Le droit d'entrée de l'Inspecteur du travail doit être rapproché de la perquisition de la police judiciaire. En effet une perquisition peut avoir lieu au domicile d'une personne ou dans tout lieu clos. La police judiciaire et l'inspection du travail ont une compétence concurrente pour les infractions à la réglementation du travail (art. L8112-1) mais chaque corps est soumis à ses propres règles.

428. A la différence du droit d'entrée de l'inspecteur, la perquisition de l'OPJ peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé à condition que la personne soit présente, en cas de crime ou délit flagrant. Dans le cadre de

¹ Infra sanction administrative en cas de l'travail illégal :

l'enquête préliminaire, c'est à dire sans éléments de flagrance, l'assentiment de la personne chez laquelle la perquisition a lieu, doit être expressément donné par écrit. Cependant, cette condition a été supprimée par la loi Perben II du 9 mars 2004 quand l'enquête porte sur un délit puni de 5 ans maximum d'emprisonnement. Comme dans le cas d'entrée dans les locaux de l'entreprise, la perquisition est limitée à une tranche horaire de jour mais elle peut avoir lieu de nuit quand des indices suffisants permettent de penser qu'elle est nécessaire.

Les possibilités de pénétrer dans des lieux privés sont donc assez large. Seul le travailleur à domicile reste véritablement protégé contre la visite de l'Inspecteur du travail. L'Inspecteur s'expose à des poursuites pénales s'il ne requiert pas l'autorisation de l'habitant.

Le corollaire du droit d'entrée et de visite de l'Inspecteur dans les locaux de l'entreprise est le droit d'obtenir la communication de documents. Ceci afin de vérifier que la législation du travail est bien appliquée dans l'entreprise. Les éléments qui peuvent être consultés sont les livres, registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail ou les textes pris pour son application (art. L8113-4 et Conv. n°81 de l'OIT). La liste de ces documents est définie de façon limitative sauf pour certaines infractions comme le travail dissimulé ou en matière de discrimination.

Lorsque les OPJ usent de leur droit de réquisition, ils peuvent exiger la remise de tout document intéressant l'enquête, seul un régime dérogatoire existe pour les personnes protégées (avocats, médecins...) Il n'existe pas de liste limitative

429. Au travers de ces deux pouvoirs exercés par l'Inspecteur du travail, on observe que celui-ci effectue sa mission de contrôle en faisant valoir des droits. Les textes de l'OIT, la jurisprudence et la pratique ont organisé ces droits. La police judiciaire, qui peut également sanctionner les infractions à la réglementation du travail, s'organise à partir de prérogatives dont l'exercice est plus restrictif. La police judiciaire est placée sous l'autorité du Procureur de la

République qui doit être prévenu immédiatement en cas de constatation de flagrance et qui doit être averti de l'avancement de l'enquête préliminaire. L'Inspecteur du travail est plus libre dans ses décisions, ses pouvoirs sont des pouvoirs propres et même s'il est placé sous l'autorité hiérarchique de son Directeur départemental ou régional, il demeure maître de ses décisions.

C- La possibilité de mener une enquête : une prérogative limitée à la mission première de conciliation de l'Inspecteur du travail

430. Le droit d'entrée dans l'entreprise permet à l'Inspecteur de pouvoir y assurer les enquêtes dont il est chargé (art. L.8113-1) Ainsi, l'Inspecteur est habilité à interroger seul ou en présence de témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise. L'interrogatoire se fait de façon libre et les personnes interrogées ne sont pas sous serment, elles peuvent de plus refuser de signer le rapport de l'interrogatoire ou se rétracter sans conséquence. Cependant, dans le cadre d'enquête sur le travail dissimulé, les inspecteurs du travail peuvent organiser des interrogations même en dehors des locaux de l'entreprise et les Inspecteurs sont encouragés à utiliser des procès-verbaux d'auditions pour donner plus de valeurs aux témoignages.

L'objectif est pour l'Inspecteur d'obtenir des informations ou des indices qu'il pourra ensuite exploiter afin de prendre des sanctions si nécessaire. Néanmoins, le pouvoir d'enquête de l'Inspecteur n'a pas une nature coercitive et de ce fait, ne bénéficie peut-être pas d'une efficacité suffisante.

L'OPJ qui décide d'appeler et d'entendre les personnes qu'ils soupçonnent comme pouvant lui fournir des informations peut les convoque. Elles sont alors tenues de comparaître. Mais elles ne sont pas dans l'obligation de déposer. Les personnes sont retenues le temps de l'audition mais l'OPJ peut décider de les placer en garde à vue.

On observe là une différence significative entre les pouvoirs de l'Inspecteur du travail. Dans le cadre d'une infraction qui pourrait être sanctionnée par les deux

corps chargés de faire respecter le droit du travail, comme par exemple le travail dissimulé, la police judiciaire dispose de prérogative beaucoup plus contraignantes et donc par la même plus efficaces.

Paragraphe II La pleine efficacité des pouvoirs de l'Inspecteur du travail dans la prise de sanction immédiate

A- Les observations et la mise en demeure

431. La prise d'observations est une pratique informelle et son rôle tient dans le fait que la mission de l'Inspecteur est principalement préventive. L'Inspecteur du travail apprécie la gravité des manquements qu'il constate. Par ses observations l'Inspecteur rappelle l'existence d'une règle de droit qui n'est pas ou mal appliqué par l'entreprise. Ainsi, les observations peuvent même être formulées oralement et sont toujours communiquées à l'employeur. Cependant, en formulant des observations, l'Inspecteur prévient l'entreprise dans le sens où, s'il n'est pas remédié à la situation, des sanctions seront prises. Même si on peut attribuer à l'observation un rôle d'information, il s'agit d'un avertissement. L'Inspecteur est pleinement dans son pouvoir spécifique de mise en application des règles du travail. Il peut s'agir d'observations techniques, sur un chantier par exemple mais aussi de règles générales sur l'organisation du travail dans l'entreprise comme l'application des horaires de travail.

La mise en demeure se situe en un échelon au-dessus de la lettre d'observation. Il y a deux types de mise en demeure. Celle préalable au procès-verbal et celle préalable à l'arrêt temporaire d'activité.

1. Mise en demeure préalable au procès-verbal :

Lorsque cette procédure est prévue, l'inspecteur du travail et le contrôleur du travail, avant de dresser procès-verbal, mettent l'employeur en demeure de se conformer à la réglementation (article. L.4721-4).

L'acte est obligatoirement notifié par écrit et mentionne les infractions constatées et les délais dans lesquels l'entreprise devra modifier les éléments constitutifs d'une infraction. L'Inspecteur demande à l'employeur de se conformer à la législation sous peine de sanction. Plus qu'un avertissement, la mise en demeure est une injonction, une sommation.

2. mise en demeure préalable à l'arrêt temporaire :

Avant de procéder à un arrêt temporaire de l'activité en application de l'article L.4721-4 du code du travail (la modification de la loi n°2008-67 art 4-11° du 21 janvier 2008), lorsqu'à l'issue d'un contrôle réalisé par un organisme à la demande de l'inspecteur du travail dans les conditions prévues à l'article 4722-1, l'Inspecteur du travail constate que les salariés se trouvent dans une situation dangereuse résultant d'une exposition à une substance chimique cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, à un niveau supérieur à la norme, il met en demeure l'employeur de remédier à cette situation (art. L.4721-8 CT).

Les observations et la mise en demeure supposent des infractions légères à la législation du travail. Nous pouvons les considérer comme des sanctions dans le sens où elles font appel à des pouvoirs propres de l'Inspecteur du travail. Par la prise de ses actes l'Inspecteur use déjà de son pouvoir de police puisque ces mesures sont susceptibles de faire cesser immédiatement le trouble si l'entreprise prend conscience qu'un maintien dans l'illégalité l'exposerait à des sanctions.

Par dérogation aux dispositions de l'article L.4721-4 précité, l'Inspecteur du travail et le contrôleur du travail sont autorisés à dresser immédiatement procès-verbal, sans mise en demeure préalable, lorsque les faits qu'ils constatent présentent un danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs (art. L.4721-5 CT). Au Mali, seuls les Inspecteurs du travail peuvent dresser un PV.

Aussi, en cas de découverte flagrante d'une infraction grave, l'Inspecteur du travail se passe de ce type de mesure qui n'est certainement pas assez coercitif et par là-même pas assez efficace.

B- Le recours au juge des référés et l'arrêt immédiat des travaux

432. Il n'existe pas, en procédure pénale, de dispositif d'urgence tel que le recours au juge des référés. Toute constatation d'infraction par un OPJ passe immédiatement par le procureur de la République qui donne son accord quant à la poursuite ou non de l'affaire.

Le procédé du référé, procédure exceptionnelle et d'urgence évite de voir se prolonger un trouble manifestement illicite si aucune contestation sérieuse n'existe sur le fond (art. L.4732-1). Un risque grave ou l'urgence peuvent justifier le recours au juge des référés. Il peut d'ailleurs être cumulé avec la transmission d'un procès-verbal. Le juge peut ordonner immédiatement de prendre des mesures pour faire cesser le risque. Si une ordonnance est rendue, elle est notifiée par huissier à l'employeur qui doit l'exécuter dès le lendemain.

La procédure du référé permet de prendre rapidement des mesures. Cependant, la décision de répondre au relevé de l'infraction par l'Inspecteur du travail appartient au juge qui, s'il n'a pas tous les éléments de preuve suffisant, peut refuser de rendre l'ordonnance.

433. Dans le cas de travaux sur un chantier du bâtiment et des travaux publics, l'Inspecteur peut directement ordonner l'arrêt des travaux s'il existe une situation de danger grave et imminent (art. L.4731-1 CT français). Au Mali, cette attribution de l'Inspecteur du travail est prévue par l'article L.175 du code du travail. Cela peut concerner un risque de chute de hauteur ou un risque d'ensevelissement par exemple. La mesure est rapide et ne requiert aucune autorisation. Il s'agit là d'un véritable pouvoir de police. La sanction est immédiate et ne permet aucune réclamation.

Lorsque toutes les mesures ont été prises pour faire cesser la situation de danger grave et imminent ou la situation dangereuse ayant donné lieu à un arrêt temporaire de travaux ou d'activité, l'employeur informe l'inspecteur du travail. Après vérification, ce dernier autorise la reprise des travaux ou de l'activité concernée. En cas de contestation par l'employeur de la réalité du danger ou de la façon de le faire cesser, notamment à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure d'arrêt des travaux ou de l'activité, celui-ci saisit le juge judiciaire dans les conditions déterminées par voie réglementaire (art. L.4731-4).

Pour ce qui concerne les salariés, la décision d'arrêt temporaire de travaux de l'Inspecteur du travail ou du contrôleur du travail ne peut entraîner ni rupture du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à leur encontre (art. L.4731-5 CT).

Le référé et l'arrêt des travaux sont des mesures rapides et efficaces. L'arrêt des travaux est un procédé particulièrement efficace de mettre fin à un trouble.

Néanmoins, compte tenu des éléments dont dispose souvent les Inspecteurs du travail, l'option du référé n'est pas la plus utilisée. La sanction d'une infraction en optant pour le cheminement de la voie pénale après procès-verbal est la solution qui est choisie le plus fréquemment.

Cependant, l'employeur ou le salarié disposent un moyen d'atténuer la décision de l'administration par les voies de recours.

Section 2 Les types de recours

434. Dans le cadre du recours contre les décisions administratives le droit malien n'affiche de différence par rapport au droit français que sur un point. Celui de l'exclusivité de la compétence du Tribunal du travail pour connaître les infractions au Code de la Sécurité Sociale. En France, en plus des sanctions

administrative sur la violation de déclaration d'emploi par les URSSAF, le Tribunal des affaires de la sécurité sociale peut intervenir pour faire respecter le Code de la sécurité sociale. Au Mali, cette juridiction n'existe pas, c'est le Tribunal du travail. Hormis ce cas, le reste est à l'image du droit français. Pour appréhender cette approche, il nous paraît important d'étudier les deux types de recours contre les décisions de l'inspection du travail : des recours devant l'administration (A) et des recours devant les tribunaux administratifs (B).

Paragraphe I : Recours devant l'administration.

435. Les recours administratifs peuvent être hiérarchiques ou gracieux. Ils sont de droit et existent sans texte. Les décisions pouvant faire l'objet de tels recours sont notamment les autorisations données par l'Inspecteur du travail ou les refus d'autorisation ; les dérogations ou refus de dérogation ou encore les mises en demeure.

Le chef d'entreprise, comme les salariés, peuvent introduire les recours gracieux ou hiérarchiques aux fins d'obtenir le retrait, l'annulation ou la modification d'une décision qu'ils estiment ne pas être justifiés.

A- Le recours gracieux

436. Le recours gracieux consiste pour le salarié ou l'employeur à demander à l'Inspecteur du travail, une fois sa décision notifiée, de la retirer. Mais, ce retrait ne peut intervenir que si la décision est illégale et non pas pour des motifs d'opportunité.

Si la décision a créé des droits, l'autorité administrative ne peut la retirer que dans un délai de deux mois suivant sa notification ; s'il s'agit d'une décision non créatrice de droits, elle peut être annulée ou réformée à toute époque et pas seulement dans les délais de recours contentieux (2 mois). Il faut noter que ce recours n'est pas suspensif.

B- Le recours hiérarchique.

437. C'est le recours par lequel l'administré demande au supérieur hiérarchique d'annuler l'acte du subordonné. Ainsi, lorsque l'Inspecteur du travail a autorisé le licenciement d'un salarié protégé, l'autorisation peut faire l'objet d'un recours devant le ministre (le plus souvent le ministre du travail) qui peut annuler ou réformer la décision de l'inspecteur du travail¹. Au Mali, l'employeur peut effectuer un recours administratif auprès du Ministre chargé du travail pour contester le bienfondé de sa mise en demeure par l'Inspecteur suite à l'exposition des salariés aux conditions dangereuses pour la santé et la sécurité des travailleurs (C. travail malien art. L175 al 2). Dans l'hypothèse d'une demande d'autorisation de licenciement, le recours peut être effectué par le salarié lui-même ou par le syndicat qu'il représente.

Cependant, il existe des conditions préalables à l'exercice de ce recours :

- d'une part la dessaisie : par exemple, dans l'hypothèse d'une décision implicite d'autorisation, l'autorité hiérarchique est dessaisie sans qu'il lui soit possible de rapporter l'autorisation tacite ;
- d'autre part, le recours doit être déposé dans un délai de deux mois suivant la notification de la décision contestée. Mais, il existe toutefois des exceptions à ce délai. Le ministre pour sa part a quatre mois pour répondre. Passé ce délai, le silence vaut décision de rejet.

Un décret du 20 juin 2001 a rétabli à quatre mois le délai au terme duquel le silence de l'administration vaut rejet de la demande.

Dans tous les cas, la faculté de former un tel recours suppose un intérêt à agir².

Le ministre ne peut annuler ou réformer la décision que pour des motifs de légalité, qui s'apprécient au jour où l'inspecteur du travail a statué³. S'il constate une illégalité, la décision est alors annulée ; mais il doit ensuite statuer sur la

¹ Droit du travail A. MANEAUZ 7^e éd. op. précité p.159

² CE 13 mai 1992 ; recueil Le Bon C.E n°1182203

³ CE, 6 juillet 1990 RJS 8-9/90,n°700 ;V également Xavier. PRETOT, Dr ;soc.1991

demande d'autorisation en usant de son pouvoir propre de décision, cette fois-ci en tenant compte des circonstances de fait et de droit existant au jour où il se prononce, tout en prenant en compte les motifs figurant dans la demande¹.

N.B. : en cas d'intervention d'une loi d'amnistie, celle-ci est sans effet sur la légalité de l'autorisation de licenciement pour faute d'un représentant du personnel prise antérieurement et déjà exécutée par l'employeur².

Paragraphe II : Les recours contentieux devant les tribunaux administratifs.

438. Il existe 3 types de recours contentieux, dont un a pour spécificité de parer aux carences des deux autres en matière de célérité de la procédure.

Ainsi, on trouve le recours pour excès de pouvoir, le recours en pleine juridiction et exceptionnellement les procédures d'urgence (référé et sursis à exécution).

A- Le recours pour excès de pouvoir

439. Il s'agit d'un recours contentieux en annulation qui est formé devant le tribunal administratif et en appel (les Cours administratives d'appel) et devant le CE (en cassation) aux fins d'obtenir l'annulation de la décision contestée.

a) **Conditions** : Il faut que ce soit une décision explicite ou implicite « faisant grief », c'est à dire susceptible de provoquer des effets juridiques. Ce recours peut être formé contre toutes les décisions; aussi bien les décisions initiales de l'Inspecteur du travail que les décisions prises sur recours hiérarchique ou gracieux. Le REP doit être introduit par toute personne ayant intérêt à

¹ Ainsi le ministre peut tenir compte des propositions de reclassement faites postérieurement à la décision de l'inspecteur. Il se peut que le salarié ne bénéficie plus de la procédure au jour où le ministre annule le refus d'autorisation. En ce cas, le licenciement postérieur à cette annulation est un licenciement de droit commun. Le juge judiciaire est compétent pour apprécier la cause réelle et sérieuse, le ministre n'ayant pu ni autoriser ni refuser d'autoriser le licenciement, faute d'être compétent pour le faire : cas.soc. 28 nov.2007, JCPS 2008, 1207, note J-KY. KERBOURC'H

² Cf. CE 13 mai 1992.

l'annulation de l'acte ; ainsi, dans certains cas, ce recours peut être ouvert aux syndicats si l'intérêt invoqué revêt un caractère collectif.

Ce recours est possible dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

b) **Effets** : Enfin, ce recours, comme les précédents, n'a pas d'effet suspensif¹, excepté l'exception légale prévue par l'article L.3132-24 du Code du travail concernant les arrêtés préfectoraux de dérogation au repos dominical.

Le REP peut aboutir soit à l'annulation partielle ou totale de la décision contestée, soit à sa confirmation.

B- Le recours de pleine juridiction

440. Ce recours diffère du précédent en ce sens qu'il n'entend pas voir annuler l'acte, mais en obtenir réparation, de sorte que ce recours est une mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat du fait de ses administrations.

Il s'agit ici, pour les requérants, de se voir réparer les conséquences préjudiciables d'une décision de l'autorité administrative.

La responsabilité de l'Etat peut résulter tant d'une faute commise par l'Inspecteur du travail dans l'exercice de son pouvoir de décision, que de l'absence de faute, lorsque sa décision a pour effet de violer le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques.

Une condition est nécessaire à l'introduction de ce recours, préalablement il faut saisir l'administration d'une demande d'indemnité et que sa réponse ne soit pas satisfaisante.

Il convient en outre de préciser que toute faute de nature à engager la responsabilité de l'autorité administrative ne s'analyse pas toujours en une illégalité ; de plus le niveau de gravité de la faute doit être pris en compte.

¹ Droit du travail A. MAZEAUD, précité p.160

C- Les procédures d'urgence

441. Le référé administratif est une procédure d'urgence qui est utilisée devant les juridictions administratives. Mais, cette procédure est soumise à des conditions très restrictives, de sorte que la mise en œuvre de la procédure de sursis à exécution est assez rare en droit social. Toutefois, elle peut être utilisée, entre autres, lorsque l'employeur conteste des décisions de mise en demeure prises par l'inspection du travail en matière de réglementation d'hygiène et de sécurité. Pour un exemple d'échec du recours au référé liberté, le refus d'autorisation administrative de licenciement d'un représentant du personnel accusé de harcèlement moral¹.

C'est une procédure qui a un effet suspensif. La procédure du référé suspension est largement utilisée.

Ces notions ayant été brièvement définies, il s'agit à présent de voir en pratique quels sont les contentieux qui se posent le plus fréquemment en droit social devant les juridictions administratives.

Section 3 Le rôle du juge administratif dans le contentieux en droit du travail

442. Malgré l'administration détient un pouvoir de sanction un acte, le juge peut dans certain cas intervenir en droit français tout comme en droit malien du travail. A ce titre, en cas de saisie du juge administratif, la première divergence entre le droit du travail français par rapport au droit malien est l'instauration en France de la Procédure de « flagrance sociale », ou l'administration URSSAF peut, en cas de fraude aux salariés indépendants dont le but est de frauder la

¹ CE 4 octobre 2004, Sté Mona Lisa. Semaine. Sociale Lamy 14avr.2005,p.11, note M-Ch. ROULAULT, p.7 ; RJS 4/05,n°409

sécurité sociale, réclamer l'ensemble des prestations au contrevenant¹. Hormis ce cas, la règle classique de la procédure applicable en France est la même de celle que prévoit le droit malien.

Les Tribunaux administratifs puis désormais les Cours administratifs d'appel et le conseil d'Etat en cassation peuvent être saisis, dans les deux mois à compter de la notification de la décision prise par l'autorité administrative (inspecteur du travail ou ministre sur recours hiérarchique), d'un recours pour excès de pouvoir qui n'est en principe suspensif².

Au Mali, la justice administrative se résumait pendant longtemps à l'existence de la seule section administrative de la Cour suprême sous l'empire de la loi n°61-55/RN-RM du 15 mai 1961 portant organisation judiciaire au Mali dont le chapitre I était consacré à la Cour Suprême et de la loi n°65-2/AN-RM du 13 mai 1965 portant réorganisation de ladite Cour³. Une réforme significative fut introduite par la loi n°88-39/AN-RM du 8 février 1988 portant réorganisation judiciaire dont l'article 1^{er} prévoyait des Tribunaux administratifs parmi les Cours et tribunaux chargés de rendre la justice en République du Mali.

¹ Idem, LFSS pour 2012 : mesures relatives au recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude, Marion Del SOL, professeur à l'université de Rennes1, IODE(UMR CRNS 6262-université de Rennes 1), JCP/ la semaine juridique-Edition sociale n° 3 du 17 janvier 2012p.50

² Si la décision administrative de refus d'autorisation est annulée, il convient de retourner vers l'inspecteur, le juge ne se substituant pas à l'agent. L'illégalité entachant la décision administrative constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, même en cas de simple erreur d'appréciation : CE,9 juin 1995, RJS 7/95,n° 797 ; 26 févr.2008,JCP, 2009,1101,note J-Y.KERBOURC'H.

³ La section administrative de la Cour Suprême est également juge de droit commun du contentieux administratif en premier et dernier ressort. Elle est composée d'un président de chambre et de 7 conseillers, elle pouvait valablement siéger en formation de 3 magistrats. Cette juridiction a vu le jour en 1961, pour être réorganisée par une loi du 13 Mars 1965. En réalité, deux textes datés du même jour confiaient conjointement en 1961 la connaissance du contentieux administratif à une section administrative de la Cour Suprême, qualifiée de « tribunal administratif fondamental » qui connaissait en premier et dernier ressort de tous les litiges qui n'étaient pas attribués par la loi à d'autres juridictions administratives, et à une section du contentieux de la Cour d'Etat, érigée en « tribunal administratif de droit commun » connaissant en premier ressort et de manière générale , sauf exception prévue par les textes, de tout litige rentrant dans le contentieux administratif.

La solution était pour le moins confuse, et devait être apurée en 1965, par la substitution à celles-ci de la seule section administrative de la nouvelle Cour Suprême, tribunal administratif de droit commun, dont la compétence a été à cette occasion déterminée de façon détaillée et exhaustive. Désormais composée d'un président et de 4 conseillers, elle statue valablement en présence de 3 magistrats. Les membres de la Cour Suprême sont choisis pour une durée de 5 ans renouvelable, parmi les personnes ayant une compétence établie en matière administrative notamment, le premier président a la possibilité d'affecter les membres de la Cour n'appartenant pas au ministère public aux différentes sections.

Il a fallu attendre la loi n°94-006 du 18 mars 1994 fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement des tribunaux administratifs pour voir cette juridiction créer dans le ressort judiciaire des cours d'appel de Kayes (1er région) Bamako (Capitale) et Mopti (5e Région). Au total, trois tribunaux administratifs et la Section administrative de la Cour suprême qui est juge d'appel de droit commun toutes les décisions rendues en premier ressort par les tribunaux administratifs conformément l'article 41 de la loi n°96-071 du 16 décembre portant loi organique, les règles de fonctionnement de la Cour suprême et la procédure suivie devant un tribunal pour près de 400.000km2 et 3000 habitants.

La création des tribunaux administratifs est consécutive à l'avènement d'Etat de droit et de démocratie au Mali pluraliste à partir de 1991. Il importe, à l'instar de la section administrative de la Cour suprême, d'organiser un mécanisme de contrôle de la légalité ouvrant des voies de droits aux administrés et permettant de sanctionner les illégalités commises par les autorités administratives. Ainsi, des textes sur l'organisation, le fonctionnement et le statut des membres des tribunaux administratifs ont été adoptés. Il s'agit de : La loi n°94-006 du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs et la loi n°94-007 du 18 mars 1994 portant statut des juges administratifs ; le statut des juges administratifs tel qu'adopté en 1994 pour permettre le démarrage effectif des trois tribunaux administratifs n'a pas résisté à l'épreuve du temps.

A coté de cette juridiction administrative, le Tribunal du travail au Mali, trouve sa place dans les hypothèses de conflits soulevés entre les EPIC et leurs salariés¹.

¹ V ; infra sur les actes pris par les EPIC au Mali.

Paragraphe I : Le cadre général de contentieux

443. Les juridictions administratives disposent d'une compétence exclusive pour connaître des recours contre les actes administratifs en matière de droit du travail. La qualité de l'auteur de l'acte détermine la juridiction compétente et les voies de recours contre les décisions du juge administratif. Le contentieux des décisions administratives en droit du travail se divise en contentieux de la légalité, contentieux de la déclaration et plein contentieux.

A- Le contentieux de la légalité

444. La contestation des actes administratifs de l'autorité publique vise à obtenir leur annulation. Les conditions d'ouverture et d'exercice du recours pour excès de pouvoir(REP) sont déterminées par les règles du Code de justice administratif et la jurisprudence du Conseil d'État.

Le recours pour excès de pouvoir peut être dirigé contre des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, des décrets d'application des lois et des arrêtés ministériels relatifs à la représentativité syndicale et à l'extension d'une convention collective. Le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort pour connaître des demandes d'annulation de ces actes, en raison de la qualité de leur auteur. Par exemple, les juridictions administratives connaissent également des recours dirigés contre les actes administratifs de l'inspection du travail, en matière d'emploi, des conditions de travail, et des élections professionnelles. Enfin, ces juridictions connaissent également du contentieux en matière d'entrée et de séjour des travailleurs étrangers, et de délivrance des permis de travail et de séjour.

B- Le contentieux de la déclaration

445. Lorsque l'issue d'un litige dépend de la légalité d'un acte administratif, la juridiction judiciaire doit surseoir à statuer et former un recours en appréciation de validité de l'acte devant le juge administratif. Il peut s'agir d'un acte

réglementaire concernant le statut du personnel d'une entreprise publique¹, ou d'une décision individuelle de l'inspection du travail d'autorisation de licencier un salarié protégé².

C- Le contentieux de la responsabilité

446. La responsabilité de l'État peut être engagée devant le juge administratif pour les conséquences d'une décision ou d'une absence de décision des autorités administratives. En droit du travail, le contrôle de l'inspection du travail sur le licenciement des salariés protégés est une activité de tutelle et de contrôle, susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour faute simple. Par ailleurs, l'inapplication d'une mesure d'expulsion des salariés grévistes ordonnée par les tribunaux judiciaires est susceptible d'engager la responsabilité de l'État sans faute, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Paragraphe II : L'application des sanctions

447. En droit malien, il y a une convergence avec le droit français pour l'application des sanctions administratives. C'est le cas par exemple du contentieux relatif au maintien du droit des salariés en cas de reprise d'entreprise privé par une entreprise du secteur public(A), en cas de contentieux de l'extension de la convention et d'accord collectif(B), de la compétence juridictionnelle se rapportant au contrat d'insertion(C). Mais il y a un cas où le droit français se démarque totalement du droit malien même si le domaine visé par les deux législations peut exister (D).

¹ Tribunal des conflits, 15 janvier 1968, *Époux Barbier* : le licenciement d'un membre du personnel d'Air France en application du règlement intérieur relève de la compétence des juridictions judiciaires, mais l'appréciation de validité du règlement intérieur relatif à l'organisation du service public relève de la compétence du juge administratif ; CE, 29 juin 2001 : sursis à statuer de la Cour de cassation et recours en appréciation de validité d'une disposition du statut du personnel de la SNCF.

A- Cas de Contentieux se rapportant à l'application de l'art. L 1224-1 du C. T en France.

448. Depuis quelques années, une nouvelle situation mène à mal la répartition de compétence entre les juridictions administratives et judiciaires. En effet, l'application de l'article. L 1224-1 du Code du travail a engendré divers problèmes notamment dans l'hypothèse du transfert d'une entité de droit privée vers un service public.

C'est par un arrêt de principe du 22 Octobre 2004 que le CE. vient prendre position sur la question¹. Mais, la solution rendue ne règle en rien les interrogations.

449. En l'espèce, le département du Nord décide d'exploiter en régie les activités de lutte contre la tuberculose et de vaccination jusqu'alors assurées par une association reconnue d'utilité publique. Un des salariés est titularisé en qualité d'ouvrier professionnel mais revendique le statut d'aide technique de laboratoire et demande à ce qu'il soit procédé à une reconnaissance de carrière.

1^{er} intérêt de l'arrêt :

Le CE. reconnaît enfin l'application de l'article. L. 1224-1 au transfert vers une entité publique. Cette solution était déjà acquise par le Tribunal des conflits, la Cour de Cassation française².

2^e intérêt de l'arrêt :

Le CE. reconnaît une option à la personne publique, nouvel employeur qui est la suivante :

- Soit de garder les salariés transférés sous contrat de droit privé : ce qui engendrerait la compétence de la juridiction judiciaire

¹ E. Glaser, « Article L. 122- 12 et service public administratif », conclusions du commissaire du Gouvernement C.E. 22 Oct. 2004 Lamblin, Droit social, n°1, Janv.2005, p. 37

² Soc., 25 juin 2002, Bull., 2002, V, n° 209 ; 17 décembre 2003

- Soit de proposer aux salariés transférés un contrat de droit public : d'où une compétence de la juridiction administrative.

Mais, le problème ne se pose pas tant en compétence de l'une ou l'autre des juridictions mais surtout quant aux conséquences de l'application de L'article. L.1224-1.

450. En effet, si on garde les salariés sous contrat de droit privé il s'agit d'une remise en cause de l'arrêt Berkani car des agents de SPA se retrouveront sous l'empire du droit du travail. De plus, les salariés sont sensés conserver les avantages découlant du contrat de travail signé avec la première entreprise (rémunération, durée du travail, convention collective...), ce qui contrarie le principe fondamental d'égalité. Il apparaît impossible, au regard du droit de la fonction publique, de faire face à une telle situation, ne serait-ce qu'au niveau de l'organisation du service public.

D'autre part, si les salariés passent sous contrat de droit public, cette situation elle aussi, remet en cause les règles du droit de la fonction publique.

En effet, le recrutement des fonctionnaires se fait par concours.

Ils ne possèdent pas de droit à la titularisation.

Les contrats de droit public sont à durée déterminée (bien que de nouveaux contrats à durée indéterminée devraient bientôt voir le jour)¹.

Ce qui ne serait pas le cas dans l'hypothèse ci-dessus.

Pour finir, il s'agirait là d'une modification du contrat de travail même si le CE. préconise de préserver les clauses substantielles du contrat. Comment justifier les différences de traitement qui en découleraient ?

Le refus de cette modification conduirait au licenciement selon le droit du travail.

¹ CE, 27 octobre 1999, M. Bayeux, req. 1784

451. Au Mali, la question de la compétence du tribunal du travail a été posée à l'occasion des Programmes d'Ajustement Structurel notamment au sujet de transformation des entreprises publiques et des entreprises de droit privé. Sur ce sujet, c'est sur la règle du maintien du contrat de travail consacrée par le Code du travail qui est le fondement de la compétence du tribunal du travail. Ainsi comme l'indique L.57 du Code du travail malien, s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion transformation de fond, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel. Ce texte est l'équivalent de L.1224-1 du Code du travail français.

452. En France, sur le plan du contentieux, le juge judiciaire est compétent pour connaître des litiges relatifs au transfert jusqu'à ce que la collectivité de droit public soumette les salariés qu'il concerne à un régime de droit public¹.

Au Mali, le tribunal du travail a une compétence exclusive. Il n'est pas question pour cela de soulever la répartition de compétence entre le juge judiciaire et le juge administratif. Et cela, a permis d'éviter la saisine du tribunal de conflit. On rappelle qu'au Mali, il existe une section réunie qui est l'équivalent du tribunal de conflit en France. Conformément à l'article 141 de l'organisation judiciaire au Mali qui indique : « les sections réunies statuent en qualité de tribunal de conflit chaque fois qu'il y a conflit de compétence d'attribution entre le juge judiciaire et le juge administratif ».

Cette règle de compétence paraît correspondre à la simplification de procédure ainsi que montre quelques affaires. Par lors du Programme d'ajustement structurel, des entreprises publiques sont transformé soit en EPIC soit en S.E.E (société et Entreprise d'Etat). A ce sujet, l'article 23 de la loi n°89-85 ANRM (Assemblée Nationale de la République du Mali) a défini le statut du personnel

¹ T. conflit, 19janvier2004, JCP 2004 E II 930 note F. DUQUESNE ; Cass. SOC ;&é juin 2007, n°05-44 .337 ;sur l'exigence d'un transfert d'activité, sur l'exigence d'un transfert d'activité effectif :T. conflit 18 juin 2007, n°3627

des sociétés et entreprise d'Etat. Dans l'affaire jugée le 24 mai 2004¹, les ex salariés avaient saisi le Tribunal du travail suite à une demande de paiement des arriérés de salaires. En effet, la société (SOCORAM) employant M. COULIBALY et autres avait un statut d'E.P.I.C. Malgré leur appartenance, au statut des EPIC, ils ont été alignés sur celui des Sociétés et Entreprise d'Etat (l'article 23 de loi 89-85 RM du 1 novembre 1989). A cet effet, ces salariés devraient bénéficier de l'avancement triennal en raison du statut des SEE. Ce qui n'a pas été le cas. Ils ont accusé un moins perçu très important car l'ex SOCORAM a ignoré son statut en violation des textes sus cités.

Ils ont été payés à ce titre sur la base de la grille salariale de la fonction publique, alors qu'ils n'étaient pas de fonctionnaires.

Ainsi, du fait que leur entreprise (E.P.I.C) a été aligné sur le statut des Sociétés et Entreprises l'Etat et que les salaires ont été calculés sur une autre base, peut-elle créer une confusion dans la nature du litige?

Même si cette question n'était pas posée dans l'arrêt, on aurait pu penser qu'à partir du moment où ils ont été payé comme des fonctionnaires alors que leur société a été rallié aux sociétés et Entreprises d'Etat.

Mais le Tribunal du travail de Bamako s'est déclaré compétent au visa de l'arrêt il fait mention que le tribunal reçoit les requérants. Il s'est prononce sur le fond sans qu'on ait besoin de soulever la question préjudicielle.

De même, encore dans l'affaire tranchée par le tribunal du travail de Bamako 13 mai 2005², qui portait sur un litige entre des salariés de l'Office malienne de produits agricoles (S.E.E) au Ministère des finances. Peut-on observer que les salariés du secteur privé reprochent à l'Etat de ne pas respecter le paiement de leur salaire. En droit positif français, cette question ne se poserait pas. Car seuls les fonctionnaires peuvent adresser des réclamations de salaires à l'Etat.

¹ Cour d'Appel du Tribunal de travail de Bamako, n°263RG, n° 57JGT, Affaire Hammounet COULIBALY et autres contre l'Ex SOCORAM et le Ministère de l'Emploi et de la Formation Professionnelle du 24 mai 2004,

² Cour d'appel de Bamako, du 13 mai 2005, affaire Etat du Mali(ministère des finances) contre Moussa et autres salarié de l'OPAM (Office malienne de production agricole).

Grâce à la vigilance de la législation malienne, le Tribunal du travail est devenu le seul juge pour trancher tous les litiges relatifs aux difficultés d'application du programme d'ajustement structurel.

B-Contentieux de l'extension et de l'élargissement des conventions et accords collectifs

453. D'abord L'extension : c'est une technique qui consiste à imposer le respect de certaines conventions accords collectifs à toutes les entreprises comprises dans leur champ d'application même si celles-ci ne sont pas adhérentes à une organisation patronale signataire. Technique créée par la loi du 24 Juin 1936. La procédure d'extension de la convention est prévue par le Code du travail malien. Ainsi, à la demande d'une des organisations syndicales les plus représentatives, ou sur proposition du ministre chargé du travail, un décret peut rendre obligatoire, pour tous les employeurs et travailleurs situés dans son champ d'application, les dispositions d'une convention collective... (L.82 du C.trav. malien).

Enfin l'élargissement, il consiste à élargir le champ d'application d'une convention ou d'un accord collectifs à un champ d'application professionnel ou géographique différent où l'on observe une impossibilité persistante de conclure un accord.

Ces techniques seront mises en œuvre après l'intervention d'un arrêté du ministre du travail après vérification de l'existence de certaines exigences.

On s'attachera seulement à cet arrêté ministériel qui marque vraiment l'expression d'une décision unilatérale.

454. En effet, en ce qui concerne l'extension, la CE. dans une décision du 30 Avril 2003, affirme que le ministre du travail décidera de l'extension ou pas d'une convention ou d'un accord collectif en « opérant une conciliation entre d'une part les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues

obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et d'autre part les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause »(une position très critiquée par Pélissier, Jeammaud et Supiot)¹.

C'est pour cela que cette appréciation pourra être contestée par les signataires des conventions et accords en cause : il s'agira pour eux de demander l'annulation de l'arrêté d'extension ou d'élargissement au juge administratif.

Il faut bien préciser que la nature juridique de la convention ou de l'accord ne change pas. Il s'agit toujours d'une source conventionnelle de droit, c'est-à-dire d'un acte de droit privé.

Seul le juge judiciaire est compétent pour connaître de la licéité de ses clauses ou encore de la régularité de la conclusion des accords et conventions.

455. Le juge administratif ne connaîtra que les demandes relatives à la procédure d'adoption de l'arrêté ministériel et à la motivation de celui-ci.

Au Mali, on pourra dire sur ce dernier que le juge administratif peut être compétent pour statuer sur les litiges aux questions liées à l'arrêté du ministre du travail comme en France. Puisse, comme le prévoit le Code du travail malien dans son article L.78: « À la demande de l'une des organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs, ou de travailleurs intéressées, ou de sa propre initiative, le Ministre chargé du travail provoque la réunion d'une commission mixte en vue de la conclusion d'une convention collective de travail ayant pour objet de régler les rapports des employeurs et travailleurs d'une ou plusieurs branches d'activité déterminée ».

Un arrêté du Ministre chargé du travail détermine la composition de cette commission mixte qui comprendra, sous la présidence de l'Inspecteur du travail,

¹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 22^e édition, Dalloz, 2004

Des conventions annexes pourront être conclues, soit, pour chacune des principales catégories professionnelles, soit en cas de convention commune à plusieurs branches d'activité pour chacune de ces branches. Elles contiendront les conditions de travail particulières à ces catégories ou ces branches d'activité et seront discutées par les organisations syndicales les plus représentatives des catégories ou branches intéressées.

un nombre égal, d'une part, des représentants des organisations syndicales les plus représentatives des travailleurs, d'autre part, des représentants des organisations syndicales les plus représentatives d'employeurs, ou à défaut de celle-ci, des employeurs.

En somme, quand un arrêté d'élargissement est annulé par décision de justice, il est réputé n'être jamais intervenu¹.

C- Compétence juridictionnelle des contrats d'insertion

456. Les contrats d'insertion sont susceptibles de soulever des difficultés relatives à la désignation de la juridiction compétente pour trancher les litiges portant sur leur conclusion, leur exécution, leur rupture ou leur requalification à deux titres principaux². En premier lieu, ces contrats aidés peuvent être conclus par les personnes morales de droit public gérant un service public administratif, ce dont il devrait s'induire, par application de la jurisprudence Berkani du tribunal des conflits³, que ces contrats sont des contrats de droit public. Les contentieux s'y rapportant ne devraient-ils pas dès lors relever de la compétence du juge administratif ? En second lieu, ces contrats, cela a déjà été évoqué, supposent la conclusion préalable d'une convention avec une personne de droit public, convention qui ne peut, au regard de son objet, qu'être un acte de droit public. La compétence des juridictions ne doit-elle pas être retenue quand la légalité de cette convention est mise en cause-même implicitement, comme en serait le cas chaque fois qu'un salarié conteste la régularité du contrat qu'il a conclu (CES, CIE, par exemple, avant CUI aujourd'hui) en critiquant une stipulation dont le principe a été arrêté par la convention préalable (par exemple : l'emploi occupé par le salarié tel que défini par cette convention) ?

457. Ces difficultés ont été tranchées par la Cour de cassation et le tribunal des conflits. La première a été aisément écartée sur le fondement de l'attribution par

¹ Soc. 7 Mai 1991 Bull.1991 n°227p.139, pv88-44.691

² Droit de l'emploi, Frank Pétit, p. 153

³ T.conflit.,2(mars 1996, n°3000, Préfet Rhône- Alpes :Rec.CE 1996,p.535.

la loi de la qualification de contrat de « droit privé » aux contrats d'insertion susceptible de relever du droit public lorsque la nature de l'emploi et l'activité qu'il exerce devraient conduire à la qualification de contrat de droit public, celle-ci est écartée par le législateur qui dit des contrats aidés concernés qu'ils sont des contrats de « droit privé »¹. Assez tôt, le tribunal des conflits a tiré les conséquences de cette qualification pour juger notamment que le litige résultant de la rupture d'un contrat emploi-solidarité qui « en vertu de la loi, avait la nature juridique d'un contrat de droit privé » relevait de la compétence de la juridiction judiciaire².

La Cour de cassation s'est appuyée sur cette qualification de contrat de droit privé, quel que soit naturelle ou légale pour minorer l'impact de la convention administrative préalable sur la détermination de la juridiction compétente dans le cadre des litiges concernant les contrats d'insertion. Il avait été suggéré dans une présentation schématique et nécessairement réductrice, que toute la contestation tendant à critiquer la régularité d'une des stipulations du contrat définies conformément à la convention préalable remettait nécessairement en cause la légalité de cette dernière ; dès lors, le juge judiciaire initialement compétent en raison de la qualité de contrat de droit privé des contrats aidés devait être contraint d'interroger le juge administratif sur ce point (la légalité de la convention) qui échappe à sa compétence (la convention étant un acte administratif conforme à la convention de droit public revenait nécessairement, sauf artifice, à critiquer la légalité de cette convention dont l'examen est en principe réservé au juge administratif)³.

¹ C'était le cas, notamment du contrat d'avenir et du contrat d'accompagnement tels qu'étaient défini par la loi du 18 janvier 2005, et c'est aujourd'hui le cas du CUI-CAE qui peut être conclu par des employeurs de droit public.

² T. conflit, 20 octobre 1997, RJS 1998, n°348, p.215

³ V, p.164 : « s'il y a question préjudicielle d'ordre administratif lorsque l'issue d'un litige dépend de la solution d'une question réservée aux tribunaux administratifs car elle met en cause l'interprétation des actes administratifs individuels, l'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels ou réglementaires.

Cette analyse a été écartée, tant par la Cour de cassation que par le Tribunal des conflits, dans le cadre de litiges où les salariés sollicitaient la requalification de contrat d'insertion (CES ou CEC) sur le fondement de leur prétendu irrégularité (notamment au regard de l'emploi occupé). Dans un arrêt en date du 16 mars 1999¹, la Cour de cassation a jugé que les contrats emploi-solidarité étant en vertu de la loi, des contrats de travail de droit privé, les litiges relatifs à ces contrats étaient « de la compétence des tribunaux judiciaires » : une Cour d'appel retenait donc à bon droit la compétence du conseil de prud'hommes pour se prononcer sur la régularité d'un CES, et elle n'avait pas à envoyer l'examen de la question préjudicielle de la légalité de ces conventions devant la juridiction administrative dès lors qu'elle « avait constaté que les salariés ne contestaient pas la légalité des conventions passées entre l'Etat et l'employeur ». L'examen d'une question préjudicielle portant sur la légalité de la convention préalable au contrat suppose donc, selon la Cour de cassation, que le salarié conteste « directement » cette légalité, faute de quoi le juge prud'homal est compétent pour se prononcer sur la régularité du contrat aidé sans avoir à recourir à une question préjudicielle d'ordre administratif.

458. Le Tribunal des conflits a adopté quelque temps après, une solution similaire : « les contrats emploi solidarité sont des contrats de droits privé » et « il appartient en principe à l'autorité judiciaire de se prononcer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution et de la rupture d'un tel contrat, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif » ce dont il ressort « qu'il lui incombe, à ce titre, de se prononcer sur une demande de requalification du contrat »². Selon le tribunal de conflit, ce n'est que « dans le cas où la contestation met en cause la légalité de la convention passée entre l'Etat et l'employeur que la juridiction administrative est seule compétent pour se prononcer sur la question ainsi soulevée ». Tel n'est

¹ Cass.soc., 16 mars Bull.civ,V.n°113 ;Dr.soc.1999p.516,obs. L. de MAGNIENVILLE.

² T ; conflit, 7 juin 1999,conclusion, J.ARRIHI de CASANOVA ; Dr. soc., 1999,p.762 ; J-G. MAHINGA, D.2001,Jur. p.266

pas le cas lorsque « la légalité de la convention passée entre l'Etat et l'employeur n'a pas été contestée devant le conseil de prud'hommes »¹. cette solution, qui semble bien acquise, connaît peut-être une limite lorsque l'irrégularité prétendue du contrat ne peut objectivement provenir que de la convention préalable, auquel cas la question préjudicielle pourrait s'imposer.

La question de compétence juridictionnelle dans le cadre du contentieux des contrats aidés pose une dernière difficulté lorsqu'il s'agit de désigner la juridiction compétente pour tirer les conséquences d'une éventuelle irrégularité d'un contrat d'insertion : s'agit-il du juge prud'homal ou du juge administratif ? Dans un avis complexe, rendu le 16 mai 2001 et portant sur des faits où une association avait fictivement mis à disposition un salarié recruté par CES à disposition de l'Etat, le Conseil d'Etat a estimé que l'Etat pouvait être jugé employeur si le contrat conclu ne remplissait pas les conditions légales du CES² : un contrat de droit public naissait donc de cette situation, relevant a priori de la compétence des tribunaux administratifs ; le tribunal des conflits a, de façon plus général, adopté dans des arrêts en date du 14 septembre 2008 la solution suivante, réservant une compétence non négligeable au juge administratif sur ce point particulier : « le juge administratif est seul compétent pour tirer les conséquences d'une éventuelle requalification d'un contrat emploi solidarité, soit lorsque celle n'entre pas en réalité dans le champ des catégories d'emplois, d'employeurs ou de salariés visées à l'article L.322-4-7 du Code du travail(application aux anciens CES) soit lorsque la requalification effectuée par le juge judiciaire, pour un autre motif, a pour conséquence non la réparation du préjudice résultant de la rupture du contrat mais de droit public gérant un service public administratif, au-delà du terme du ou des contrats relevant de la compétence du juge judiciaire »³.

¹ Idem, T. conflit, conclusion J. ARRIGHI de CASANOVA,

² Liaison soc. Jursp. n°729,p.17

³ T. conflit 20 octobre 2008, JCP G2009,II, 10003, note M.C. ROUAULT et F. DUQUESNE.

459. Certes il existe des mesures en faveur de l'emploi au Mali, mais la question de l'intervention de l'administration dans le domaine de l'emploi en vue de lutter contre le chômage, mais elle est posée différemment par rapport au droit français. La réinsertion est un processus permettant le retour des chômeurs sur le marché de l'emploi ou revenir dans sa région et s'insérer effectivement dans son milieu.

Le Programme Emplois Jeunes (PEJ) est un vaste programme qui a comme objectif de développer, de contribuer à l'offre de possibilités d'emploi salarié et d'emploi indépendant tant en milieu urbain qu'en milieu rural ainsi qu'à la mise en place d'un système de financement et de garantie des projets d'entreprises des jeunes. Il couvrait une période de 5 ans (2002 - 2007) avec comme champ d'application territorial l'ensemble du Mali et s'adresse à l'ensemble des jeunes maliens âgés de 15 à 40 ans (diplômés et non diplômés, de l'intérieur comme de l'extérieur) en quête d'insertion professionnelle. Le programme continu jusqu'à présent.

Le PNA/ERP est principalement destiné au financement de la population vulnérable (Associations, personnes handicapées etc.)

460. Quant à la réintégration, c'est également un processus qui consiste à l'acquisition des compétences et la réalisation des activités économiques en permettant de se prendre en charge (par la promotion de l'auto emploi).

Pour atteindre les objectifs fixés, cinq domaines d'interventions prioritaires ont été retenus dans le cadre de la Politique Nationale de l'Emploi (PNE) : l'emploi local, la promotion des travaux à haute intensité de main-d'œuvre (THIMO), la formation professionnelle et technique, le développement des entreprises et l'emploi informel¹.

¹ L'impacte de l'auto emploi sur le chômage dans la ville de Bamako. Mémoire en Maitrise de Science économique. Présenté par Mamadou TOLOBA ; Faculté de Sciences Economiques et de Gestion de Bamako.- Maitres en Analyse Quantitative et Politique Economique (AQPE) 2004

Il y a un objectif avec des programmes qui définissent les domaines d'intervention de l'Etat à travers des services publics¹. Pour ce qui concerne l'encadrement et le suivi de ses programmes le Code du travail ne joue pas un rôle « sanctionnateur » en hypothèses du non-respect des engagements pris par les chômeurs et les employeurs. Toutefois, pour ce qui concerne les rapports

¹ A ce titre, on peut retenir entre autre et tel que définis dans le document cadre de Politique Economique (DCPE-1998)¹, les objectifs suivants:

- conforter et sécuriser les emplois privés existants et améliorer les performances dans l'emploi public ;
- Réduire le chômage et le sous emploi par l'intensification des activités (notamment à haute intensité de main-d'œuvre) ;
- Améliorer l'offre de main-d'œuvre par une meilleure des formations aux besoins ;
- Accroître la demande de travail dans les milieux urbains et ruraux grâce au développement du secteur privé ;
- Promouvoir l'emploi au niveau local en tenant compte des spécificités au niveau régional ;
- Pour ce qui concerne spécifiquement les jeunes, la nécessité était pour les autorités publiques de faire la promotion de l'auto emploi (création d'entreprise notamment par les jeunes diplômés).

En effet dans les années 1990, tirant la leçon de l'échec de cette approche, les autorités ont opté pour une politique tournée vers la promotion de l'emploi salarié, à travers notamment le volontariat (programme destiné à recruter des contractuels dans le secteur de l'enseignement et de la santé) et le stage de qualification professionnelle à travers les contrats de qualification professionnelle. Mais à partir de 2003, les autorités publiques ont jugé nécessaire la mise en place de plusieurs programmes en faveur de la promotion de l'auto emploi (création d'entreprise, stage professionnelle, stage de qualification....). Il ressort de ce constat que l'ensemble de ces programmes avaient pour but de réduire le chômage et le sous emploi.

A quelques variantes près, les programmes présentent les composantes à savoir Travaux à Haute Intensité de Main d'œuvre (THIMO), l'Aide à l'Insertion par l'Aide à l'Embauche et l'Auto Emploi et le renforcement institutionnel.

- composante 1 : THIMO

Ces travaux à haute intensité de main d'œuvre portent principalement sur La réhabilitation et l'entretien des routes et des pistes rurales L'assainissement et la gestion des ordures ménagères La réhabilitation d'autres infrastructures (centre de santé école et bâtiments publics).

- composante 2: Aide à l'insertion par l'aide à l'embauche et à l'auto emploi Ici, il s'agira d'intervenir à la fois au niveau de l'emploi salarié et de l'auto emploi. Pour ce qui est du premier, il est prévu la mise en œuvre et le développement de la formation professionnelle technique ainsi que l'apprentissage. Ces mesures permettront d'accroître l'employabilité des personnes cibles ce qui doit faciliter leur insertion sur le marché du travail. Quant au second, les programmes insistent sur la mise en place d'un fonds d'appui aux activités prioritaires, par exemple la préparation et l'exécution des microprojets prioritaires (individuel et/ou collectifs et décentralisé), sans oublier l'appui à l'accès au crédit auprès des institutions financières.

Par ailleurs, il sera accordé un appui à l'information en améliorant sa collecte, son analyse et sa diffusion.

- composante 3 : Appui institutionnel

Vu la diversité des programmes d'emploi au Mali, il importe d'assurer la cohérence et .L'intégration de leurs activités, La synergie entre les composantes d'un programme et d'autres programmes La révision de la stratégie nationale au niveau des objectifs, des instruments et des incitations. Le renforcement des capacités des principales institutions s'occupant de l'emploi.

Surtout l'approche THIMO, qui a pour mission une plus grande quantité d'utilisation de mains-d'œuvre (aménagement et réhabilitation des routes....). Ainsi, la valorisation de l'emploi informel relève d'une vision stratégique, car la majorité des indépendants exercent dans ce domaine (71,4% en 2004).

De l'analyse de la politique publique de l'emploi ont peut retenir essentiellement des résultats mitigés :

La stratégie basée sur l'auto emploi à donner des résultats pas très souhaitable, car les projets financés n'ont pas eu un réel impact économique (en terme d'embauche d'emploi) .Les emplois créés sont majoritairement temporaire et la plupart des projets financés sont en faveur des diplômés et des hommes.

entre les salariés et leurs employeurs plusieurs décisions ont montré que le Tribunal du travail est la juridiction compétente¹.

461. Par contre dans le cadre de sa compétence, l'administration peut prendre des mesures qui visent à organiser ses rapports avec les organismes de gestion de service public en charge de gestion. Dans cette hypothèse on peut se trouver face à des cas de recours hiérarchique ou des recours judiciaires². Ainsi, Au Mali, en définissant la politique nationale de l'emploi les autorités disent considérer l'emploi comme la base de développement humain durable et comme un moyen primordial de lutte contre la pauvreté.

¹ Idem , paragraphe II, section III sur le rôle de juge, V. Cour d'Appel du Tribunal de travail de Bamako, n°263RG , n° 57JGT, Affaire Hammounet COULIBALY et autres contre l'Ex SOCORAM et le Ministère de l'Emploi et de la Formation Professionnelle du 24 mai 2004.

² V. infra section II, les types de recours ,p .382 ,

Partie II

Les sanctions pénales

467. Le droit pénal du travail couvre des situations très diverses. Cette diversité tient au fait que certaines infractions commises dans le cadre et à l'occasion du travail relèvent droit pénal spécial ; ce sont des infractions de droit commun régies par le Code pénal.

Le Code pénal classe les infractions selon leur gravité en contravention, en délits et en crimes. Selon la doctrine : « l'infraction est une action ou une omission définie et punie par la loi pénale, imputable à son auteur et ne se justifiant pas par l'exercice d'un droit »¹.

Le droit pénal est omniprésent dans le processus de protection de l'intégrité physique et morale des salariés dans l'entreprise. Comme l'écrivent dans leur manuel « Droit pénal du travail », le Professeur Elisabeth Fortis et le Professeur COEURET que la plus part des infractions ont pour cadre l'entreprise². C'est à dire l'unité de décision dans les domaines de la production, de la circulation, de la distribution, de la consommation des richesses. C'est la présence de l'entreprise qui permet de fédérer des groupes d'infractions aussi disparates quant aux valeurs protégées, et c'est l'entreprise qui permet de comprendre et d'expliquer le particularisme de nombreuses règles par rapport à celle du droit pénal général et de la procédure pénale³.

468. Le développement rapide de la législation sociale, a entraîné une véritable prolifération des infractions pénales dont le champ d'application, initialement limité à la protection individuelle des travailleurs (hygiène et sécurité, durée du travail), s'est élargi à la faveur d'une politique sociale visant à l'instauration de droits collectifs dans l'entreprise⁴. En France et au Mali, on trouve une approche du domaine d'application de l'infraction pénale dans l'entreprise. Certes, l'évolution législative et normative n'est pas la même, mais il y a une similitude quant aux infractions définies dans la législation. Chacun des livres du Code du

¹ G. Levasseur, BOULOC, droit Pénal général et procédure pénal 1^é éd. 1996 p22.

² Manuels, Droit pénal du travail Elisabeth Fortis et Alain COEURET 5^e éd. Litec, p1.

³ Manuel droit pénal du travail, p.3 précité

⁴ Manuel droit pénal du travail, p.3 précité, p.2

travail se termine par un chapitre relatif aux pénalités. Des obligations qui semblent d'ordre purement privé sont donc assorties de sanctions pénales édictées contre l'employeur. Ainsi, la non délivrance d'un certificat de travail à l'expiration de l'engagement constitue une infraction pénale, comme le fait d'embaucher un travailleur étranger démuné de carte de travail.

469. L'infraction liée au travail des étrangers sans autorisation du travail est puni par les articles L.333 du Mali et L.5221-2 du Code du travail en France ou le paiement d'un salaire inférieur au S.M.I.C. ; l'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel est garantie par le délit d'entrave. Dans les deux pays, il s'agit de l'infraction relative au délit d'entrave au représentant du personnel puni par L.331 du Code du travail au Mali et L.2328-1 en France qui indique que « le fait d'apporter une entrave soit à la Constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L2324-3 à L2324-5 et L2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros ».

En France, les règlements sur la sécurité du travail sont également assortis de pénalités qui a pour effet de rendre l'employeur pénalement responsable.

Au Mali, le Code pénal veille aussi à la liberté du travail. Ainsi, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois, et d'une amende de 20.000 à 200.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses, aura, soit porté atteinte à la liberté de l'embauche et du travail, soit amené ou maintenu une cessation individuelle ou collective du travail (art 214 Code pénal) .

La rigueur de la sanction pénale témoigne de la mauvaise volonté fréquente dans l'application. La jurisprudence criminelle est devenue de ce fait une source importante du droit pénale du travail.

En France il y a une chronologie de l'évolution du droit pénal ; d'où une différence par rapport au Mali. Ainsi, en France, le droit pénal semble s'adapter au développement à la vie sociale du travail. A ce sujet, on a « l'impression qu'à chaque fait divers, on fait une loi ». Le droit du travail n'a pas échappé à la règle.

Cela a des avantages. Ce qui permet au législateur, de bien définir les textes enfin de les adapter à l'évolution de la société. Or, Comme l'invoque l'autre : « le droit malien n'est pas créatif, il se calque sur certaines règles du droit positif français et la jurisprudence Française lui sert de référence »¹. Cette position est nuancée, parce que le législateur malien prend des dispositions qui sont facilement applicables dans l'entreprise. C'est ce qui peut expliquer sa méfiance à se prononcer sur le harcèlement sexuel. A ce titre on peut relever que le Code pénal malien ne comporte aucune disposition relative au harcèlement sexuel. Tout comme le tribunal de Bamako n'a enregistré, à notre connaissance, aucun cas de jurisprudence qui pourrait servir d'hypothèse. Mais, cette absence de dispositif juridique ne saurait signifier que le harcèlement sexuel n'existe pas au Mali. La pratique y est plutôt assez courante au regard de ce qu'on enregistre dans les milieux du travail au Mali et de nombreux agissements correspondent bien aux critères du concept de harcèlement sexuel tel que défini sous d'autres cieux.

470. Au Mali, la quasi-totalité des textes du travail sont issus de la même loi. C'est la loi de 1992 portant Code du travail et le décret d'application sur les Bâtiments et Travaux Publics de 2007. Cela ne veut pas dire qu'avant, il n'y avait pas d'autres textes. Bien au contraire, ils étaient simplement mal appliqués². C'est à partir de 1992 que le législateur malien s'est émancipé de la politique pour s'occuper de la vie de l'entreprise en prenant compte les droits et les

¹Feu Karim TRAORE professeur de droit à la faculté de droit à l'Université du Mali.

² Au Mali il y a une stabilité relative des textes. depuis 1992, les infractions définies par le Code du travail n'ont pas changé

obligations des salariés. Quant à La doctrine malienne, elle s'est toujours inspirée en grande partie de l'évolution du droit français. Les cours de droit sont basés sur les manuels du droit français. Ce qui veut dire que malgré tout, le pénal du travail a toujours été « une discipline théoriquement vivante » au Mali.

471. En France les sanctions pénales sont le fruit de plusieurs textes qui n'ont pas les mêmes âges. On peut citer par ordre chronologique.

- La loi française du 5 juillet 1972 portant réforme des pénalités en droit du travail constitue une étape importante dans l'évolution de ce droit. On rappellera que cette loi s'inscrivant dans une politique plus large visant, selon les propos du ministre du travail français de l'époque « à accroître l'efficacité du droit du travail ».¹ Plusieurs dispositions de cette loi, dont l'objectif était de réajuster les différentes pénalités prévues en cas d'infractions à la réglementation du travail, ont en effet marqué la structure du droit pénal du travail. C'est le cas de la correctionnalisation des infractions en matière de santé d'hygiène et de la sécurité. C'est la loi qui a donné la compétence d'attribution en vertu d'une habilitation spécialisée aux Inspecteurs du travail².

472. Conformément à une tendance qui n'est pas propre aux relations du travail, le champ couvert par les infractions s'est, à partir de 1972, fortement développé. Dans l'ordre chronologique, on citera la loi du 3 janvier 1972 sur le travail temporaire qui amorcé ce mouvement général.

- La loi du 6 juillet 1973 relative à la répression des trafics de mains d'œuvres. La loi du 10 juillet 1973 qui inséré dans le Code du travail plusieurs infractions correctionnelles relatives à la médecine du travail, au placement privé ainsi qu'au contrôle de l'emploi. Loi du 10 juillet 1976 tendant la répression en matière de trafic et d'emploi irréguliers.

¹ Cette politique allait déboucher sur une promulgation de 2 juillet 1973 d'un Code du travail entièrement réorganisé dans lequel les dispositions pénales seront regroupées et articulées entre elles.

² Un domaine au moins apparaissait à cet égard insuffisamment protégé : celui relatif au droit syndical dans l'entreprise issu de la loi du 27 décembre 1996. En plaçant l'inspection du travail dans cette position clef, la loi a donc confirmé et étendu la mission privilégiée qui lui avait été confiée dès l'origine.

- C'est à partir de la loi du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail que le droit pénal du travail a déplacé son « centre de gravité » vers la protection des droits de la personne, dans son intégrité physique que dans sa dignité¹.

473. La loi précitée, constitue l'intégrité physique en ce qu'elle introduit dans le Code du travail la notion de « prévention intégrée ». Notamment, elle situe des infractions plus en amont de l'activité spécifique de l'entreprise en visant les maîtres d'ouvrages qui font l'intérêt de l'hygiène et de la sécurité.²

- Cette idée trouve une illustration avec la loi du 31 décembre 1993 qui établit le principe d'une coordination sur les chantiers du bâtiment et du génie civil où sont appelées à intervenir plusieurs entreprises et crée un coordonnateur agissant sous la responsabilité du maître d'ouvrages³.

474. Quant à la promotion de la dignité de la personne, l'orientation de la politique criminelle, elle se manifeste sur de multiples plans : travail illégal et trafic de main d'œuvre, conditions de travail indignes, discriminations, harcèlements.

- En matière de travail illégal, la loi du 10 juillet 1989 a doublé les peines applicables en cas d'emploi d'étranger sans titre et de travail clandestin, dont l'orientation fut confirmée, pour cette dernière infraction, par la loi du 31 décembre 1991. On citera aussi la loi du 12 juillet 1990 sur les contrats de travail qui étend aux contrats à durée déterminée les dispositions mentionnera ensuite la loi du 2 novembre 1992 réprimant, dans un premier temps les abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations du travail et complété dix ans

¹ Manuel, Droit pénal du travail, op, cité

² Depuis lors, des dispositions réglementaires n'ont cessé de décliner le concept de prévention intégrée pénalisée : décret du 20 mars 1979 instituant l'obligation d'élaborer un programme annuel de prévention des risques professionnels et de consulter le comité d'hygiène et sécurité et des conditions de travail à ce propos. Les risques résultant de l'interférence de plusieurs entreprises ont également commencé à la même époque de susciter une réglementation spécifique rattachée à des dispositions pénales antérieures : décret du 29 novembre 1977 remplacé celui du 20 juillet 1992.

³ Le maître de l'ouvrage doit désigner le coordonnateur et lui assurer l'autorité et les moyens indispensables à l'exercice de sa mission sous peine de sanctions pénales.

plus tard par l'infraction de harcèlement moral ainsi que des règles permettant de retenir le harcèlement aussi bien sexuel que moral, abstraction faite de tout rapport hiérarchique.

- S'agissant des discriminations, les lois du 16 novembre 2001 et 4 mars 2002 complètent le dispositif antérieur en allongeant la liste des motifs illicites.

Cette dernière période est aussi marquée par le renouvellement du droit pénal consécutif à l'adoption d'un Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Cette réforme de grande ampleur apporte une contribution essentielle au développement et à la modernisation du droit pénal du travail sans pour autant remettre en cause la plus part des solutions antérieures. Surtout de nouveaux liens sont établis entre les infractions du Code du travail et celles créées ou remaniées du Code pénal. C'est le cas du délit de mise en danger délibérée de la personne d'autrui fortifiant la répression en matière d'hygiène et de sécurité du travail. C'est aussi le cas du délit précité de conditions de travail et d'hébergement contraire à la dignité humaine qui peuvent se nourrir de la violation de règles énoncées par le Code du travail.

- Avec le recul d'une dizaine d'années, ce sont les changements introduits dans les règles relatives à l'attribution de la responsabilité pénale qui retiennent le plus l'attention dans la mesure où ils imposent un raisonnement inédit. Les personnes morales sont devenues pénalement responsables, à côté des personnes physiques, à certaines conditions prévues par 121-2 du Code pénal. Si, dans un premier temps cette responsabilité à certaines infractions, la loi Perben II du 9 mars 2004 a prévu la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales à partir du 31 décembre 2005. Si le droit pénal du travail apaisait déjà comme l'un des terrains d'élection de cette nouvelle responsabilité, cette tendance se trouve renforcée par sa généralisation¹.

¹ Idem Manuel droit pénal du travail.

Titre I

Les incriminations

475. Les sanctions pénales au non-respect de la législation du travail se sont multipliées depuis ces 30 dernières années, dans des domaines très divers en France :

- Représentation du personnel, notamment dans le cadre du traditionnel délit d'entrave au fonctionnement des institutions, depuis les lois Auroux de 1982,
- Discriminations: interdiction de certaines questions et attitudes à l'embauche (loi du 2 novembre 1992), égalité entre hommes/femmes (loi du 9 août 2001 et dernière loi de décembre 2004)
- Harcèlement sexuel et moral (notamment dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002)
- Respect des libertés individuelles dans les dispositifs de surveillance des salariés (jurisprudence des 10 dernières années)
- Travail dissimulé, y compris pour non-paiement d'heures supplémentaires (loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure)
- Hygiène et sécurité, avec l'obligation de résultat qui incombe au chef d'entreprise en matière d'évaluation et de prévention des risques professionnels dans son entreprise (notamment dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002).

Chapitre I

La place des sanctions pénales

Section 1 Les infractions liées à l'emploi et les infractions sur les conditions de travail

Paragraphe I Les infractions liées à l'emploi

A- Le travail dissimulé

476. En France, la loi du 11 mars 1997 distingue deux modes de travail dissimulé proprement dit¹ : la dissimulation d'activité et la dissimulation d'emploi salarié. A ces travaux dissimulés stricto sensu, s'ajoute le délit de recours au travail dissimulé. Est concerné ici le cocontractant d'un prestataire ou d'un fournisseur qui se livrerait à une activité dissimulé ou emploierait des travailleurs dissimulés². Le droit malien a en commun avec le droit français certaines règles visant à respecter les conditions de déclaration du salarié, mais il existe tout de même un paradoxe dans la société malienne.

1. Le paradoxe du droit malien concernant : cas des employés de maison des pratiques décalées du droit de travail

477. Pour le travail dissimulé, il faut contrôler l'une des activités (celles qui sont visées par la loi), car il existe des activités exclues du champ de l'infraction. S'agissant des activités visées, en France, l'art L.8221-3 du Code du travail contient le dispositif applicable. Il s'agit des activités de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service et d'accomplissement d'actes de commerce exercés par toute personne physique ou morale. Sont notamment compris dans le champ d'application de l'art : les activités agricoles au sens de l'art 1144 du Code rural ; la pêche fluviale, maritime et les cultures marines les agents d'assurances et les agents commerciaux ; toutes les activités lucratives de prestations de services, qu'elles soient exercées par travailleurs

¹ A. CHARBIN, Le travail dissimulé : TPS, comm.n°14

² Manuel droit pénal du travail, A. COEURET et E. FORTIS, 4^e éd Dalloz, 369.

indépendants, des membres des professions libérales, des associations, des sociétés ou toutes autres personnes morales.

Quant aux activités exclues, il faut entendre par là : les travaux d'urgences dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents ou organiser des mesures de sauvetage (ancien L.324-9 al2 in fine du Code du travail), les activités bénévoles et d'entraide¹ ; les particuliers occupant des personnes à des travaux domestiques parce qu'ils n'exercent pas une des activités mentionnées à l'article L.324-10 du travail français. Néanmoins, même s'il ne constitue pas l'infraction du travail dissimulé par dissimulation d'activité, l'emploi non déclaré de personne domestique constitue d'autres infractions au Code du travail et du Code de la sécurité sociale (non remise de bulletin de paie, non versement de cotisation sociale...).

478. Au Mali, on retrouve cette problématique dans l'emploi des travailleurs domestiques. En effet, les travailleurs domestiques sont des personnes physiques qui travaillent dans les familles. Il est de coutume au Mali, on confie à des personnes toutes les tâches ménagères et domestiques de la maison. On les appelle les femmes de « ménage » pour les femmes employées et « des boys » pour les hommes employés. Ces personnes par le biais de l'exode rural en général viennent dans les villes pour travailler après chaque saison de pluie. Si on tient la définition du Code du travail, ces personnes communément appelées « bonnes » accomplissent des missions sous l'ordre soit du chef de famille soit un membre de la famille moyennant une rémunération qui est payée tous les mois.

Au regard de ces différents éléments, il s'agit d'un contrat de travail au sens de l'article L.13 du Code du travail du Mali qui définit le contrat de travail. Ainsi selon ce texte : « le contrat de travail est la convention en vertu de laquelle une

¹ Pour une relaxe en raison du caractère bénévole de l'activité(mission de maître d'œuvre) cour d'appel de Grenoble, 9 décembre 1998 Juris Data n°013031 ; D pénal 2002 n°59.

personne s'engage à mettre son activité professionnelle moyennant rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelé employeur »¹.

A travers cette définition on est bien en présence du contrat de travail, car ces personnes reçoivent des ordres de leur employeur qui leur donne en contre partie des rémunérations.

Concernant la forme du contrat, l'article L.19 du Code du travail énonce que tout contrat de travail qui ne répond pas aux définitions du CDD doit être considéré comme un contrat à durée indéterminée. Mais la réalité dans la pratique, les personnes employées à domicile ne semblent pas bénéficier la protection du Code du travail.

479. Plusieurs problèmes se posent quant on compare cette pratique malienne de 2012 à la réalité française d'aujourd'hui. C'est des heures d'équivalences correspondant à 260h par mois.

Au Mali, il n'y pas de limitation d'heure de travail. Ces personnes qui travaillent dans les maisons sont logées sur leur lieu du travail. Elles dorment et travaillent sur place. A cet effet, elles doivent intervenir à n'importe quel moment de la journée comme de la nuit. En l'état actuel du droit français on est dans l'hypothèse du travail dissimulé au sens de l'article L.8221-3 du Code du travail. Par conséquent, les questions sur le repos hebdomadaire, la limitation du temps de travail, le respect des normes en matière du salaire minimum ne sont pas respectés. On voit à ce niveau un autre cas du travail dissimulé. C'est une pratique tolérée par la société malienne mais qui est punie et sanctionnée par le Code du travail.

2. La dissimulation d'emploi salarié

480. En droit français, la dissimulation d'emploi est le fait de ne pas effectuer l'une des formalités prévues par les articles L.1221-10 et L.3243-2 du Code du

¹ idem

travail. Ces deux textes visent la remise d'un bulletin de paie et la déclaration préalable à l'embauche. Au Mali la règle figure à l'article 163 du Code de prévoyance sociale. Ce texte rend obligatoire l'immatriculation de tous les salariés à l'institut national de prévoyance sociale. Et l'article L.140 qui indique que « l'employeur est tenu de délivrer au travailleur, au moment du paiement, un bulletin individuel de paie... ». Il y a là une volonté malienne de réglementer le monde du travail.

Concernant la remise du bulletin de paie, confirmant la jurisprudence française, la loi de 1997 énonce que la mention sur le bulletin de paie du nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué, constitue une dissimulation de salarié si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord légalement conclus. Ainsi peut-on-t-il prévoir un bulletin de paie si le salarié travaille sans limitation du temps du travail. Sur cette question, au Mali pour la catégorie des salariés domestiques, il n'a aucune limite sur la durée prévisible du temps de travail. Alors que selon la législation sociale, la durée légale de travail correspond à l'équivalent de 260 h par mois pour les travailleurs domestique¹ et ne peut en principe excéder 40 heures par semaine dans les établissements industriels et commerciaux de quelques natures qu'ils soient, public ou privés, laïcs ou religieux, sociétés civiles, associations, syndicats, professions libérales (art 3 du Code du travail).

481. En l'occurrence, ces salariés maliens n'ont pas de bulletin de paie. Ils sont payés en espèce et de la main à la main et au temps voulu par l'employeur. L'absence du bulletin constitue un cas de dissimulation du travail sanctionné et puni par le droit français. Pour ce qui concerne le droit malien, le Code du travail édite une règle mais sans prévoir une sanction applicable. On pourrait

¹ L'article L.136 du cCode du travail malien prévoit : « une durée de présence supérieur à la durée légale du travail équivalente à celle-ci est admise pour les préposés à certains travaux, en raison soit de la nature de ceux-ci, soit de leur caractère ontermittent. Le salaire hebdomadaire dû pour les heures de présence ainsi admise est celui qui correspond à quarante heures de travail effectif.

voir dans l'absence de remise du bulletin de paye au salarié domestique, un déni de sanction pénale en la matière. Il faut savoir qu'au Mali, il existe une pratique de la société qui est tolérée. Cette pratique est due à la coutume qui consiste à « exclure » l'application du droit. C'est-à-dire que les affaires comme celle-là sont connues et déplorées par tous, mais, on s'abstient à porter le problème devant un juge. D'autres parlent du secteur de non droit.

Pour ce qui concerne, le cas relatif à la déclaration nominative d'embauche du salarié la jurisprudence malienne semble oublier le Code malien du travail. En effet, dans une affaire jugée par le tribunal du travail du 20 mai 2002 ne juge pas la requête d'un salarié¹. En espèce suite à son licenciement par son employeur, la Société de fabrication de bougie de Bamako pour abandon de poste le sieur Wary Coulibaly saisi le tribunal de Bamako, pour non seulement se prononcer le caractère abusif du licenciement mais aussi le non-respect de son affiliation à l'I.N.P.S et le non-respect de son droit aux congés payés.

482. D'abord sur son affiliation à l'I.N.P.S (équivalent l'U.R.S.S.A.F en France), on sait qu'en France il est obligatoire de déclarer toute embauche de salarié à l'U.R.S.S.A.F. Au Mali aussi il y a une obligation d'immatriculer des travailleurs à l'I.N.P.S. conformément à l'art L163 du Code de prévoyance sociale. Cela a pour conséquence l'affiliation au régime général de sécurité sociale. Cette déclaration est aussi une obligation au Mali dont l'employeur ne saurait se soustraire². Et le juge veille au respect de cette obligation d'affiliation à l'I.N.P.S³.

483. Contrairement à la décision 26 avril 2005⁴, il ne répond pas à la requête de Monsieur Coulibaly s'estimait priver de son droit à la couverture sociale. Au motif. Dans les faits, il indiqué que Mr COULIBALY a travaillé sans être affilié.

¹ Cour d'appel de Bamako Tribunal du travail de Bamako N°124 RG, N° 232JGT

² Tribunal du Travail de Bamako, décision n°248RG, n°120JGT, affaire Madani DIAWARA contre F.G.T. 26 avril 2005.

³ Jugement n°1248 RG ; n°120JGT du 26 avril 2005 du tribunal du travail de Bamako Mali

⁴ Décision précitée

Mais dans la décision, le Tribunal se tait sur la sanction relative au manquement de cette obligation. Est-ce que, c'est parce que dans l'arrêt en espèce il n'a aucune référence pour appuyer la prétention du salarié. Ou l'absence de preuve sur cette question explique-il le silence du Tribunal. Cela n'est pas soutenable dans la mesure par la suite le même Tribunal affirme qu'en cas de contestation l'employeur doit apporter la preuve de l'existence d'un motif de licenciement. Il devrait dans ce sens faire profiter au salarié le bénéfice du doute de son affiliation.

Donc il n'est dommageable que le Tribunal saisi ne se prononce pas sur cette demande.

484. Dans l'hypothèse d'un différend comme celui-ci; la question de l'affiliation d'un salarié au régime général se résout par la seule preuve de l'existence d'un contrat de travail. Dans cette affaire, il apparaît que le Monsieur WALI a bien un contrat avec la société de Bougie sinon, le juge ne saurait se prononcer sur le caractère abusif du licenciement. Le contrat de travail vient en amont du licenciement. Il ne peut y avoir licenciement sans contrat de travail. A partir du moment où il y a un contrat de travail, la question d'affiliation ou de non affiliation ne peut être esquivée. En France le défaut de déclaration est sanctionné pénalement par les règles relatives travail dissimulé.

485. Au niveau de la sanction, les employeurs qui ne versent pas le montant de la contribution ouvrière sur les salaires sont passibles des Tribunaux correctionnels pour retenue du précompte (art .229 du Code de prévoyance sociale au Mali). A cet effet, avant toute constatation des infractions la procédure de la mise en demeure est obligatoirement appliquée (ART. 230 (Ord. no41/CMLN du 15 juillet 1975). Cette mise en demeure doit être faite par écrit, soit sur le registre d'employeur, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle est datée et signée, elle précise les sommes dues et elle fixe un délai de quinze jours dans lequel celles-ci devront être payées. L'affaire est

portée au contentieux lorsque la date n'a pas été réglée ni contestée dans les quinze jours.

L'Institut peut saisir le président du Tribunal du travail qui rendra sous huitaine une ordonnance exécutoire nonobstant toute voie de recours.

Aussi, les officiers de police judiciaire, dans certains domaines comme le travail dissimulé et l'emploi d'étrangers sans titres, ont même reçu des pouvoirs spéciaux. C'est ainsi que l'en vertu de l'article L.8271-13 al.1^{er} du Code du travail français, ces fonctionnaires peuvent, sur ordonnance du président du T.G.I dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, ou d'un juge délégué par lui, rendue sur réquisition du Procureur de la République, procéder à des visites domiciliaires, à des perquisitions et saisie de pièces à conviction dans les lieux de travail mentionnés aux articles L.4111-1 du Code du travail¹.

En outre, le salarié qui ne bénéficie des prestations sociales à cause de son non affiliation peut demander réparation² : « qu'incontestablement le comportement de l'employeur a causé d'énormes préjudices au salarié... que toute personne qui cause à autrui un dommage est tenu de le réparer (cf. 1382 du Code civil et 124 du régime des obligation au Mali. ».

B- les infractions en matière de procédure de licenciement pour motif économique

486. Les sanctions pénales applicables du non-respect de la procédure du licenciement pour motif économique.

L'employeur qui entend procéder à tel licenciement doit tenir informé le directeur départemental du travail et de l'emploi. Le droit malien affiche la même procédure d'information de l'Inspecteur du travail³.

¹ La recherche de l'infraction peut donc avoir lieu au domicile d'un particulier dès lors qu'il s'agit d'un lieu de travail : Cass.crim, 28 nov 2006. ; Bull. crim, crim, n°295, Rev.sc, crim., 2007.317, note A, Cerf-HOLLANDER

² Décision du 26 avril 2005 précitée

³ Idem .

Lorsqu'il s'agit d'un licenciement individuel ou d'un licenciement collectif de moins de dix salariés, l'information est à priori adressée au Directeur départemental du travail et de l'emploi dans les huit jours suivant l'envoi des lettres de licenciements au salarié concernés (art. 1233-3 du Code du travail). Cette information permet à l'administration d'établir les statistiques des licenciements pour motif économique.

487. Elle permet aussi de savoir s'il y a lieu d'appliquer la procédure des licenciements d'au moins dix salariés dans une même période de 30 jours (y compris dans les cas particuliers visé par le dernier alinéa de l'article. A ce niveau une différence apparaît entre le droit malien et le droit français. Cette différence est liée au fait que le droit malien ne définit pas de la même manière que le droit français le licenciement pour motif économique. Le droit malien assume son autonomie vis-à-vis du droit français. En droit malien la procédure d'information des représentants du personnel n'est pas déclenchée par rapport au nombre de salarié licencié sur une période de trente jours. Il définit le licenciement économique comme : « tout licenciement individuel ou collectif effectué par un employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutive à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques » (46 du Code du travail malien et L.1233-3 du Code du travail français).

488. Ainsi, certes la difficulté économique et la mutation technologique constituent pour le droit malien et le droit français un motif du licenciement économique mais le critère sur le nombre de salarié licencié dans le temps ne figure pas dans le droit malien pour application de la sanction relative à la consultation du représentant du personnel. D'où le décalage entre les deux droits.

L'objet d'informer l'administration enfin de déterminer l'applicabilité de la procédure de licenciement d'au moins dix salariés est écarté en droit malien. Mais, il faut retenir que grâce à l'« omniprésence » de l'Inspecteur du travail malien dans les procédures de conclusion, d'exécution, et rupture du contrat de travail, aucun salarié ne être congédié sans l'information de ce dernier¹.

S'agissant de la sanction pénale, l'employeur français qui contrevient à cette obligation sera puni d'une peine d'amende de 5^e classe prévue par l'ancien R362-1². Mais ce texte n'est pas repris dans le Code renouvelé. Pourtant la procédure de l'information de l'autorité administrative est maintenue L.1233-31 déjà cité. Lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de 30 jours, plusieurs informations doivent être adressées n cours de procédure au Directeur départemental du travail. L'employeur doit tout d'abord lui adresser l'ensemble des informations qu'il permet aux représentants du personnel au moment même où il les expédie à ceux-ci (L.1233-31 du Code du travail français) ;il doit ensuite lui faire parvenir les procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise ou des délégués du personnel ; enfin et surtout, il doit lui « notifier » le projet de licenciement³. Cette information revêt d'une importance particulière parce qu'elle fait courir le délai à l'expiration duquel l'employeur peut adresser aux intéressés les lettres de licenciement.

489. Elle ne peut pas être faite avant le lendemain du jour où s'est tenue la première réunion des représentants du personnel (art L.1233-46). Son inobservation entraîne des sanctions pénales. Cette sanctions est prévues par L.1238-2 du Code du travail qui stipule que le fait de ne pas respecter le délai d'envoi des lettres de licenciement prévu à l'art L.1233-30 ; L.12233-3 ;1233-35 est puni d'une amende 3750euros prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction.

¹ Idem

² Précis Dalloz 16^e de Gérard Lyon-Caen Jean Pélissier p. 296

³ les modalités de cette information sont précisées par R1233-9

C - Cas du travail des enfants

490. Dans toutes les sociétés, les enfants ont toujours participé dans une plus ou moins large mesure aux activités économiques. Ce n'est qu'assez récemment qu'on est venu à considérer le travail des enfants comme un problème social. Le souci de protection des enfants est à l'origine même du droit du travail¹. Lorsque l'enfant pauvre est dépourvu de moyens pour subvenir à ses besoins ou encore lorsqu'il est l'ainé d'une famille qu'il estime être à sa charge, il est acculé à exercer des petites activités génératrices de revenus qui l'exposent aux formes d'abus interdites par la convention n°182 de l'O.I.T². La plus part des villes du tiers monde dont le Mali témoigne de cette réalité. Incontestablement l'interdiction du travail des enfants de moins de 15 ans contribue au déplacement d'une partie de la main d'œuvre infantile des activités relevant de la relation travail vers celles qui échappent en totalité, en partie. C'est d'ailleurs dans l'agriculture, le travail familial qu'on rencontre souvent le plus d'enfant et les conditions les plus pénible de travail.

1. Des sanctions textuelles existantes mais sans effets juridiques sur le travail des enfants une pratique malienne :

491. Le Mali et la France font partie des pays qui ont ratifié de nombreuses conventions ayant pour objectifs la protection des enfants contre diverses formes d'exploitations. Ainsi en est-il de la Convention sur l'interdiction des pires formes de travail des enfants du 17 juin 1999 dite la C182 de l'OIT (ratifiée par le Mali en 2001). Ainsi que du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfant, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25 mai 2000 (ratifié par le Mali en 2002).

Le Protocole additionnel à la Convention des Nations - Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite

¹ Loi du 22 mars 1841 Bulletin des Lois, 1841, numéro 795, loi n° 9203.

² On rappelle que le Mali a ratifié cette Convention n°182 en 2001.

des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 14 décembre 2000 (ratifié par le Mali, le 15 décembre 2000). Il est interdit d'employer les femmes, les femmes enceintes et les enfants à des travaux excédant leurs forces, présentant des causes de danger ou qui, par leur nature et par les conditions dans lesquelles ils sont effectués, sont susceptibles de blesser leur moralité (Article L.185 Code du travail du Mali).

492. Ainsi tout comme en France, au Mali le travail des enfants est interdit en raison de l'incapacité de jouissance, sauf l'apprentissage, le stage de formation alternée, les travaux légers durant les vacances, l'atelier de famille. Alors qu'en pratique dans la vie courante les enfants font l'objet d'exploitations abusives. En effet, dans plusieurs domaines comme la mécanique, ou la menuiserie, on trouve de nombreux enfants. La plus part de ces enfants travaillent soit avec leur père, soit avec un frère, soit avec un cousin, bref avec un membre de la famille « lointaine ». Dans certains milieux, on préfère faire travailler les enfants que de les envoyer à l'école. Cela génère pour les familles la satisfaction des besoins alimentaires. Alors qu'en France il y a l'obligation scolaire jusqu'à 16ans. Le système malien n'est pas praticable en France. Un enfant jusqu'à 16 ans est soumis à cette obligation.

493. Ce travail des enfants a de véritables répercussions sur l'alphabétisation des enfants. 45 % des garçons et 36 % des filles ont été inscrit en primaires (Taux de fréquentation dans le primaire en %) 1992-2000¹. Ce qui constitue un grand fléau pour le développement social du Pays.

Les résultats des enquêtes nationales sur le travail des enfants au Mali, rendus à l'issue du conseil de ministre du 11 avril 2002 ont révélé qu'environ 2 enfants sur 3 âgés de 5 à 17 ans ont déclaré avoir travaillé gratuitement ou contre une

¹ UNICEF - Situation des enfants en Afrique et dans le monde en 2002
Tableau 4 : Education

rémunération. Selon une autre étude réalisée de septembre à octobre en 2005, le phénomène de travail des enfants est marqué 71% en milieu rural.

Chez les enfants de 5 à 14 ans, 93% des enfants économiquement actifs exercent un travail susceptible de porter atteinte à leur santé physique ou moral. Selon cette enquête 40% des enfants sont engagés dans des pires formes de travail susceptibles de nuire gravement à leur santé, sécurité et morales.

Il a été en outre souligné que la plus part des enfants âgés de 9 à 10 ans travaillent en tant qu'aides familiaux et ne perçoivent à titre que des sommes maudites et souvent aucune rémunération n'est dû.

2. Des suggestions pour sortir les enfants de ce fléau les moyens efficaces et les perspectives pour palier ce fléau

494. Les données relatives au phénomène auquel on est resté longtemps indifférent : en Afrique francophone, 23 millions d'enfants sont actifs, surtout dans l'informel ; dans les régions rurales, ils travaillent dans les plantations, par exemple, jusqu'à neuf heures et plus par jour, six ou sept jours par semaine. Les causes invoquées : la pauvreté, l'absence d'écoles, leur dextérité pour certains travaux dans les entreprises... Dans ce dernier cas en particulier, c'est, en réalité, leur docilité, leur non-absentéisme au travail qui explique leur emploi massif.

Le travail des enfants se trouve aussi, aujourd'hui, à la croisée des chemins, comme en Europe de l'Est où son augmentation est liée au passage à l'économie de marché et à l'accentuation de la compétitivité. En Afrique, le développement de l'informel et de la sous-traitance ainsi que la compression des effectifs dans la fonction publique ont vraisemblablement un impact sur le travail des enfants. L'action normative de l'O.I.T consiste à abolir l'exclusion en créant un cadre juridique dans lequel, par exemple, l'âge de la mise au travail est harmonisé avec l'âge scolaire (convention no 138 sur l'âge minimum, 1973), et les formes les plus intolérables du travail des enfants sont interdites.

495. En Afrique, on pourrait réglementer les formes traditionnelles de l'apprentissage, de la remise des enfants aux mères, etc. ; le problème de la sous-information des femmes en matière de connaissance de leurs droits ; la problématique des horaires individualisés pour ce qui est de la durée du travail des hommes et des femmes ; la nécessité de spécifier, concernant le travail des enfants, la nature du travail en question (s'agit-il d'un travail salarié ou bien lié à l'éducation selon la tradition ?) ; la nécessité de créer les conditions sociales et économiques de l'abolition du travail des enfants ; la possibilité d'une résolution sereine du problème par l'exploitation des richesses culturelles africaines en matière de socialisation ; le lien entre le problème du travail des enfants et le problème de l'instruction des femmes.

496. On peut noter des actions communes sont organisées entre certains Etats africains enfin de combattre ce flot. Des propositions allant dans ce sens ont été faites par M. Paul Bekale, représentant gouvernemental du Gabon lors du forum africain pour la protection des femmes et leurs enfant a, quant à lui, relevé les similarités des Codes gabonais et malien, notamment en ce qui concerne la durée du travail, et commenté certains aspects particuliers des dispositions du Code gabonais comme la possibilité (objet de controverse), en cas de maternité, d'une suspension provisoire du contrat, si le poste de travail dans l'entreprise est incompatible avec l'état de la mère ou celui du bébé.

Les débats sur ces deux exposés ont révélé des centres d'intérêt, parmi lesquels : la distorsion des textes réglementaires et des réalités dans les entreprises en matière d'hygiène, de santé et de sécurité ; le rôle des caisses nationales de prévoyance sociale ; la problématique de la protection des droits spécifiques des femmes au travail.

497. Le gouvernement du Mali qui a ratifié de nombreuses conventions internationales protégeant les enfants, a décidé, à la lumière des résultats de cette enquête intensifier la sensibilisation des populations sur la question de renforcer

la prévention et la répression au regard du Code travail et d'intégrer la lutte contre le travail dans le cadre stratégique de la lutte contre la pauvreté.

Le gouvernement malien et le Bureau International du Travail (BIT) ont décidé de mettre en place un programme quadriennal qui devrait permettre de soustraire 9 000 mineurs maliens des pires formes de travail des enfants (PFTE), en 2008. Cette volonté du gouvernement malien est inscrite au cœur du projet d'appui au Programme de lutte contre les pires formes de travail des enfants du Mali.

498. Destiné à consolider les acquis du Programme pour l'élimination du travail des enfants (IPEC/BIT), ce projet devra permettre un changement réel au niveau national, grâce à l'appropriation à long terme, par les populations, de la lutte contre le travail des enfants et l'élimination de ses pires formes. Il vise à appuyer le Mali dans la consolidation des politiques, programmes et actions développés par les acteurs nationaux et internationaux pour prévenir et éliminer, sur une période déterminée, les pires formes du travail des enfants. A terme, le projet va doter le Mali et les organisations partenaires concernées, de mécanismes nécessaires pour affecter des ressources humaines et financières suffisantes à la conception, la mise en œuvre et le suivi d'initiatives traitant les pires formes de travail des enfants. Il s'attellera également à améliorer les possibilités d'éducation et de formation professionnelle des enfants travailleurs ou des enfants à risque d'être exploités dans les pires formes de travail, de même qu'il aidera à développer les interventions types par la soustraction, la prévention et la réhabilitation des enfants engagés dans les pires formes de travail. Financé par le département américain du travail, le projet couvrira essentiellement, les régions de Kayes (Ouest), Sikasso (Sud), Ségou (Centre), Mopti (Nord) et le district de Bamako.

499. Des perspectives d'applications de sanction pour palier ce fléau :

Sera exploré le rôle que peut avoir le ministère public dans la société. Il s'agit de définir plusieurs actions qui auront pour objectif de pénaliser les formes du travail des enfants. Comme par exemple :

- d'intensifier la sensibilisation des populations sur la question
- d'intégrer la lutte contre le travail des enfants dans le cadre stratégique de lutte contre la pauvreté.
- de renforcer la prévention et la répression des infractions au regard du Code du travail¹.
- la possible saisine du juge par le ministère public pour défendre la santé publique :

Comme on l'a indiqué illustré précédemment, les enquêtes ont montrés que 94% des enfants sont exposés à des risques d'atteinte à la santé. De quoi on peut penser qu'il y a un problème de santé d'où la nécessité de l'intervention du ministère public pour défendre cette cause. En France chaque fois qu'il y a une menace de santé publique, le ministère public peut intervenir. En effet il a été relevé lors du conseil de ministre du gouvernement du Mali du 11 avril 2007 que chez les enfants de 5 à 14 ans, 93% des enfants économiquement actifs exercent un travail dommageable c'est-à-dire un travail susceptible de porter atteinte à leur santé physique ou moral.

Comme en France, l'Inspecteur du travail, par application de L8112-1 du Code travail le droit du travail français, a la faculté d'entrer dans l'entreprise à tout moment. Ils peuvent constater les infractions aux dispositions de la législation et de la réglementation du travail (Article L.295 Code du travail du Mali).

Ces textes les habilitent à saisir directement les autorités judiciaires compétentes. A cet effet, Un exemplaire du procès-verbal est déposé au parquet,

¹ Communiqué du conseil des ministres du Mali du 11 avril 2007 paru au journal l'Essor du Mali en date du 12 avril 2007.

un second envoyé au directeur national du travail, un troisième transmis à la partie intéressée ou à son représentant, un quatrième classé aux archives.

Ce qui va leur permettre de relever les domaines du travail sensé nuire à la santé des enfants dans l'entreprise. D'autant plus que les autorités maliennes connaissent l'existence de ce problème du travail des enfants. Ce qui donnera lieu à des sanctions diverses :

- des amendes
- de la réparation du préjudice moral pour les parents victimes du fait de la non scolarisation de leurs enfants, à condition ces derniers ne soient pas responsables de l'emploi des enfants.

500. En somme au Mali les normes du travail semblent aboutir, non pas à éradiquer le travail des enfants mais à la rendre moins visible, là où la pauvreté sévit. L'inefficience de la protection des enfants contre l'exploitation économique s'exprime sur le terrain aussi par le pluralisme juridique et par l'ineffectivité normative. Dans les grandes entreprises industrielles et commerciales ainsi que dans les PME rentables ou branchées sur les marchés internationaux, l'interdiction du travail des enfants tend à s'observer même sans appui de la loi, en raison des exigences de l'organisation technique du travail, des qualifications requises et de la productivité attendue. Son respect est moindre dans les PME qui doivent leur survie aux faibles coûts de main d'œuvre, notamment dans le contexte de pauvreté à grande échelle et d'une scolarisation insuffisante. Il n'est pas rare alors que les parents dépourvus de ressources et sans perspectives de formation ni d'emploi pour leurs enfants se retrouvent contraints de les mettre au travail dans l'espoir de leur procurer une formation sur le tas et d'améliorer du coup les maigres revenus du ménage.

501. Alors même que toutes les sociétés désapprouvent le travail des enfants, les nécessités de la vie condamnent les populations les plus vulnérables à accepter certaines formes. Entre les lieux du travail protégé dont ils sont exclus et le

travail indépendant dans la rue, source de tous les risques, le cercle familial et celui des rapports personnels dans les foyers et les micros entreprises destinent le mieux à accueillir cette misère sociale. L'ampleur du phénomène favorise son extension en dehors des marges.

La normalisation du travail des enfants trouve ainsi ses limites en droit et de fait dans la pauvreté. Sa promotion ne peut être très efficace que si elle est soutenue par l'amélioration des conditions de vie des familles pauvres ; elle est pour ainsi dire étroitement liée à l'état du monde tant d'écart entre les vœux de l'humanité.

Paragraphe II Les infractions pénales aux conditions du travail

502. Les conditions de travail constituent l'un des plus anciens thèmes abordés par le législateur social mais aussi à certain égard, l'un des plus novateurs (lutte contre les discriminations et le harcèlement). S'agissant de la protection de l'intégralité physique et de la vie du travailleur, depuis la seconde moitié du XIX siècle, des mesures à caractère interventionniste se sont multipliées pour constituer une réglementation abondante dans ce domaine qui prend place actuellement dans la 4^e partie du Code du travail français ainsi que dans de nombreux textes non codifiés auxquels il est fait référence. Cette mesure de protection figure au titre IV du Code du travail au Mali¹.

¹ Article L.170: Sont soumis aux dispositions du présent chapitre et des décrets et arrêtés pris pour son application, les établissements de toute nature où sont employés des travailleurs au sens de l'article L.I.

Article L.171: Des décrets déterminent notamment:

- 1) les mesures générales et spécifiques de protection, de prévention et de salubrité applicables à tous les établissements et emplois mentionnés à l'article précédent;
- 2) les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement des organismes ayant pour mission d'aider à l'observation des prescriptions d'hygiène et de sécurité, et de contribuer à l'amélioration des conditions de travail et à la protection de la santé des travailleurs;
- 3) les mesures relatives à l'exposition, à la vente ou à la cession, à quelque titre que ce soit, des machines, appareils et installations divers présentant des dangers pour les travailleurs;
- 4) les mesures relatives à la distribution et à l'emploi de substances ou de préparations à usage industriel, présentant des dangers pour les travailleurs.

Un décret peut fixer les prescriptions particulières à certaines professions ou à certains types de matériels, de substances, d'agents, de procédés de travail ou d'installations, ou à certaines catégories de travailleurs. Article L.172: L'employeur est responsable de l'application des mesures prescrites par les dispositions du présent chapitre et par les textes pris pour leur application.

A-L'hygiène et Sécurité

503. En vue de protéger les travailleurs français et malien contre les dangers du travail et l'insalubrité du métier, un ensemble de prescriptions ont peu à peu apparues, pour les enfants, puis pour les travailleurs en général. Des organismes ont été institués dans le même but. La jurisprudence a dégagé une obligation de sécurité, généralement, à la charge de l'employeur, dont elle a tiré des conséquences, en particulier quant à la responsabilité des chefs d'entreprise, qui a pour fondement un droit fondamental du travailleur à la sécurité (intégrité physique)¹.

Les mesures d'hygiène et de sécurité sont à la fois sociales (protection contre les conditions pénibles ou dangereuses de travail) et économique (éviter perturbations résultant des accidents, amélioration du rendement). La conscience d'une grave inégalité dans l'insécurité physique (industrie surtout) est forte².

La responsabilité de l'employeur à l'égard de la santé et de la sécurité des salariés relève de deux mécanismes distincts : la responsabilité pénale, d'une part, et la responsabilité civile d'autre part.

504. D'abord, la responsabilité pénale en matière de sécurité au travail, les principales infractions sont définies par le Code du travail et les textes pris pour son application (L41216-1). Des actions de préventions des risques professionnels doivent être engagées en application d'un certain nombre de

Article L.173: L'Inspecteur du travail contrôle le respect par l'employeur des dispositions en matière d'hygiène et de sécurité.

Article L.174: Avant la constatation des infractions aux dispositions du présent chapitre par procès-verbal, la procédure de la mise en demeure est obligatoirement appliquée.

Cette mise en demeure doit être faite par écrit soit sur le 3ème fascicule du registre d'employeur, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle est datée et signée, elle précise les infractions relevées ou les dangers constatés et fixe les délais d'exécution à l'expiration desquels ils devront avoir disparu.

Les délais minimum d'exécution de la mise en demeure, les possibilités de recours et l'autorité qui a qualité pour statuer sont fixés pour chaque branche d'activité par un arrêté du Ministre chargé du travail.

Article L.175: Lorsqu'il existe des conditions de travail dangereuses pour la santé ou la sécurité des travailleurs non visés par les textes prévus à l'article L.171, l'employeur est mis en demeure par l'Inspecteur du travail d'y remédier par les formes et conditions prévues à l'article précédent

¹ Mémentos Dalloz, droit du travail volume 4, rapport individuels, J-M. VERDIER, A. CPOEURET, M-A. SOURAIAC, 15^e éd., p201.

² Mémentos Dalloz précité, page idem,

principes généraux définis par le Code du travail (L.4121-2). Il lui est demandé d'évaluer les dangers que génère l'activité de l'entreprise ainsi que les capacités des salariés à mettre en œuvre les précautions qu'ils requièrent (L.4121-3). La représentation du personnel est consultée à ce sujet (L.41431). Corrélativement le dirigeant est tenu par l'obligation de formation au bénéfice des nouveaux embauchés (C. trav. L.4141-2). Une attention particulière doit être accordée aux personnes qui changent de poste de travail ou de technique, ainsi qu'aux travailleurs précaires. C'est encore sur ce fondement que l'employeur prend en compte, à la demande du médecin du travail, la situation de ceux qui reprennent leur activité après arrêt du travail (C. travail. L.4141-2)¹, ou par le Code pénal pour ce qui concerne les infractions d'atteintes involontaires aux personnes.

505. Parmi les infractions définies par le Code pénal il y a : les infractions d'atteintes involontaires aux personnes : délits d'homicide involontaire ; délits de blessures involontaires ; contraventions de blessures involontaires. La qualification de l'infraction, délit ou contravention, dépend de la gravité des faits à l'origine des dommages corporels, mais également des conséquences de ces faits. Depuis 1994, le Code pénal en France réprime plus sévèrement les atteintes à la santé et à la sécurité des personnes. Les peines prévues sont ainsi aggravées si les dommages trouvent leur origine dans un manquement délibéré aux règles de sécurité.

En outre, un nouveau délit a été créé par le Code pénal. Le délit de mise en danger d'autrui. Ce délit réprime toute « violation manifestement délibérée qui expose autrui à un risque de mort ou de blessures pouvant entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. »

506. Se trouve ainsi réprimée la création d'une situation dangereuse même en l'absence de tout dommage corporel. En matière de santé et sécurité, la responsabilité du chef d'entreprise qui a concouru aux dommages pourra être

¹Manuels Le Nouveau droit du travail (édition actualisée avec les réformes votées et les chantiers sociaux 2008/2009, Gualino, p 201

recherchée, de même que la responsabilité de l'entreprise (article 222-19 du Code pénal).

Ainsi, « Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

507. Quant aux infractions définies par le Code du travail : ces infractions visent des faits précis ou des manquements à des obligations précisément définies. Ces infractions peuvent être le fait du non-respect d'une règle, il n'est pas toujours nécessaire qu'elles aient occasionné des dommages, par exemple des atteintes corporelles. Exemple de manquement à une obligation édictée par le Code du travail : absence de formation à la sécurité que l'employeur doit dispenser à tout salarié.

Au Mali, il existe un principe de protection de la santé, sécurité au travail. C'est à cet effet, qu'il est créé un comité d'hygiène et de sécurité dans tous les établissements appartenant à l'une des catégories suivantes:

- établissements industriels occupant d'une façon habituelle 50 salariés au moins,
- établissements autres qu'industriels et, quelle que soit leur nature, occupant d'une façon habituelle 100 travailleurs au moins.

Toutefois, l'Inspecteur du travail peut imposer la création d'un comité d'hygiène et de sécurité dans les établissements ne comptant pas les effectifs requis, mais qui effectuent des travaux présentant une insécurité particulière du point de vue des accidents du travail ou des maladies professionnelles.

508. A défaut de mise en place de cet organe l'Inspecteur peut mettre en demeure le chef d'entreprise. Dans ce cas, le délai d'exécution de la mise en demeure est fixé à un mois (article L.280).

En plus de ce comité l'article L.278 du Code du travail confié au délégué du personnel dans le cadre de ses missions de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet.

509. Plusieurs personnes, physiques ou morales peuvent être poursuivies en même temps en France comme au Mali. Au Mali, les chefs d'établissement doivent prendre les mesures nécessaires pour que tout commencement d'incendie puisse être rapidement et effectivement combattu (l'article D.170 -25 du décret d'application du Code du travail). Par conséquent, il sera tenu, sous sa responsabilité, de faire examiner journallement l'état des dispositifs de sécurité et le bon fonctionnement des appareils élévateurs (l'article D.170 – 33 du même Code). Par hypothèse, l'employeur pourrait être responsable pour non installation ou défaillance de l'installation des extincteurs dans les locaux pour lutter contre les incendies. Et aussi dans cette hypothèse sur le fondement l'article 165 du Code pénal malien il peut être puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende pour homicide involontaire¹.

Aussi dans cette hypothèse, le chef d'entreprise peut être puni sur le fondement de l'article. 219 (Ord. n39 CMLN du 14 juillet 1975). Il résulte de ce texte que sans préjudice des dommages et intérêts, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 50.000 à 1.000.000 de francs celui qui, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, provoquera un incendie sur les propriétés mobilières ou immobilières d'autrui. La peine d'emprisonnement ci-dessus pourra être portée à

¹ A cet effet Au Mali, le code pénal ART. 165 L'homicide involontaire commis ou causé par maladresse, négligence, inattention, ou inobservation des règlements, sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 50.000 à 500.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

cinq années et l'amende au double lorsque le délit spécifié aura été commis dans une entreprise, une usine, une fabrique, un magasin de vente ou de stockage, et généralement en tous lieux où les biens publics ou privés sont susceptibles d'être conservés, et lorsqu'il en sera résulté un préjudice matériel supérieur à 1.000.000 de francs. En faisant allusion à l'entreprise, il faut remarquer que ce texte, est l'un des rares dispositifs du Code pénal qui visent expressément l'entreprise.

510. Quiconque aura, par imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements en dehors des zones protégées par la législation forestière, involontairement causé un incendie ou un feu de brousse en violation des textes élaborés à cet effet sera sans préjudice des dommages et intérêts puni d'un emprisonnement de 1 mois à 2 ans et d'une amende de 20.000 à 300.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement.

En France, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait de l'obligation de sécurité la justification de ses solutions à l'égard de l'employeur. Il est rappelé de manière constante qu' « il lui appartient de veiller personnellement et à tout moment à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le Code du travail ou les règlements pour leur application en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs »¹. Pour François DUQUSNE, cette jurisprudence est empreinte d'un grand réalisme car elle poursuit l'objectif de la suppression du danger anormal. L'obligation a d'ailleurs une portée générale puisqu'elle conduit en toutes circonstances le dirigeant à veiller personnellement à la bonne application de la réglementation et à prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la sécurité et de protéger la santé et la sécurité des travailleurs notamment par la prise en compte des prescriptions du médecin du travail².

¹ Cass. crim, 29 oct 1968, Bull. crim n°274; Cass. crim, 23 janv 1975, bull. crim, n°30; Cass. crim, 19 nov 1996, Bull. crim, n°313

² Cass. soc. 17 oct. 2007, n°06-41.444 ; Cass. soc 19 déc. 2007, n°06-43913 (recommandations de L241-10-1)

511. L'employeur peut cependant déléguer ses pouvoirs à une autre personne de l'entreprise, mais en transférant son pouvoir, il transfère également sa responsabilité pénale. Le délégataire devra donc s'assurer de la bonne application du Code du travail, sinon il devra répondre des manquements¹.

B- Le droit d'expression des salariés²

512. Déterminé par la manifestation d'un besoin général de dialogue et par l'idée que le salarié est bien placé pour analyser les différents aspects de son travail et proposer des améliorations³. Le droit d'expression concerne l'ensemble des entreprises et organisation, quels que soient leurs activité, leur forme hormis les établissements publics à caractère administratif (sauf s'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé).

Le droit d'expression a pour objet (élargie par la du 3 janvier 1986) : les conditions d'exercice et l'organisation du travail des salariés ; la définition et la mise en œuvre d'actions destinées à améliorer les conditions du travail,

¹ Les sanctions prévues par le Code du travail, peut être en outre la responsabilité civile. Ce mécanisme de réparation permet l'indemnisation de la victime d'un dommage. En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles, c'est un régime spécifique, dérogatoire du droit commun, qui préside à l'indemnisation des victimes. Ce régime créé en 1898, pose le principe d'une responsabilité pour risque, et non pour faute, assorti toutefois d'une possibilité d'indemnisation complémentaire en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Indemnisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle Tout salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle bénéficie automatiquement d'une indemnisation forfaitaire qui lui est directement versée par sa caisse primaire d'assurance maladie (cotisations AT/MP acquittées par l'employeur). Cette indemnisation est versée sans qu'une faute ne soit recherchée, qu'elle soit imputable à l'employeur ou au salarié et responsable du dommage.

Indemnisation complémentaire en cas de faute inexcusable de l'employeur Le Code de la sécurité sociale prévoit une possibilité d'indemnisation complémentaire du salarié, dans le cas où il existe une faute inexcusable de l'employeur. La faute inexcusable est caractérisée par les critères retenus par la chambre sociale de la Cour de cassation à l'occasion d'une série d'arrêts rendus le 28 février 2002. Constitue une faute : tout manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat à laquelle il est tenu envers le salarié, en vertu du contrat de travail qui les unit.

Au sens de l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale : ce manquement a le caractère d'une faute inexcusable « lorsque l'employeur avait ou aurait du avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ». La faute inexcusable ne s'assimile pas à la faute pénale. Ainsi un employeur peut être relaxé par les juridictions pénales en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Cela n'empêchera pas les tribunaux du contentieux de la Sécurité sociale de rechercher les éléments constitutifs d'une faute inexcusable. En cas de faute inexcusable de l'employeur, dans le cas d'accident du travail, la victime pourra obtenir une majoration de sa rente d'Incapacité permanente partielle (IPP) et une réparation complémentaire du préjudice subi. La preuve de la faute inexcusable échoit à la victime ou ses ayant droits. La caisse primaire d'assurance maladie récupère auprès de l'employeur la majoration de la rente d'IPP. La Sécurité sociale a édité une charte concernant la gestion des dossiers de la faute inexcusable de l'employeur pour les AT et MP.

² L2281-1 à L2283-2 du Code du travail en France

³ Idem, Mémentos droit du travail 15^e éd,

l'organisation de l'activité et la qualité de la protection dans l'unité de travail et dans l'entreprise. Il couvre donc les normes d'activité, les horaires, la sécurité, l'environnement, les méthodes, l'organisation du travail, la réparation des tâches, les responsabilités, la réduction des nuisances et la prévention des accidents, l'amélioration des méthodes et des moyens de production, des aménagements d'horaires, l'enrichissement des tâches, la conception de l'équipement¹.

Par son objet, le droit d'expression existe-il- au Mali ?

513. Le Code du travail en donnant aux salariés maliens la possibilité de faire des réclamations au chef d'entreprise les besoins liés aux conditions du travail laisse des éléments de réponse. En effet, selon Article L.279: « nonobstant les dispositions ci-dessus, les travailleurs ont la faculté de présenter eux-mêmes leurs réclamations et suggestions à l'employeur »².

En ce sens que chaque salarié doit pouvoir s'exprimer par une démarche personnelle, sans passer par la voie hiérarchique ni par un représentant du personnel ; l'expression est individualisée. Par conséquent ce dispositif du Code du travail paraît donner un droit d'expression au salarié malien. Ce droit bénéficie à tout salarié quelle que soit sa situation, sa place dans la hiérarchie et la nature de son travail.

514. En France la mise en place du droit d'expression est confiée à la négociation ou à la concertation ou à défaut à la décision du chef d'entreprise ou d'établissement, après consultations des instances représentatives du personnel

¹ Idem, Mémentos droit du travail, 1 5 e éd.

² L.279 renvoie à **Article L.278**: Les délégués du personnel ont pour mission:

- - de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs, l'application des conventions collectives, des classifications professionnelles et des taux de salaires réglementaires ou conventionnels;
- - de saisir l'Inspecteur du travail de toutes plaintes ou réclamations concernant l'application des prescriptions légales et réglementaires dont elle est chargée d'assurer le contrôle;
- - de veiller à l'application des prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs et à la prévoyance sociale et de proposer toutes mesures utiles à ce sujet.

(entreprises ayant un délégué syndical au moins : obligation de négocier L.2281-5 et entreprise sans délégué syndical : obligation de consultation L.2281-12 Code du travail).

La négociation entre employeur et les syndicats représentatifs dans l'entreprise est la voie normale pour déterminer les modalités d'exercice du droit d'expression (L.2281-5 Code du travail).

515. Selon les règles applicables aux accords d'entreprise, à l'initiative de l'employeur ou à la demande du syndicat dans les 15 jours. L'obligation de négocier est donc étendue à toutes les entreprises, sans condition de seuil, dès lors qu'il existe une représentation syndicale, sous peine des sanctions de l'entrave à l'exercice du droit syndical.

L'accord doit donner lieu à négociation au moins tous les trois ans à la demande d'un syndicat après examen des résultats d'accords. A défaut l'employeur doit engager chaque année une nouvelle négociation.

Sur ce plan de la mise en place du droit d'expression, le législateur malien, a été explicite, par ce que nonobstant les dispositions ci-dessus, les travailleurs ont la faculté de présenter eux-mêmes leurs réclamations et suggestions à l'employeur. L'utilisation du mot nonobstant pourrait-t-il signifier que ce droit du salarié ne serait pas lié à la présence d'une représentation du personnel. Au Mali, on pourrait dire que le salarié n'a pas besoin d'un syndicat ou un délégué du personnel pour faire des réclamations professionnelles auprès de son employeur. C'est une pratique de la vie dans l'entreprise qui est connu de tous. Le législateur prévoit ce droit mais reste silencieux sur la sanction de la violation de ce dispositif comme les autres sujets ayant trait à la liberté. Tel n'est pas le cas en France, où le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

516. Aussi, le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups,

violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent Code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende » (art 431-1 du Code pénal)¹.

Section 2 Les atteintes aux droits des personnes : la discrimination pénale

517. Traditionnellement les auteurs² abordent les questions relatives des atteintes aux droits des personnes en étudiant l'incrimination de la discrimination en ce qu'elle intéresse les relations du travail, le délit de condition de travail indignes et le harcèlement sous les formes qu'il présente désormais en en droit positif, sexuel et moral. Mais compte tenu de la place quasi inexistante du délit du harcèlement sexuel et moral dans le dispositif du droit malien, nous nous contenterons d'étudier le cas seul cas de la discrimination. Parce que c'est sur cette problématique que le droit malien à ce jour apporte des réponses à l'image du droit français pour les atteintes aux droit des personnes.

518. En France, c'est au législateur social que revient l'initiative d'avoir défini dès 1956 une infraction dite de «prise en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale» d'un salarié par son employeur, qui est venue doubler les sanctions civiles consécutives à la violation d'une interdiction actuellement formulée à l'article L2141-5 du Code du travail laquelle protège avant toute chose le simple militantisme syndical, les degrés supérieurs d'engagement de la personne dans l'exercice de cette « liberté-riposte » donnant lieu à d'autres protections civiles et pénales, notamment pour ces dernières, par le fameux délit d'entrave aux institutions représentatives élues et syndicales au niveau de

¹ Modifié par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, l'article 431-1 du Code Pénal sanctionne les entraves à l'exercice des libertés d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation.

² Cf, Alain COEURET, E. FORTIS 5^e édition op,cité.

l'entreprise ou du groupe¹. Le droit pénal de la discrimination s'est ensuite constitué par strates successives alors que, parallèlement, des règles non-répressives visant à lutter contre le même phénomène prenaient de l'ampleur sous l'impulsion du droit communautaire, le point culminant de ce développement correspondant très certainement à la transposition, par la loi du 16 novembre 2001, des deux directives 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Même, si le contentieux pénal est explicitement exclu, par les directives elles-mêmes, du champ des normes qu'elles posent notamment en ce qui concerne les dispositions aménageant la charge de la preuve, incompatibles en l'état avec la présomption d'innocence, on ne saurait ignorer l'influence indirecte qui fût la leur dans le domaine répressif, puisque c'est par la même loi que seront introduits différents dispositifs à incidence pénale² et que sera enrichie la liste des motifs illicites énoncée à l'article 225-1 du Code pénal. Ceci a fait de ce dernier texte le plus complet de tous s'agissant de l'identification des critères de la discrimination, même si comme on le verra plus loin, l'approche subséquente des agissements punissables peut ne pas traduire, aux yeux du spécialiste de droit du travail, la même volonté de ne rien laisser hors de portée de la répression.

519. Lorsqu'on aborde le sujet par le prisme des relations du travail, par quoi faut-il commencer ? Par les incriminations qui siègent dans le Code du travail et qui font figure de droit spécial ou par l'incrimination du Code pénal, nécessairement plus large dans son champ d'application, mais qui inclut néanmoins de façon très explicite des discriminations ne pouvant se commettre qu'en entreprise à l'encontre de salariés ? Cette alternative est-elle purement

¹ Un cumul des deux infractions est cependant tout à fait possible comme l'a décidé la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt Menzer du 29 octobre 1975 (Bull. crim. N° 231) qui, écartant la théorie du cumul idéal, affirme que si les faits reprochés au prévenu procédaient d'une même action coupable, ils constituent néanmoins des infractions distinctes par leurs éléments. Sur les problèmes de frontière entre les deux incriminations v. notre étude : « Entrave et discrimination » Droit ouvrier 1987 p 445 et s.

² Sur l'ensemble de cet apport v. M. Keller, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations D. 2002 p 1355 ; M. Miné les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire S.S.L. 17 décembre 2001 n° 1055 - E. Putman, Présentation de la loi relative à la lutte contre les discriminations R.J.P.F 2002 p 10. E. Fortis et A. COEURET Droit pénal du travail manuel Litec 5ème ed. 2012

formelle, parce que les prévisions des deux Codes se superposeraient totalement, ou offre-t-elle au contraire une clef de compréhension à l'interprète, parce qu'en dépit de la réécriture des textes, il demeure entre eux des rapports de hiérarchie voire de concurrence ? Pour des raisons techniques qui apparaîtront plus avant, il n'est pas possible de faire l'économie d'une approche en deux temps et l'examen du droit spécial s'impose en préalable.

Paragraphe I Les discriminations réprimées par le Code du travail

520. En France comme au Mali, les textes répressifs du Code du travail consacrés à la discrimination concerne essentiellement deux catégories de comportement ; ceux qui opèrent une différence de traitement à partir de l'appartenance ou de l'activité syndicale (A) .et ceux qui consacrent cette même différence en considération du sexe ou de la situation de famille(B).

A-Discrimination antisyndicale

521. Même limitées à la sphère des relations employeurs-salariés, les dispositions répressives que ce Code consacre à la discrimination ne sont pas générales et concernent essentiellement deux catégories de comportements : ceux qui opèrent une différence de traitement à partir de l'appartenance ou de l'activité syndicale et ceux qui consacrent cette même différence en considération du sexe ou de la situation de famille du salarié. Aucune unité n'existe entre ces deux séries de règles dont on peut aisément constater qu'elles sont issues de temps différents de l'histoire sociale française et qu'elles consacrent des régimes répressifs assez largement hétérogènes, notamment au niveau des peines¹.

L'article L. 2141-4 du Code du travail interdit à tout employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale

¹ Alain COEUERT, Le Droit pénal du travail à l'épreuve de discrimination CMS bureau Francis Lefebvre

pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.

522. Au Mali également, il est interdit à tout employeur de prendre en considération les opinions, l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement ». Il y a là une logique commune de lutte contre les discriminations prévue à l'article L.257. Le domaine d'application est le même que celui prévu par le Code du travail français avec l'emploi de l'adverbe notamment. L'utilisation de l'adverbe notamment permet de considérer que cette énumération déjà très complète des comportements prohibés n'est pas donnée comme limitative, ce qui autorise le juge pénal à l'enrichir ou à l'adapter à l'évolution des modes de gestion de la main d'œuvre, sans qu'on puisse objecter qu'il méconnaîtrait en procédant ainsi le principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹. A cet effet, tout comportement discriminatoire est puni par des peines d'amende et d'emprisonnement (article L.331 C. trav. malien).

523. La lecture du texte permet également de comprendre que la réalisation de l'infraction s'effectuera essentiellement au travers d'actes positifs, mesures ou décisions, y compris refus de tel ou tel avantage, qui supposent la détention de tout ou partie du pouvoir institutionnel dans l'entreprise. Pour cette raison et bien que les textes précités ne l'indiquent pas expressément, le délit de discrimination antisyndicale paraît ne pouvoir être commis que par le chef d'entreprise ou l'un

¹ ⁶ Même si elle est aussi assortie de sanctions civiles, l'interdiction formulée par l'article L. 2141-5 fait partie de l'incrimination car l'article L2135-2 du même Code se contente de fulminer les peines applicables en renvoyant purement et simplement au premier pour la définition des éléments de l'infraction

de ses délégataires munis des prérogatives le plaçant en situation d'accomplir les actes de gestion à l'occasion desquels une différence de traitement porte préjudice à un salarié en raison de son militantisme.

524. Mutatis mutandis, la même remarque va s'appliquer aux autres infractions de discrimination prévues soit par le Code du travail (discrimination sexiste) soit même, ainsi qu'on le verra plus loin, par le Code pénal, ce qui ne laisse pas d'être plus surprenant.

Pour le pénaliste du travail, l'article L.2141-5 est un repère essentiel car jusqu'à présent, dans son domaine d'étude, le contentieux de la discrimination s'est surtout développé à propos des activités syndicales, formant ainsi un large mouvement convergent avec le contentieux prud'homal ce qui explique du même coup le rôle important joué par les organisations syndicales en tant qu'acteurs de la procédure dans le cadre de l'action civile dite «générale» prévue par l'article L. L2131-11 du Code du travail, lequel leur permet de se constituer partie civile pour toute atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

La jurisprudence répressive constituée à partir de l'application de ce texte apporte en conséquence différentes précisions tant en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit de la prise en considération de l'activité syndicale que sur les particularités du débat judiciaire relatif à la preuve pénale de la discrimination.

1. L'élément moral de l'infraction de nature nécessairement intentionnelle

525. Il convient de souligner que la prise en considération de l'activité syndicale de certains salariés est nécessairement intentionnelle¹. De ce fait, il a ainsi été jugé que la non attribution d'une prime exceptionnelle aux salariés ayant participé à une grève déclenchée par les organisations syndicales ne permettait

¹ Manuel du droit pénal du travail, à jour du nouveau Code du travail, 4^e éd. A. COEURET E. FORTIS, p.386

pas de caractériser de façon irréfutable cette intention délictueuse dès lors que la distribution de la prime était justifiée par le surcroît de travail exigé de ses bénéficiaires en vue de maintenir la nécessaire ponctualité de livraisons intéressant la santé publique¹.

En d'autres termes, le comportement de l'auteur des faits doit obéir de façon univoque à la volonté de porter atteinte à la liberté syndicale, mais, nuance intéressante, cette volonté n'a pas pour autant à être exclusive, le délit sera constitué dans son élément moral même si la discrimination antisyndicale n'a pas été le seul motif des mesures prises².

526. Ainsi une sanction disciplinaire infligée à un délégué syndical pour fait de grève alors qu'il est le seul sanctionné parmi les grévistes, caractérise la discrimination punissable dès lors que le lien entre la sanction prononcée et l'appartenance syndicale se trouve établi, même si la sanction peut apparaître fondée en soi³. De même, en présence de la suppression ou de la réduction d'une gratification destinée à récompenser le mérite du personnel, il incombe aux juges du fond de déterminer si les mesures de défaveurs constituées en l'espèce relativement à une telle gratification ont été « discriminatoirement » motivées par l'activité syndicale de ceux qu'elles ont frappés ou si elles n'ont pas été exclusivement inspirées par d'autres considérations⁴.

2. L'élément matériel

527. Celui-ci est susceptible de prendre de multiples formes dont les plus aisées à décrire consistent en une décision ou un comportement ponctuel, ce qui va conférer à l'infraction un caractère instantané. Cet élément sera ainsi présent dans le fait d'écarter la candidature à un poste d'avancement d'un salarié en

¹ Cass. crim. 28 novembre 1978 Bull. crim. N° 336 dans le même sens : Cass. crim. 13 mai 1980 inédit

² Cass. crim. 14 juin 2000 n° 99-81-108 ; juris-data 2000 n° 2887 Bull. crim. 2000 n° 226.

³ Cass. Crim. 21 novembre 1989 Droit ouvrier 1990 p 410

⁴ Cass. crim. 4 octobre 1977 Bull. crim. 1977 n° 288

invoquant un manque de disponibilité consécutif à une fonction représentative¹. De même, commettra le délit l'employeur qui licencie deux militants syndicaux, futurs candidats, à une fonction de délégué du personnel, en ayant connaissance des démarches des entreprises par leur syndicat auprès de l'Inspecteur du travail dans le but d'obtenir une dérogation aux conditions d'ancienneté exigées par la loi². Quant au licenciement d'un salarié ordinaire, sans mandat de représentation et sans protection particulière provoqué par son appartenance ou ses actions syndicales, il tombe sans conteste, bien qu'une telle témérité soit rare, sous le coup de l'incrimination³. Mais l'élément matériel du délit recouvre parfois aussi un ensemble d'agissements qui en rendent l'identification plus délicate parce que difficilement situables dans le temps.

528. Il s'agit tout particulièrement du ralentissement de la carrière du militant syndical et de la moindre progression de sa rémunération lesquels ne peuvent souvent être constatés qu'après plusieurs années de collaboration. Après avoir examiné à plusieurs reprises cette situation⁴ la chambre criminelle de la Cour de cassation a pris, par un arrêt du 9 novembre 2004, à nouveau position sur les conditions de la répression de ce type de discrimination très important en pratique si on en juge par le contentieux prud'homal le concernant⁵. Elle censure les juges du fond qui avaient cru pouvoir relaxer un employeur, après avoir

¹ Cass. crim. 25 mai 1982 Bull. crim. 1982 n° 288 v. également le constat d'une motivation identique in Cass. crim. 6 décembre 1988 RJS 1989 n° 163 où l'employeur est déclaré coupable pour avoir doté l'intéressé militant syndical d'un adjoint, arguant de la disponibilité réduite de celui-ci, ce qui avait eu pour effet de diminuer sa rémunération

² Cass. crim 19 février 1990 Jourdanne, inédit Caractérise ainsi l'infraction dans tous ses éléments, la Cour d'appel qui relève qu'à l'expiration de la mission de cinq travailleurs intérimaires, leur employeur (ETT) a fait le nécessaire pour replacer quatre des intéressés dans un autre établissement situé dans la même ville mais a pris soin d'écarter de ce nouvel emploi le cinquième d'entre eux par ailleurs délégué syndical de l'entreprise, lui offrant un poste dans une région éloignée que sa situation familiale ne lui permettait pas d'accepter (Cass. crim. 22 novembre 1977 Attresmann, inédit)

³ Cass. crim. 4 avril 1979 Bull. crim. 1979 p 4.9 Même analyse au sujet de la sanction disciplinaire quelle qu'elle soit (Cass. crim. 25 janvier 2000 Bull. crim. 2000 n° 38) y compris bien sûr lorsqu'elle prend la forme plus généralement illicite de la diminution d'une prime (Cass. crim. 27 mars 1990 RJS 1970 n° 594)

⁴ V. sur cette hypothèse : M. GREVY la discrimination dans la carrière des délégués Dr. Social 1994 p 884 à propos de Cass. crim 8 mrs 1994 ; à rapprocher de Cass. crim. 31 mars 1998 Dr pénal 1999 n° 133 qui décide que le fait de noter dans la fiche individuelle d'évaluation d'un salarié qu'il est délégué syndical n'est pas, en soi, une discrimination interdite

⁵ Cass. crim. 9 novembre 2004 Dr ouvrier 2005 p 350 note E. Fortis

constaté que, sur une période de trois ans, les salariés concernés avaient bénéficié d'une promotion se situant dans la moyenne du tableau de comparaison établi par l'Inspecteur du travail. La Haute juridiction considère au contraire que la Cour d'appel aurait dû procéder à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise à diplôme équivalent et à même ancienneté. Cette importante décision exprime d'abord nous semble-t-il le ralliement de la Cour de cassation à la méthode comparative et le caractère à ses yeux déterminant d'une évolution défavorable de la carrière ou de la rémunération par rapport à une moyenne calculée à partir d'un panel de référence. A partir de ce constat objectif, ce sera à l'employeur de prouver que cette évolution défavorable n'est pas liée à des motifs discriminatoires, ce qui rapproche fortement, dans cette hypothèse, le raisonnement du juge pénal de celui du juge social.

529. Mais on doit aussi souligner que par l'arrêt du 9 novembre 2004, la Chambre criminelle prend ses distances avec la qualification du délit de l'article L. 2141-4 du Code du travail en tant qu'infraction instantanée. La Cour d'appel, dont la décision est censurée, avait considéré qu'en l'espèce l'élément matériel de la discrimination se caractérisait par une série de décisions négatives à l'intérieur de la période concernée, laquelle correspondait au délai de prescription triennale des délits. Il n'y avait donc pas lieu pour les juges du fond de remonter dans le temps au-delà du point de départ de ce délai, ce qui donnait une importance décisive à la promotion dont certains salariés avaient bénéficiée. Tout au contraire, pour la Cour de cassation, il aurait fallu, comme l'Inspecteur du travail l'avait fait dans son procès-verbal, partir de la date d'embauche, ce qui impliquait que l'on considère l'infraction comme ayant un caractère continu et que l'on fasse courir le délai de prescription de l'action publique seulement à partir de la constatation des faits par le fonctionnaire du travail.

530. Au vue de la définition de la discrimination directe, telle que transposée par la loi du 27 mai 2008, ne peut-on considérer, même si la transposition ne concerne pas le droit pénal, qu'il est de l'essence de toute discrimination, quel que soit le contentieux qui la traite, qu'une comparaison ait lieu avec un référent pertinent¹.

531. L'analyse comparative de l'évolution professionnelle des salariés syndiqués par rapport aux non syndiqués de l'entreprise est donc un l'élément important pour révéler une éventuelle discrimination. la Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer à cet égard que si les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits et les circonstances de la cause, ils doivent répondre aux arguments du salarié qui fournit des éléments précis de comparaison. Ensuite, c'est objectivité et le caractère pertinent des justifications présentées par l'employeur qui conditionne l'issue du litige. Le manque de disponibilité de l'intéressé ne paraît pas constituer dans la jurisprudence actuelle une raison acceptable pour retarder ou refuser un avancement². En revanche, si des insuffisances et manifestation d'incompétence sont relevées à l'encontre du salarié syndicat, l'infraction n'est pas constituée³.

B- Discrimination sexiste

532. Le Code du travail contient une autre incrimination spéciale qui concerne cette fois la discrimination sexiste et dont la vie juridique se déroule sans grand rapport avec l'infraction précédente alors qu'il s'agit néanmoins de concourir à la protection des mêmes valeurs d'égalité et de dignité de la personne. Ce second délit, dont les peines sont prévues à l'article L. 1142-1 dudit Code réprime dans les relations de travail toute discrimination fondée sur le sexe et la situation de

¹ Art1er, loi du 27 mai 2008 faisant référence à « la situation dans laquelle[...] une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».

² Cass.crim., considération, dans la relation du travail, l'absentéisme lié à l'accomplissement de missions syndicales.

³ Cass.crim., 8 octobre 1991 :RJS1992,n°50

famille à partir d'une énumération des comportements interdits figurant à l'article L. 1142-2.

Là encore, on peut relever au passage une grande richesse dans la description de l'élément matériel de l'infraction qui tranche, comme on le verra, avec la méthode employée par le législateur dans l'incrimination générale du Code pénal.

533. La prohibition porte en effet non seulement sur le fait de mentionner ou de faire mentionner dans une offre d'emploi, quel que soit le type de contrat de travail, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché, mais également sur le fait de refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents, selon le sexe ou la situation de famille.

En conséquence, la prohibition porte enfin sur le fait de prendre en considération du sexe toute mesure notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation de qualification, de classification de promotion professionnelle ou de mutation. Cette amplitude de l'élément matériel, là encore assortie du caractère purement énonciatif des comportements visés, trouve cependant une limite explicite dans l'article L. 1142-2 lui-même, dont le premier alinéa réserve expressément le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la considération déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. Un décret du 25 mai 1984 (art. R. 1142-2C. trav.) a prolongé cette disposition de principe en déterminant de façon limitative les emplois et activités concernés.

534. La jurisprudence, par contraste avec le cas précédent, n'offre que quelques rares illustrations de la condamnation d'un employeur du chef de cette dernière infraction. Ainsi, par un arrêt du 23 octobre 1990 la Chambre criminelle a décidé, à propos du refus opposé à la demande de mutation d'une salariée qui souhaitait rejoindre son conjoint, que cet acte d'autorité constituant un refus

d'embauche discriminatoire au sens de l'article L. 1142-2 précité¹. On peut s'interroger sur cette extrême discrétion du contentieux pénal propre à cette dernière discrimination dont la présence remonte déjà à bien des années puisqu'elle est issue de la loi du 13 juillet 1983 mettant en œuvre la directive européenne du 9 février 1976 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Son champ d'application a même été étendu à la violation des articles L. 3221-3 à L. 3221-7 du Code du travail relatifs aux inégalités de rémunération entre sexes, selon lesquels tout employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou pour un travail de valeur égale l'identité de rémunération entre les hommes et les femmes.

C- Les peines prévues

535. On sait que toute infraction aux dispositions de L.1142-1 est punie d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3750€². Outre ces peines principales, le tribunal peut ordonner l'affichage du jugement et son insertion dans la presse. Par ailleurs, l'ajournement du prononcé de la peine prévu par le Code pénal (art.132-58 à 132-62) est applicable en la matière en vertu de l'article L1146-2 du Code du travail. Il comporte injonction à l'employeur de définir, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel et dans un délai déterminé, les mesures propres à assurer dans l'entreprise en cause le rétablissement professionnel entre les femmes et les hommes. L'ajournement peut, le cas échéant, comporter également injonction à l'employeur d'exécuter dans le même délai les mesures définies. Le tribunal peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision. Selon l'art L.1146-3, à l'audience de renvoi, au vu des mesures définies et le cas échéant exécutées par l'employeur, le tribunal apprécie s'il y a lieu de prononcer une dispense de peine ou d'infliger les peines prévues par la loi. Et dans le cas où le délai prévu au 2^e

¹ Manuel droit pénal du travail 4^e éd. A ; COEUERT, E. FORTIS, p.392

² Ou l'une des deux peines seulement conformément au droit commun bien que le texte ne le mentionne plus, Cf, Droit pénal du travail précité

aliéna de l'article L.1146-6 n'a pas été respecté, le tribunal peut prononcer un nouvel et dernier ajournement et impartir un nouveau délai au prévu pour exécuter l'injonction.

536. Les sanctions qui s'attachent à la violation de l'article L.1142 ont été étendues par l'article L.3221-2 et s. du même Code relatifs à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes et selon lesquelles tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (art. L.3221-2 in principio). Dans cette matière de l'égalité de rémunération, c'est d'abord le salarié qui détient le droit de poursuite mais aussi selon l'article L.1144-2 du Code du travail, les organisations syndicales représentative au plan national ou dans l'entreprise sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé et sans opposition de sa part. Certes l'acteur syndical est, en France, moins présent sur ce type d'inégalité mais on pouvait s'attendre à un relais associatif, l'article 2-6 du Code de procédure pénale, permettant aux associations déclarées depuis au moins 5 ans d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour des discriminations fondées sur le sexe, les mœurs ou la situation de famille lorsque les poursuites sont exercées sur le fondement des articles L. 1142-2 du Code du travail ou 225-2 du Code pénal, lequel envisage les mêmes discriminations.

537. Au Mali, en terme répressif l'article L.329 indique que: « Seront punis d'une amende de 50.000 à 250.000Fcfa et d'un emprisonnement de 1 à 4 mois ou de l'une de ces deux peines seulement, et en cas de récidive, d'une amende de 500.000 à 1.000.000 F et d'un emprisonnement de 8 mois, les auteurs d'infractions aux dispositions de l'article L.257 ». On est très loin d'un an d'emprisonnement prévu le Code du travail français. Encore, l'injonction de consulter les représentants du personnel pour rétablir l'égalité professionnelle entre homme et femme n'est pas prévu par le droit malien. On comprend que cela passe dernier le souci du législateur malien de rendre effectif la liberté

syndicale par rapport à d'autres comme le respect du principe de l'égalité et de non discrimination.

Faudrait t-il se baser sur la Convention¹⁰⁰ de l'O.I.T ratifiée par le Mali, pour demander le respect, voir l'application des sanctions en cas de violation du principe de l'égalité hommes et femmes et du principe de non discrimination ?

En France, les textes nationaux semblent suffisants pour réprimer les infractions sur ces sujets.

Paragraphe II Les discriminations réprimées par le Code pénal

538. Précisément, ce n'est pas la moindre originalité du droit pénal français que de réprimer à partir du droit commun les mêmes discriminations qu'à partir du droit spécial sans qu'on puisse détecter en outre l'esquisse d'une articulation entre les deux corpus. Mais, nonobstant cette absence de coordination, peut-on néanmoins se rassurer en découvrant les principes rationnels d'une complémentarité entre incriminations, ou doit-on faire le constat d'un total éparpillement ? Dans sa dernière version enrichie par la loi du 16 novembre 2001 et par celle du 23 mars 2006, l'article 225-1 du Code pénal est porteur d'une énumération très complète des motifs discriminatoires, mise en harmonie avec celle d'autres dispositions non-répressives issues de la transposition des directives communautaires de l'année 2000, tel que l'article L. 1132-1 du Code du travail. Cette énumération est formulée comme suit : «Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille de l'état de grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non appartenance vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée». Le droit français

affiche une grande différence par rapport au droit malien. A ce titre la liste des domaines visés par ce dernier est très limitée. Ainsi, tout propos, tout acte de nature à établir ou à faire naître une discrimination raciale ou ethnique, ...sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et facultativement de cinq à dix ans d'interdiction de séjour (art 55 code pénal). C'est le contraire de ce que vise le droit français.

Sans aucunement remettre en cause le principe même de la démarche du législateur français consistant à faire entrer dans une énumération sanctionnée par des peines identiques un maximum de motifs susceptibles de fonder une différence de traitement illicite, on peut formuler au passage quelques appréciations plus critiques.

539. D'abord le risque d'une perte de cohérence d'une incrimination désormais susceptible d'application dans des situations extrêmement variées, ne serait-ce que dans l'entreprise. Il est assez apparent que des différences de compréhension immédiate du motif peuvent surgir dans la mise en œuvre du texte, conduisant alors à une certaine relativité des solutions jurisprudentielles sur des motifs tels que l'âge, l'apparence physique ou le patronyme. En revanche, d'autres motifs, comme le sexe, la situation de famille ou les activités syndicales sont d'une compréhension plus aisée ce qui aurait pu conduire à un effort de définition légale plus poussée sur les premiers, faute de quoi le juge pénal sera vraisemblablement confronté à une tâche de délimitation initiale du motif, quant à sa signification même, qui n'est pas vraiment de son office. Mais, revenant au fil principal de notre propos, on soulignera le contraste existant entre cette richesse notionnelle quant aux motifs illicites et la relative étroitesse qui caractérise l'approche des comportements susceptibles de constituer l'infraction s'ils sont en relation avec l'un des motifs précités.

540. En effet, l'article 225-2 du Code pénal, qui a cette fonction, énumère de façon limitative les actes ou décisions susceptibles de tomber sous le coup de la

répression et dont on relèvera d'emblée le caractère très réducteur par rapport à ce que peut inclure la gestion des ressources humaines dans la vie d'une entreprise. Seuls en effet sont visés : le refus d'embauche, la sanction disciplinaire et le licenciement, à quoi sont venus s'ajouter par la suite le fait de subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ainsi que le fait de refuser ou d'accepter une personne à l'un des stages visés par le paragraphe (2) de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale. Il est intéressant de relever que dans l'application qu'ils font de ces différentes notions, les tribunaux adoptent le plus souvent pour une conception large qui s'écarte éventuellement du sens technique qu'on peut leur attribuer par ailleurs. Ainsi par exemple, à propos de la notion d'embauche, si stratégique en matière de discrimination, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé le 2 septembre 2003 que «le refus par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par le Code du travail constituait un refus d'embaucher au sens de l'article 225-2 § 3° du Code pénal dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat».

541. Dans une telle hypothèse, qu'on pourrait qualifier de discrimination par ricochet, l'entreprise utilisatrice n'est pas l'auteur d'un « refus d'embauche » au sens strict du terme, son attitude négative à l'égard du salarié peut simplement expliquer qu'aucun contrat d'intérim n'ait été conclu entre celui-ci et l'entreprise spécialisée dans la fourniture de main-d'œuvre. De même, bien qu'on ne dispose d'aucune jurisprudence sur ce point, il y a tout lieu de considérer que les termes «sanctionner» ou «licencier» ont un sens générique à défaut duquel la volonté du législateur manquerait en partie son but. Ainsi, c'est toute sanction disciplinaire qui devrait être considérée comme visée par le texte qu'elle soit explicite ou implicite, qu'elle ait ou non donné lieu au suivi de la procédure prévue par le Code du travail. De la même façon, est concernée toute rupture du contrat de

travail à l'initiative de l'employeur qui se révélerait être en rapport avec l'un des motifs visés par la loi et pas seulement un licenciement au sens strict du terme. On doit par suite appliquer ce raisonnement à des modes de rupture semi-autonomes tels que la mise à la retraite du salarié ou la prise d'acte consécutive à un comportement de l'employeur ayant poussé le salarié à cette extrémité par volonté de le discriminer.

542. Le fait justificatif tiré d'un «motif légitime» qui figurait à l'article 416-3 de l'ancien Code pénal ayant été supprimé, il n'est normalement plus possible de justifier la différence de traitement lié à un critère prohibé en dehors des cas énumérés par l'article 225-3 de l'actuel Code et dont certains semblent concerner presque exclusivement les relations employeurs-salariés. Ainsi, alors même que l'une des mesures ci-avant citées serait prise en considération d'un motif a priori illicite, aucune infraction n'est commise lorsqu'elle correspond à l'une des trois hypothèses suivantes :

Lorsque la décision «discriminatoire» est fondée sur l'état de santé et qu'elle correspond à une opération ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité¹

543. Lorsque la décision consistant en un refus d'embauchage ou un licenciement repose sur l'état de santé ou le handicap du salarié et qu'elle est fondée sur l'inaptitude médicalement constatée dans le cadre du titre IV du livre II du Code du travail. Lorsqu'il s'agit d'un refus d'embauche à raison du sexe du candidat ou de la candidate à l'emploi, si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue conformément aux dispositions du Code du travail, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle.

¹ Dans ce premier cas, la décision redevient illicite lorsqu'elle se fonde sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ou ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie

544. La mise en œuvre de ces dispositions par les tribunaux est demeurée jusqu'à présent relativement discrète. Mais on est fondé à considérer que la plupart des applications jurisprudentielles antérieures aux dernières réformes restent pertinentes. C'est ainsi que le 14 octobre 1986, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que l'article 416-3° du Code pénal (en vigueur à l'époque des faits) était applicable à un employeur qui congédie un ouvrier engagé à l'essai quelques jours plutôt en lui délivrant un certificat de travail mentionnant que l'intéressé a donné satisfaction dans son travail mais qu'en raison de sa nationalité, il n'a pas été adopté par le personnel ou encore un employeur qui établit une offre d'emploi en mentionnant «éviter le personnel de couleur». De même sous l'empire du nouveau Code pénal, la Chambre criminelle a été amenée à décider sur le fondement de l'article 225-1 dudit Code, que le maintien d'une salariée dans le statut précaire de pigiste en raison de ses activités syndicales constituait une discrimination prohibée. Mais les décisions rendues sur le même fondement par les juridictions du fond illustrent parfois également des raisonnements susceptibles de contribuer utilement à l'interprétation de dispositions applicables dans des situations extrêmement variées ne serait-ce qu'au sein de l'entreprise.

545 . Ainsi, le 22 novembre 2002, la Cour de Nîmes a jugé que la convention emploi-jeunes visant à recruter un animateur qui «devrait appartenir à une famille issue de l'immigration» constitue une offre d'emploi discriminatoire. On en déduira que ce qu'il est convenu d'appeler une «discrimination positive» (ou encore une action positive par traduction de «l'affirmative action» du droit anglo-américain) peut éventuellement tomber sous le coup des textes répressifs dès lors que le juge se rallie à une conception purement objective du principe d'égalité, détachée de toute considération émanant d'un contexte particulier.

546. Au Mali, c'est la même logique, parce que les domaines visés par le Code du travail sont plus larges que ceux du Code pénal qui ne vise que la

discrimination raciale¹. Le Code du travail a un champ de protection plus large contre discrimination en raison de l'appartenance à un syndicat ². Les pénalités à ce niveau sont très dissuasives. A cet effet, « Seront punis d'une amende de 50.000 à 250.000F et d'un emprisonnement de 1 à 4 mois ou de l'une de ces deux peines seulement, et en cas de récidive, d'une amende de 500.000 à 1.000.000 F et d'un emprisonnement de 8 mois (Article L.329 code du travail) ». Mais c'est surtout la Constitution du Mali, qui est un fondement juridique pour la protection contre les atteintes aux personnes pour des motifs discriminatoires. Cette dernière a un champ plus varié toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée (article 2 de la Constitution)³.

¹ ART. 55 Tout propos, tout acte de nature à établir ou à faire naître une discrimination raciale ou ethnique, sera puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et facultativement de cinq à dix ans d'interdiction de séjour.

² Article L.257: Il est interdit à tout employeur de prendre en considération les opinions, l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages sociaux, les mesures de discipline et de congédiement.

³ Idem

Section 3 Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés

547. Composante importante du droit pénal du travail, les délits d'entrave sont à l'origine d'un contentieux abondant qui intéresse non seulement le pénaliste mais également le spécialiste des relations sociales en entreprise. En effet, à l'occasion des poursuites exercées du chef de cette infraction, les tribunaux répressifs et singulièrement la chambre criminelle de la Cour de cassation procède fréquemment à une interprétation de la règle extra pénal dont la violation est invoquée et fournissent ainsi des solutions qui contribuent à préciser la signification des règles de droit dans le domaine des rapports collectifs du travail¹. Génératrice de condamnations qui ne sont pas toujours de principe et dont le ralentissement est redouté par les chefs d'entreprise, la jurisprudence en matière d'entrave est ainsi également source du droit du travail en général au moins pour le secteur correspondant au champ de l'incrimination. Cette interprétation créatrice, qui a connu son point culminant dans les années 70, s'appuie sur la méthode téléologique ou déclarative qui vise à donner leur pleine portée à des textes manquant parfois de précision, ce que ne permettrait pas l'interprétation littérale qui n'est pas imposée par le principe d'interprétation stricte des textes pénaux (art 111-4)². En cherchant à définir les délits d'entrave, l'on retrouve, la trilogie habituelle : l'élément légal (paragraphe1), l'élément matériel (paragraphe2) et l'élément moral (paragraphe3).

¹Manuel droit pénal du travail, 4^e éd., déjà cité, p.293

² Sur cette question de l'interprétation stricte en droit pénal du travail, V.P.CHAUVEL, interprétation déclarative et droit du travail :Dr.soc.1983,p.559

Paragraphe I Les éléments constitutifs

548. En France comme au Mali, la loi protège la mise en place, le fonctionnement et les attributions du syndicat, les délégués du personnel, les CH.C.S.T. En effet, constitue une entrave, tout fait d'action ou d'omission ayant pour objet ou même seulement pour effet de porter une atteinte quelconque, si légère soit elle, au fonctionnement normal du comité, au plein exercice de ses attributions ou aux prérogatives de ses membres¹.

En France, le Code du travail dans ses articles art L. 2328-1², L. 2335-1-1³ et L. 2328-2⁴ du Code du travail français y fait référence. Au Mali, on peut retrouver des sanctions pour délit d'entrave dans l'article L.331 qui stipule « : Sera puni d'une amende de 100.000 à 500.000F et d'un emprisonnement d'un mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte, soit à la libre désignation des délégués du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions.

En cas de récidive, l'emprisonnement sera toujours prononcé. Les infractions pourront être constatées par l'Inspecteur du travail, à défaut, par les officiers de police judiciaire ».

Le délit d'entrave comme toute infraction punie par la loi doit comporter :

- un élément matériel (c'est à dire un acte ou une abstention),
- un élément moral (c'est à dire un caractère intentionnel ou volontaire).

¹ La définition proposée est celle de M.MALAVAL, ancien conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation publiée dans "la Documentation Sociale" en avril 1979, numéro spécial p. 95

² L2328-1 : « le fait d'apporter une entrave soit à la Constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leurs fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des art L2324-3 à L2324-5 et L2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3.750 € ».

³ L2335-1 : « le fait de ne pas consulter et réunir pour la première fois un comité de groupe dans les conditions prévues aux art L2333-5 et L2334-3 ou d'apporter une entrave soit à la désignation des membres d'un membre de groupe, soit au fonctionnement régulier de ce comité, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750€ ».

⁴ L2328-2 : « le fait, dans une entreprise de plus de trois cent salariés ou dans un établissement distinct comportant plus de trois cent salariés, de ne pas établir et soumettre annuellement au comité d'entreprise ou d'établissement le bilan social d'entreprise prévu à l'art L2323-68 est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750€.

Conformément au droit pénal commun, l'auteur de l'entrave peut échapper à la condamnation en cas de fait justificatif reconnu par les juges.

Mais en matière de délit d'entrave, la jurisprudence reconnaît très rarement l'existence d'un fait justificatif.

A- L'élément matériel du délit d'entrave

549. Le délit d'entrave étant réalisé par tout moyen (l'élément matériel est relativement facile à démontrer¹. Il est constitué par « tout acte contraire à la loi ou par toute omission d'une formalité obligatoire ».

La loi vise d'ailleurs la simple méconnaissance des formalités prévues aux articles L. 2324-9 et R. 2324-1 et suivants (relatifs à la Constitution d'un CE) et L. 2421-3 et R. 2421-8 et suivants (relatifs aux demandes de licenciements). Cette énumération n'est pas limitative.

Il est à noter que peu importe le résultat concret obtenu par l'employeur qui commet un délit d'entrave. En fait, l'élément matériel de l'infraction est constitué dès que l'acte répréhensible a été commis, même si l'auteur n'a pas réussi à troubler profondément le fonctionnement du CE ou à empêcher sa Constitution.

550. Au Mali, devant la rareté des décisions du tribunal du Travail, on peut faire allusion au Code du travail qui sanctionne explicitement les auteurs du délit d'entrave. Ainsi, dans l'hypothèse d'omission à l'obligation de la constitution du délégué du personnel prévue par l'article L.265 du même Code, on peut évoquer l'article L.330 qui sanctionne ce manquement d'une amende 10.000 à 18.000F et en cas de récidive, d'une amende de 100.000F les auteurs du délit d'entrave. Aussi, sera puni d'une amende de 100.000 à 500.000F et d'un emprisonnement d'un mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte, soit à la libre désignation des

¹ Chambre Crim. Cour de Cass. Du 5/4/73, bull p. 429 n° 178),

délégués du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions (article L.331 code du travail).

551. Quelques exemples jurisprudentiels de délit d'entrave par acte, ainsi commet un délit d'entrave, un employeur qui notamment :

- tente de dissuader les salariés de voter ¹
- retarde volontairement les élections, soit d'atteinte à la libre désignation des DP. (Art. L331 C.travail malien) ²
- indépendamment du moyen employé, dès lors qu'il y a eu atteinte volontaire à la libre désignation du CE dans un établissement de moins de 50 salariés³.
- refuse de réunir le CE, soit de porter atteinte à la l'exercice régulier de leurs fonctions. Sur cet exemple l'article L. 331 C.travail malien a la même position que la jurisprudence française⁴.

Quelques exemples jurisprudentiels commis par omission

Commet un délit d'entrave un employeur qui notamment :

- ne réunit pas régulièrement le CE⁵
- le défaut de fourniture d'information au CE⁶ ou l'expert-comptable du CE⁷.
- le défaut de réintégration d'un représentant élu ou syndical après refus d'autorisation de le licencier de l'Inspecteur du travail⁸.
- ne réintègre pas un élu après un refus administratif de licencier⁹.

¹ Cham. crim. 20/3/84, bull p. 298 n° 118.

² Cham. crim. 8 octobre 2002 :Dr.soc.2003,P143 obs. F.DUQUESNE,

³ Cass.crim, 29 janv.1974, Bull, crim.n°43

⁴ Au terme de L.331 du Code du travail malien, sera puni des peine d'amende de 100.000 fca à 500000fca et d'une peine d'emprisonnement quiconque qui aura porter atteinte, soit à la libre désignation du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions. Et cham crim. 27 nov.1990, RJS,n°205

⁵ (Cham. crim.22/06/99 :Dr.Ouvr.2000,p.38

⁶ Cass.crim. 26 mars 1991 :RJS,n°600 ;23 avr.1992 :Bull.crim.n°180 ;1995 :Cah.soc.barreau,n°79,p.103

⁷ Cass.crim.4 juin 1991, pourvoi n°90-85072

⁸ Cass.crim. 20 mars 1984 :Bull,n°118

⁹ Cham. crim. 28 mai 1968 :D 1969,p 471 note J. VERDIER. En revanche il a été indiqué que le délit d'entrave au fonctionnement régulier du CE n'ait pas une infraction continue:

- Le fait pour l'employeur de demander la résolution judiciaire du contrat de travail du représentant (art 1184 C.civ.) constitue l'infraction d'entrave, la protection spéciale, « exceptionnelle et exorbitant du droit commun » interdisant à l'employeur de poursuivre par d'autres voies que la procédure spéciale la résiliation du contrat e travail. Malgré, la chambre mixte (arrêt PERRIER) du 21 juin 1974 l'ait radicalement exclue¹, certaines cours d'appel ont refusé de s'incliner. Il a fallu attendre un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 28 jan.1983 pour maintenir l'exclusion de la résolution judiciaire du contrat de travail.

B- L'élément moral ou intentionnel

552. Les tribunaux doivent, avant de condamner un employeur poursuivi pour délit d'entrave, se prononcer sur l'existence de l'élément moral ou intentionnel de l'infraction².

Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation juge invariablement que l'élément moral ou intentionnel de l'infraction résulte simplement du caractère volontaire de l'acte ou de l'omission imputable au prévenu (l'employeur).

L'employeur ne peut prétendre qu'il n'avait pas l'intention de commettre le délit au motif qu'il ignorait la règle de droit notamment l'argument selon lequel l'employeur n'avait ni l'intention coupable ni la conscience de commettre une infraction est toujours rejeté par la chambre criminelle de la Cour de cassation au motif que ³:« la seule méconnaissance des obligations légales suffit à caractériser l'élément intentionnel ».En revanche, si les juges reconnaissent l'acte ou l'omission comme involontaire, ils ne peuvent établir l'existence du délit d'entrave⁴.

¹ Arrêt de principe D.1974,p.593, Grand arrêt n°151

² Cham. crim. 20/3/84, bull p. 298 n° 118.

³ Cham. crim. 1/12/81 :Dr.ouv.1982,p.280 ; 28 mai 1983 :Bull ;crim.n°153

⁴ Cham. crim. 22/3/94, RJS n° 891

Paragraphe II Les faits justificatifs et faits non justificatifs

553. Comme l'indique le présent, on peut éluder ce titre d'une part les justificatifs et d'autre part les faits non justificatifs.

A- Les faits justificatifs

554. Le fait justificatif est une circonstance qui annule l'élément légal de l'infraction. Si les juges reconnaissent l'existence d'un élément justificatif, l'auteur de l'infraction à la loi n'est pas reconnu coupable.

Les faits justificatifs sont rares en matière de délit d'entrave, ils sont constitués des :

- cas de force majeure
- circonstances exceptionnelles ayant mis l'employeur dans l'obligation de ne pas respecter un délai ou une formalité légale.

Quelques exemples jurisprudentiels de faits justificatifs peuvent être admis :

- demande de réunion extraordinaire du Comité Central pendant les congés annuels obligeant l'employeur à choisir une autre date¹.
- urgence consécutive à une grève conduisant l'employeur à convoquer sans respecter le délai légal, le CE sur la fermeture de l'établissement en raison des risques d'accidents du travail ²;

Quelques exemples jurisprudentiels de faits non retenus comme justificatifs

- urgence conduisant l'employeur à ne pas respecter le délai légal de convocation dès lors que l'urgence résulte de sa propre carence³

¹ Cham. crim. 16/3/82, Sté Meyart , inédit

² Cham. crim. 28/2/79, NON PUBLI2

³ Cham. crim. 23/6/81 - UD CGT – Corrèze. Pour une référence à la force majeure exonératoire à propos de l'obligation de mettre un local à la disposition

- la non-convocation des délégués du personnel aux réunions mensuelles¹.

B- Les faits non justificatifs

555. Ni la légitime défense, ni l'ordre de la loi ne trouvent d'application en matière de délit d'entrave, en revanche on peut se poser la question de l'éventuelle reconnaissance de l'état de nécessité au profit de la personne poursuivie². Certes, les hypothèses sont rares mais on peut citer au moins une affaire dans laquelle ce fait justificatif a été admis : en cas d'urgence consécutive une grève ayant conduit l'employeur à convoquer le comité d'entreprise sans respecter le délai de trois jours, pour le consulter sur la fermeture de l'établissement, en raison des risques d'accident du travail³.

Cependant, il est plus souvent décidé que l'état de nécessité ne peut être retenu en raison du comportement antérieur du prévenu. Ainsi dans une affaire jugée par la chambre criminelle le 28 février 1979⁴ Sté Duval où pour des faits assez semblables aux précédents, ce fait justificatif est refusé parce que l'urgence invoquée était due au propre carence du chef d'entreprise. Quant au consentement de la victime, parfois invoqué lors de poursuites pour entrave, il n'a jamais été accepté par les tribunaux⁵.

1. L'erreur de droit

556. A la différence des infractions de pure négligence à l'égard desquelles la bonne foi est sans influence, l'entrave, en tant qu'infraction intentionnelle, fait une place à la prise en considération de l'erreur du prévenu, cette erreur pouvant

des délégués du personnel : Cass.crim.7 janV1991 :D.1991, p.424,obs.PLANGLOIS.

¹ Cass.crim. 22 oct .1975 Bull.crim, n°223,

² Manuel droit pénal du travail, précité, p.318

³ Manuel Droit pénal du travail 4^e Ed. Alain COEURET et Elisabeth FORTIS, p318

⁴ Cass.crim.28 févr.1979, non publié

⁵ Cass.crim.17 juin 1980 ; jurispr.soc.UIMM 1980, p.422, refuse d'admettre comme justificatif l'accord des membres du comité d'entreprise pour ne pas procéder à un vote prescrit par la loi.

porter sur le contenu même de la loi, soit sur la matérialisation de l'acte accompli.

Elle s'analyse comme une ignorance ou une compréhension erronée des dispositions légales. La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » (principe appliqué Mali qu'en France) s'oppose en principe à ce qu'il en soit tenu compte.

557. Transposé au délit d'entrave, cela conduit à considérer que le défaut d'intention du chef d'entreprise ne peut se déduire de son ignorance des textes sur la représentation du personnel¹. A cet égard, il n'a pas lieu de distinguer entre erreur de droit pénal stricto sensu et l'erreur extra pénale portant sur une disposition non répressive à laquelle renvoie l'incrimination².

On admet cependant, depuis longtemps en jurisprudence et en doctrine que l'erreur de droit puisse exclure la responsabilité pénale si elle est invincible, en se renseignant par lui-même soit en s'informant auprès des tiers, notamment de l'administration.

558. En matière d'entrave, la chambre criminelle a admis ce raisonnement au profit d'un employeur qui avait légitimement pu croire qu'il n'avait pas à admettre aux réunions du comité des représentants des syndicats, en se fondant sur un avis ministériel donné en ce sens. Mais cette décision est restée isolée et la Haute juridiction a en revanche par la suite plusieurs fois refusé de prendre en considération de prétendues erreurs de droits provoquées par des certitudes dans l'interprétation des textes légaux³ ce, contrairement parfois à l'opinion des juges du fond. Ainsi, par un arrêt en date du 19 septembre 2006, décide-telle que ne justifie pas sa décision la Cour d'appel qui relaxe les dirigeants d'une société poursuivie ayant omis de convoquer aux réunions d'un comité d'établissement des représentants du personnel bénéficiant d'une mesure de cessation

¹ Cass.crim. 14 oct.1954 :Bull.crim n°296.

² Cass. Crim., 3 janv. 1956 :Dr. Ouvrier 1956,p.65

³ Cass., Crim., 7 oct.1965 :Dr.ouvrier 1966,P408- 8 févr.1966 :Bull.crim.36-9. Avr 1975 :Bull.crim ;,n°88- 29 oct.19775 :bull.crim.,231.

anticipée(CATS). La Cour s'était bornée à retenir que la mauvaise fois des prévenues n'était démontrée dès lors que ceux-ci avaient été informés de façon erronée par la fédération professionnelle dont leur société dépendait, l'incompatibilité de CATS et de l'exercice d'un mandat. L'erreur de droit ici alléguée n'était pas inévitable au sens de l'art 122-3 du Code pénal¹.

2. Erreur de fait

559. Cette erreur consiste en une méprise sur la matérialité de l'acte accompli. L'agent ne se rend pas compte qu'il est en train de réaliser les opérations dont la description figure dans la loi pénale car il ignore où il se représente faussement certains aspects pourtant réels de son activité. En matière d'entrave, le chef d'entreprise a parfois été autorisé à invoquer une erreur de fait.tel fut le cas en particulier lorsque, à la suite d'une mise à pied jugée non fondée, il est parvenu à prouver sa bonne foi en démontant son erreur dans l'appréciation de l'exacte gravité de la faute du représentant du personnel « sanctionné »².

Cette erreur a cependant en matière d'entrave un domaine étroit par ce qu'on est en présence de professionnels et qu'il est difficile pour eux de faire admettre au juge qu'ils n'ont pas une connaissance précise de l'entreprise.

3. La contrainte :

560. La contrainte ou force majeure définie désormais à l'article 122-2 du Code pénal peut également exclure la responsabilité en supprimant l'élément moral de l'infraction. Le contentieux offre quelques exemples où la contrainte a été retenue au bénéfice de la personne poursuivie pour entrave. Ainsi, le refus d'un tiers d'accepter dans son établissement le représentant du personnel d'une autre entreprise y ayant son poste de travail et interdisant par là sa réintégration après le refus de l'autorisation de licenciement a pu exonérer l'employeur poursuivi dès lors qu'aucune collusion frauduleuse n'était établie entre les deux chefs

¹ RJS 2006,n°1291

² Cass.crim,24 mars 1955 :D.1955,P 501, rapp. Patin

d'entreprise¹. De même, il a été jugé que constituait une cause d'exonération une demande de réunion extraordinaire du comité central pendant les congés payés obligeant le chef d'entreprise à choisir une autre date que celle adoptée par la majorité du comité. De même enfin, la force majeure peut être constituée par l'opposition du personnel à la réintégration mais encore importe-t-il que l'employeur ait usé des moyens en son pouvoir pour tenter de vaincre cette opposition².

¹ Cass.Crim., 8 oct. 1975 : Bull. Crim., n°211.

² Cass.crim., 9 déc. 1986 : Bull.crim., p.960. cette réserve limite fortement l'admission de la contrainte en pareille circonstance. Ainsi a-t-il été jugé que l'opposition à la réintégration manifestée par un grand nombre de sociétaires d'une coopérative et l'état de tension régnant dans l'entreprise ne constitueraient pas un cas de force majeure exonérant la direction de sa responsabilité pénale : Cass. crim., 10 mai 1977 : Dr. ouvrier 1977, p.472. A fortiori, le fait pour l'employeur de ne prendre aucune initiative pour faire cesser une grève déclenchée par le personnel pour s'opposer à la réintégration, grève ne présentant aucune caractéristique insurmontable, exclut qu'il puisse trouver dans cette situation une justification : Cass., crim., 29 nov. 1988 : Bull.crim., p.1069.

Chapitre II

Les responsabilités

561. Pour que la violation des différentes infractions précitées ne soit pas impunissables, il convient d'analyser le champ de compétence de décideurs qui ont pris des décisions ayant des conséquences sur la vie des salariés dans l'entreprise. A cet effet, plusieurs personnes peuvent être responsables en cas d'infraction à la législation du travail (section 1 les personnes : chef d'entreprise paragraphe ou tout autres personnes bénéficiant une délégation de pouvoir), la personne morale (section 2). Cette responsabilité peut être personnelle ou être cumulative, des dirigeants de société peuvent être condamnés solidairement aux réparations civiles (dédommagements des victimes).

Mais la jurisprudence considère que le chef d'entreprise est personnellement responsable, même s'il est absent lors de la réalisation du délit car sa faute consiste dans l'inexécution d'une obligation qui lui était propre.

Section 1 Les personnes physiques

Parmi les personnes visées, on a d'une part le chef d'entreprise, et d'autre par le délégateur de pouvoir de pouvoir.

Paragraphe I Le Chef d'entreprise

562. Même s'il n'a pas directement causé le dommage, le chef d'entreprise peut être personnellement tenu pour responsable pénal. Cette responsabilité est la conséquence immédiate de ses fonctions de direction¹.

Par chef d'entreprise, il faut entendre de façon générale la personne physique désignée par les statuts de la société comme son plus haut représentant, sauf si la gestion et/ou la direction est confiée dans les faits à une autre personne. Il s'agit principalement de :

¹ La simple méconnaissance d'un texte porteur d'une prescription inobservée suffit pour caractériser la responsabilité de la personne morale¹. Tandis que la mise en cause de la personne physique ne pourra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale : une infraction intentionnelle, une faute de mise en danger délibéré, une faute caractérisée

563. La personne physique nommément désignée dans les sociétés en nom personnel, où¹ il y a confusion de la personne morale et de la personne physique: commerce indépendant, entreprise artisanale, profession libérale... ;

Le PDG ou, à défaut, le DG dans les sociétés anonymes ; le gérant, dans les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les SARL et EURL ; le chef d'établissement, lieu physique d'exercice de l'activité des salariés, dans les entreprises pluri-établissements ; le président juridiquement désigné, dans les associations.

En matière de délit d'entrave, la loi punit toute entrave à la Constitution ou au fonctionnement du Comité d'Entreprise et du CHSCT sans en préciser l'auteur. Le vocable « employeur » n'est utilisé que pour viser la non présentation du bilan social au Comité d'Entreprise, car légalement cette obligation incombe expressément « au chef d'entreprise ».

564. Au Mali, les chefs d'établissement doivent prendre les mesures nécessaires pour que tout commencement d'incendie puisse être rapidement et effectivement combattu (l'article D.170 -25 du décret d'application du Code du travail). Par conséquent, il sera tenu, sous sa responsabilité, de faire examiner chaque jour l'état des dispositifs de sécurité et le bon fonctionnement des appareils élévateurs (l'article D.170 – 33 du même Code). Aussi, l'article L.318 désigne explicitement la personne morale: Seront punis d'une amende de 50.000 à 200.000F, les auteurs d'infractions aux dispositions des articles sur le non-respect du droit des salariés pendant la suspension du contrat de travail (art. L.36, 37, 39) (le respect des obligations pendant le préavis précédant la rupture du contrat de travail (L. 42) sur le respect par l'employeur de l'ordre de licenciement (L48)¹, sur la remise du certificat du travail après la rupture du contrat de travail, sur le non-respect du règlement intérieur (art. L.61 à L. 65)¹.

¹ à «oublier» la personne physique acteur de second rang incarnant une délinquance-reflet ?

Paragraphe II En cas de délégation de pouvoir

565. La délégation de pouvoir investit le préposé ou délégataire d'une mission, qui incombe en principe au chef d'entreprise. Dans de nombreux domaines du droit du travail, c'est le DRH qui détient une telle délégation de pouvoir.

Le fait pour un chef d'entreprise de déléguer ses pouvoirs permet de transférer sa responsabilité pénale sur le délégataire ou préposé. En principe, la délégation de pouvoir est donc un moyen d'exonération de la responsabilité pénale du chef d'entreprise. A l'inverse, l'absence de délégation de pouvoir implique la responsabilité personnelle du chef d'entreprise.

Le titulaire de la délégation de pouvoir peut être condamné en lieu et place du chef d'entreprise, si la délégation obéit à des règles strictes :

- le transfert de pouvoir doit émaner du chef d'entreprise lui-même

¹ Article L.48: Si après l'échéance de ce délai de quinze jours, certains licenciements pour motif économique étaient nécessaires, ceux-ci sont soumis aux règles suivantes:

- 1) L'employeur établit l'ordre des licenciements. Cet ordre tient compte, en premier lieu, des travailleurs présentant des aptitudes professionnelles moindres pour les emplois maintenus. En cas d'égalité d'aptitude professionnelle les travailleurs les plus anciens seront conservés. L'ancienneté dans l'entreprise est majorée, pour établir cet ordre des licenciements, d'un an pour le travailleur marié et d'un an pour chaque enfant à charge au sens de la législation sur les prestations familiales.
- 2) L'employeur doit communiquer, par écrit, aux délégués du personnel, s'il en existe, la liste des travailleurs qu'il se propose de licencier en précisant les critères qu'il a retenus. Il convoque, dans les huit jours de la communication de cette liste, les délégués du personnel pour recueillir leurs suggestions, lesquelles sont consignées dans le procès verbal de la réunion.
- 3) Si l'employeur envisage de licencier pour motif économique un délégué du personnel, il devra respecter la procédure spécifique à ces travailleurs.
- 4) Pour les autres travailleurs l'employeur peut, après la réunion des délégués du personnel visée à l'alinéa 2, procéder au licenciement. Dans tous les cas la liste des travailleurs licenciés et le procès verbal de la réunion susvisée sont immédiatement communiqués à l'Inspecteur du travail pour information.
- 5) Le travailleur licencié bénéficie, en dehors du préavis et de l'éventuelle indemnité de licenciement, d'une indemnité spéciale, non imposable, payée par l'employeur et égale à un mois de son salaire brut. Il bénéficie également, dans son ancienne entreprise et pendant deux ans, d'une priorité d'embauche dans la même catégorie.
- 6) En cas de litige, la charge de la preuve du motif économique et du respect de l'ordre des licenciements incombe à l'employeur.

¹ Article L.65: Le chef d'entreprise doit communiquer le projet de règlement intérieur aux délégués du personnel, s'il en existe. Cette communication s'effectue sous forme de remise aux délégués du personnel d'une copie du projet de règlement intérieur par tout procédé permettant de certifier la communication et de lui donner date certaine.

Dans les quinze jours qui suivent la date de la réception de la copie du projet de règlement intérieur, les délégués du personnel adressent, par écrit, leurs observations au chef d'entreprise.

- le délégué doit être pourvu de la compétence ou de l'autorité nécessaire
- pour veiller efficacement à l'application de la loi
- le transfert de pouvoir doit être précis, effectif et limité.

567. Il ne suffit pas que le chef d'entreprise délègue la présidence du CE ou du CHSCT car il est tenu de veiller à ce que le CE soit consulté sur toutes les mesures qu'il prend concernant la marche générale de l'entreprise¹ .

568. Toutefois, en matière d'hygiène et sécurité, lorsque le préposé reconnu pénalement responsable a commis une infraction à la réglementation sur la sécurité prévue dans le Code du travail, qui a provoqué un homicide involontaire (mort ou blessure) ou un accident ou une maladie professionnelle assorti d'un arrêt de travail de moins de 3 mois, le tribunal, peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées est à la charge de l'employeur, en totalité ou en partie. - Article L. 263-2-1 du Code du travail

En outre, il peut y avoir cumul d'infraction impliquant d'une part la responsabilité du préposé qui a enfreint les dispositions du Code du travail et, d'autre part, la responsabilité personnelle du chef d'entreprise qui a manqué à une obligation qui excède le champ de compétence du droit du travail, sur le fondement du droit pénal général.

569. Les conditions de validité d'une délégation de pouvoir sont fixées principalement par la jurisprudence.

La délégation de pouvoir doit être limitée à des tâches précises, elle doit être précise et exempte d'ambiguïté. Elle doit en outre avoir un caractère durable et stable, voire permanent.

¹ Chambre Criminelle, Cour de cassation 15/4/82 ASPERTI BOUSIN

Le délégataire ou préposé est en principe salarié de l'entreprise intéressée, dans la mesure où¹ la délégation de pouvoir constitue une simple modalité d'exécution de son contrat de travail. Il doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. En matière de sécurité, par exemple, le délégataire doit disposer :

- des compétences correspondantes: maîtrise de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité et connaissances techniques attestées notamment par une formation professionnelle sur la sécurité, par sa qualification ou son ancienneté dans cette activité ;
- de l'autorité suffisante: autonomie par rapport aux supérieurs hiérarchiques, pouvoir de commandement suffisant pour donner des ordres et les faire respecter, responsabilité exclusive en matière de sécurité ;
- de moyens permettant d'assumer ses fonctions : budget propre, pouvoir de commander les équipements individuels et collectifs de protection,

570. Il n'est pas exigé que la délégation de pouvoir soit écrite. Et, lorsqu'elle existe, une attestation écrite ne lie pas le juge. La preuve peut donc être rapportée par le chef d'entreprise par tout autre moyen : témoignage, organigramme de la société.

La subdélégation est également permise, selon la jurisprudence : le subdélégataire doit alors, comme le délégataire, avoir les compétences juridiques et techniques correspondantes, l'autorité et les moyens nécessaires pour assurer sa mission. En tout état de cause, la délégation de pouvoir doit être centrée ou recadrée sur les véritables compétences du préposé : là où¹ il est vraiment opérationnel, là où¹ il peut prendre les décisions en connaissance de cause. Les délégations dans des domaines en marge de ses réelles compétences sont dangereuses.

Pour se prémunir davantage contre le risque pénal inhérent désormais aux relations de travail, les entreprises développent également certains outils RH :

- chartes sociales ou « Codes de bonne conduite » dont l'objectif est de sensibiliser les différents acteurs au respect de la législation du travail, et parfois de certaines valeurs propres à l'entreprise. Leur force dépend beaucoup de leur nature juridique : engagement unilatéral de l'employeur, qui s'apparente davantage à une déclaration de bonnes intentions, ou accord véritablement négocié avec les partenaires sociaux ou soumis au vote du personnel. L'avantage est de sécuriser les délégations de pouvoir existantes dans l'entreprise, mais l'inconvénient réside dans la sévérité accrue des juges en cas d'infractions de la part de l'entreprise.

- sessions de formation professionnelle continue spécialisées dans le risque pénal en milieu de travail, à destination surtout des juristes d'entreprise, responsables RH et directeurs d'établissement.

571. Audit sur le risque pénal, consistant à réaliser un bilan des infractions commises par l'entreprise et à définir avec les principaux acteurs de l'entreprise un plan d'action. Les audits sont réalisés la plupart du temps par des cabinets d'avocats.

Section 2 Personne morale : l'entreprise

572. En droit privé, sont concernés¹ :

- les sociétés civiles ou commerciales régies par le droit commun ou ayant adopté le statut coopératif ;
- les associations, dès lors qu'elles sont déclarées ;
- les syndicats professionnels et autres ;
- les fondations classiques et les fondations d'entreprises ;

¹ Manuel Droit pénal du travail, A. COEURET et E. FORTIS 4^e éd, précité, p.178 et svt.

- les institutions représentatives des salariés dans l'entreprise dès lors qu'elles se sont vues reconnaître la responsabilité civile.

Paragraphe-I Les infractions imputables

565. La responsabilité des personnes morales est générale depuis la loi du 9 mars 1994. Auparavant, elle ne pouvait être mise en œuvre qu'à condition d'être spécialement prévue pour l'infraction considérée. Ceci a conduit à supprimer l'existence d'un texte précis à l'article 121-6 du Code pénal. Le champ des infractions s'étend désormais à l'ensemble des infractions du droit pénal français, qu'elle que soit la gravité de la qualification considérée : crime, délit ou contravention et quelle que soit la source : Code pénal ou disposition éparées dans d'autres Codes, dont le Code du travail, sans oublier les multiples textes non codifiés. L'interrogation majeure suscitée par cette généralisation porte sur la manière dont les infractions nouvellement imputables vont prendre place dans la pratique des parquets. A cet égard, on dispose d'indications d'ensemble dans la circulaire du garde de Sceaux du 1 février 2006 adressé aux procureurs généraux¹.

574. L'annexe de la circulaire du 1 février 2006 cite le délit de non-respect des règles d'hygiène et de sécurité du travail prévu par l'article L.4741-1 du Code du travail français².

Au Mali, dans le cadre de cette infraction, le Code du travail invoque la responsabilité de l'employeur de façon général (C. travail L.172). La question se pose de savoir est-ce que l'employeur personne physique ou personne morale. En voyant l'article L.177 du même Code on peut affirmer, qu'il s'agit d'employeur personne physique. Puisque ce dernier oblige toutes les entreprises ou tous les établissements d'assurer un service médical ou sanitaire à ses travailleurs. Il s'agit des centres médicaux internes à l'entreprise ou externes

¹ Idem manuel Droit pénal, p.180 et V. BO Min justice 2006,n°101

² Sur lequel V.infra,p.485

ayant signé des conventions pour dispenser des soins aux travailleurs de l'entreprise. De ce fait, la responsabilité de l'entreprise personne morale peut être engagée, s'il manque de tel service. Celle-ci peut être engagée si une disposition légale ou réglementaire le prévoit expressément et seulement pour des infractions commises pour son compte, par ses organes ou représentants. On y voit l'absence de la responsabilité de personne morale en France avant la généralisation de la responsabilité. A cet égard ne sont pas concernées le manquement l'ensemble des règles d'hygiène et de sécurité du travail prévue par l'article L.4741-1 du Code du travail français si on se base sur le droit malien actuel.

575. En France, les règles d'hygiène et sécurité au travail est plus large. Précisant à cette occasion qu'il peut être retenu en cas d'accident du travail en même temps que les infractions d'atteinte involontaire à la vie ou l'intégralité physique pour lesquelles la responsabilité des personnes morales était déjà prévue¹. Cette incrimination qui a si joué un grand rôle spécial, dans la construction prétorienne de la responsabilité pénale des décideurs, était en effet resté à l'écart de la responsabilité pénale des personnes morales durant la période intermédiaire alors que dans le même temps, nombre d'infraction étaient imputables à celles-ci, à commencer par celles réprimant le travail illégal².

Il en résultait une situation peu compréhensible d'un point de vue logique et certainement d'une efficacité médiocre en termes de prévention : la violation de la même obligation particulière d'hygiène et de sécurité du travail pouvait ou non conduire à l'engagement de la responsabilité pénale de personne morale,

¹¹ Ce dernier groupe d'infractions, lui aussi très présent dans le contentieux pénal du travail, a donné lieu dès 1994 à l'engagement de poursuites à l'encontre de personne morale : la circulaire du 26 janvier 1998 dénombre à cette date 27 condamnation pour homicide et blessures involontaires, le mouvement s'étant poursuivi ultérieurement de telle sorte qu'o peut considérer que la délinquance par imprudence, spécialement lorsqu'elle intervient dans le contexte de l'entreprise, constitue l'un des domaines privilégiés de la responsabilité pénal des personne morales V. idem ; Mémento droit du travail précité, p.180.

² Catégorie composée des délits d'emploi irrégulier de la main d'œuvre étrangère, le prêt illicite de main d'œuvre, de marchandage et de travail dissimulé (infra, p.475).

employeur du ou des salariés concernés, selon qu'un préjudice corporel en lien causal avec la violation s'était ou non réalisé.

576. Pareille solution, génératrice d'un régime répressif à deux vitesses, sans qu'on puisse justifier pourquoi les personnes morales seraient a priori moins concernées par les prescriptions du Code du travail que les personnes physiques. Même en l'absence d'accident, des poursuites pourront être diligentées sur la base de l'article L.4741-1 du Code du travail à l'encontre d'une personne morale dont l'organe ou le représentant entre dans les termes génériques d'« employeur » et de « préposé » employés par l'article.

577. Pour autant, cette évolution normative qui va dans le sens d'une plus grande cohérence de la répression, ne laisse pas de soulever certaines questions, en raison notamment de l'évolution pareille de la notion de causalité en matière d'imprudence. La loi du 10 juillet 2000 portant réforme des délits non intentionnels a scindé les conditions d'engagement de la responsabilité pénale selon que la personne physique a causé directement ou indirectement le dommage. Considérés dès le lendemain de l'entrée en vigueur de la loi comme des auteurs « indirects »¹, les chefs d'entreprise et délégataires ne sont incriminables sur la base du Code pénal que s'ils ont commis une faute dite « qualifiée » c'est-à-dire soit un manquement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'ils ne pouvaient ignorer, selon les termes de l'article 121-3 du Code pénal français; une faute simple d'imprudence est donc insuffisante pour engager leur responsabilité pénale sur le fondement des homicides et blessures involontaires .

Mais une telle partition dans la causalité n'est pas applicable aux personnes morales selon ce même texte article 121-3. On verra donc perdurer cette solution étrange où, sur la base du Code pénal, la personne morale est finalement seule

¹ Cass.Crim., 12 septembre 2000, : Bull. crim., 216 ; 13 février 2001 : Bull., crim., n°41.

condamnée pour des faits accomplis par une personne physique contre laquelle il n'a pas été possible de retenir une faute d'imprudence qualifiée mais qui néanmoins, a agi en tant qu'organe ou représentant de la personne morale¹.

578. L'étrangeté de la solution ira même en s'accroissant puisque, par effet de la génération, les deux catégories de responsables seront en revanche traités à égalité s'agissant du délit de l'article L.4741-1 du Code du travail, ce dernier ne requérant que le constat d'une « faute personnelle » qui reste dans tous les cas une imprudence simple, insensible au caractère direct ou indirect d'une causalité par hypothèse sans objet à défaut de réalisation du risque créé. Selon qu'on applique le Code pénal ou seulement le Code du travail à la violation de l'obligation, les enjeux ne sont certes pas les mêmes ni en termes indemnitaires : il n'empêche que ce qui paraît criminologiquement le moins grave. Le niveau des peines l'attestant autorise le juge à cumuler les responsabilités.

Quoiqu'il en soit, c'est toute la matière de l'hygiène et de sécurité qui s'ouvre à la responsabilité pénale des personnes morales. Le délit de l'article L.4741-1 est à l'évidence celui dont l'imputabilité risque d'être la plus fréquente en raison de l'amplitude de son domaine tant en ce qui concerne les activités visées qu'en ce qui concerne les prescriptions dont la violation est susceptible de constituer son élément matériel².

579. La circulaire du 13 février cite deux types d'infractions. Il s'agit du harcèlement moral prévu par l'article 222-33-1 du Code pénal et d'autre part de la discrimination aggravée prévue par l'article 432-7 du même Code. On constatera immédiatement qu'il est question de disposition appartenant au droit

¹ C'est ce sens qu'a statué la chambre criminelle de la cour de cassation par un arrêt en date du 24 octobre 2000 (Bull.crim.,n°308 ; JCP G 2001,10525, note Daury-Fauveau ;Rev.sc.crim.2001.371, obs.Boulloc). la relaxe des dirigeants est approuvée par la haute juridiction qui estime en revanche que c'est à tort qu'après relevé des éléments de faits caractérisant un manquement à des prescriptions réglementaires, la cour d'appel avait prononcé également la relaxe de la personne morale employeur. Dans cette hypothèse, les juges du fond sont tenus de relever la faute simple des organes ou représentants aux seules fins de retenir la responsabilité pénale de la personne morale.

² Amplitude encore accrue par le renvoi qui est fait à l'article L.4741-1 par divers textes réagissant la violation d'obligation de sécurité spécifiques. Infra Manuel précité,p.182.

pénal commun et non d'infractions prévues par le Code du travail, lequel contient pourtant des dispositions répressives portant sur les mêmes comportements et qui n'étaient pas questions non plus applicables aux personnes morales avant décembre 2005.

Faut-il en déduire que le harcèlement moral dans les termes de l'article L.1152-1 du Code du travail dans les relations du travail, ne doit pas mobiliser les parquets de la même façon que le harcèlement dans les termes du Code pénal?

580. De plus, pourquoi le fait de la part d'un employeur de sanctionner ou de licencier un salarié qui a subi ou refuse de subir des agissements de harcèlement moral ou qui a témoigné sur de tels agissements, ne mérite-t-il plus le même traitement juridique en termes de recherche de responsabilité que le harcèlement proprement dit ? en tout cas le Code pénal plus encore le Code du travail reteint une définition plus large de l'infraction de harcèlement moral envisagé dans son élément matériel comme des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.

581. Par ailleurs, une lecture stricte de l'incrimination rend difficilement intelligible la désignation du harcèlement moral comme infraction susceptible de concerner au premier chef les personnes morales. En quoi en effet celles-ci auraient à répondre de conflits inter individuels délibérément engagé par certains collaborateurs ou dirigeants de l'entreprise ? en vérité, cette imputation ne devient compréhensible que lorsqu'on procède à une autre lecture de l'incrimination et qu'on y voit l'approche d'une autre réalité collective faite de dégradation effective des conditions de travail d'une partie du personnel, susceptible à terme d'avoir des conséquences négatives sur la santé des salariés. Que cette situation soit le résultat d'un choix économique ou qu'elle relève d'une gestion sociale brutale, elle concerne alors le fonctionnement habituel de

l'entreprise et, dans cette mesure, devient compatible avec la conclusion d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale employeur¹.

582. Mutatis mutandis², le raisonnement serait transposable à l'approchement dual du harcèlement sexuel, le Code pénal (art. 222-33) et le Code du travail (art. L.1153-1) étant à l'évidence encore plus complémentaires si l'infraction était invoqué par la circulaire précitée. Faut-il en déduire qu'aux yeux de l'administration, ce harcèlement sexuel ne dévoile pas une délinquance des personnes morales ? On ne peut cependant pas exclure totalement a priori l'imputation du harcèlement sexuel à une personne morale. Par exemple, des agissements qui s'inscriraient dans une tentative de déstabilisation de la victime au profit de la personne morale ou encore la recherche par la personne morale d'un avantage après d'un tiers client bénéficiaire des faveurs sexuelles de la victime salariée.

583. Quant à la discrimination, elle n'est envisagée par la circulaire qu'à travers la forme aggravée que réprime l'article 432-7 du Code pénal. Dans cette mesure, elle ne paraît pas concerner les relations de travail, au moins dans le secteur privé. Mais cette approche limitée, qui s'explique par la circonstance que le principal délit des articles 225-1 et suivants du Code pénal, est imputable aux personnes morales depuis 1994, ne saurait masquer un mouvement de fond. On constate en effet la mobilisation du droit contre ce phénomène dans son ensemble, dont la loi du 31 mars 2006 constitue des plus récentes manifestations en ce qu'elle dote la HALDE (actuel Défenseur des Droits) de pouvoirs renforcés, notamment par instauration d'une procédure pénale laissée à son

¹ Cette dernière approche ne semble pas étrangère à la vision que donne parallèlement du harcèlement moral la chambre sociale de la Cour de cassation. Ainsi, dans l'affaire jugée le 21 juin 2006 (RJS 2006, n°916, rapport Leblanc, p.670), la chambre sociale retient en effet pour caractériser la violation de l'obligation de sécurité de l'employeur, le comportement habituel brutal, grossier, humiliant et injurieux d'un directeur à l'égard de plusieurs salariés de l'entreprise, faits décrits notamment par un rapport de l'Inspecteur du travail et qui aura donné lieu de la part de la direction généralement de l'association employeur qu'à une réaction tardive alors que l'obligation de sécurité de l'employeur comporte, à l'évidence, une dimension préventive corroborée. En l'occurrence, par les termes de l'article L.4121-1 du Code du travail. une telle solution souligne que, dans l'entreprise, la lutte contre le harcèlement moral, comme d'autres comportements dommageables tel que la consommation publique de tabac, doivent faire partie de la politique sociale de la direction, V Mémento précité.

² V. mémentos infra, p. 183

initiative et permettant de moduler le montant de l'amende transactionnelle selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. L'amende transactionnelle peut atteindre dans ce dernier cas la somme de 15000 euros¹.

Autre infraction imputable aux personnes morale le dépassement du temps de conduites de chauffeur routiers. C'est une précision intéressant en ce qu'elle sous-entend que la personne morale ne saurait devenir un simple garant du paiement des amendes prononcées contre le préposé.

Le défaut 'inscription des salariés sur le registre du personnel prévu par L.1227 du Code du travail est également cité comme une contravention présentant un intérêt particulier car il annonce une délinquance plus considérable, celle liée au travail dissimulé.

Paragraphe II Les conditions d'établissement de la responsabilité :

584. Le Code pénal pose des conditions particulières quant à l'imputation matérielle et morale de l'infraction à la personne morale qu'il convient d'examiner(A). On se demandera ensuite de quelle façon s'articule la responsabilité de la personne morale et celle des personnes physiques poursuivies à partir des mêmes infractions(B). Cette étude se fait en analysant le Code pénal et la jurisprudence française. Parce que la comparaison n'a pas lieu à cause de l'avancé du droit français sur le droit malien. Ce dernier ne prévoit pas de législation évolutive en la matière. Les textes qui s'appliquent au Mali, semble être d'une application générale. On pourra tout de même faire référence au droit français, pour trouver les solutions juridiques. Comme ça été le cas plusieurs fois².

¹ Manuel Droit pénal du travail, précité

² V ; supra sur la notion de licenciement sans cause réelle et sérieuse, 1^{er} partie.

A- Une infraction commise par un organe ou un représentant de la personne morale

585. La responsabilité de la personne morale employeur paraît dépendre de façon déterminante des conditions particulière que pose l'article 212-2 du Code pénal et qui nécessite que l'infraction qu'on entend leur impute ait été pour leur compte, par un organe ou représentant. Au Mali, la législation ne prévoit pas une telle condition. C'est la règle générale de l'imputabilité de l'infraction qui semble être appliquée à la matière. Ainsi, au titre de l'article 24 du Code pénal seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit: « Ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, conseils, injonctions, auront provoqué à cette action ou donné des instructions, indications, renseignements, pour la commettre »¹. Cela signifie qu'on recherche l'auteur de l'infraction dans le cadre d'une complicité active. Si cette condition n'est pas remplie, c'est la complicité passive. Cette dernière est définie comme complices d'un crime ou d'un délit ceux qui, sans risque pour eux et pour les leurs, y ayant assisté, se sont abstenus d'intervenir pour empêcher sa perpétration ou qui, en ayant eu connaissance, se sont abstenus d'en dénoncer les auteurs ou complices (article 25 du Code pénal malien).

586. En France, l'article 212-2 du Code pénal pose une condition essentielle ; en effet, la chambre criminelle a posé en principe que tous les éléments constitutifs de l'infraction devaient être réunis chez l'organe ou le représentant avant

¹ Dans le Code pénal du Mali, issu de la LOI N° 01-079 DU 20 aout 2001 il y a un livre II intitulé des personnes punissable, excusables ou responsables pour crimes et délits. Par application du même texte, Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée ou dans ceux qui l'auront consommée, sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs des complots ou attentats contre la sûreté de l'Etat, même dans le cas où le crime qui était le but des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis, Ceux qui, sciemment auront supprimé ou tenté de supprimer des éléments de preuve de l'action, ou qui auront avec connaissance, par quelque moyen que ce soit, aidé les auteurs ou complices du crime ou du délit à se soustraire à l'action de la justice ; Ceux qui, sciemment auront recelé en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit. Les auteurs de fait de complicité seront punis des mêmes peines que les auteurs du crime ou du délit dont ils se sont rendus complices.

d'engager la responsabilité de la personne morale à laquelle ils appartiennent. L'important arrêt rendu le 2 décembre 1997 par la Cour de cassation illustre cette exigence en ce qu'il affirme le caractère indirect de la responsabilité de la personne morale¹. Ce constat laisse certes le juge totalement libre de ne poursuivre ensuite que la personne morale mais les conditions de la responsabilité de l'organe ou du représentant doivent être juridiquement réunies. En espèce la Cour d'appel est censurée pour avoir déclaré une société anonyme coupable d'usage de fausses attestations établies contre un salarié et produites par un directeur général qui représentait la société dans l'instance prud'homale alors qu'il lui appartenait de rechercher si cet organe avait eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits relatés dans les attestations.

587. La Cour de cassation en déduit par ailleurs que, une fois cette faute pénale de l'organe ou du représentant caractérisée, il n'y a pas à établir de faute distincte à la charge de la personne morale pour engager la responsabilité de celle-ci².

Ces deux principes, identification de l'organe ou du représentant auteur de l'infraction et absence de faute distincte de la personne morale, méritent aujourd'hui d'être nuancés au vu de l'évolution de la jurisprudence relative à la première condition d'imputation de la responsabilité : la commission de l'infraction par l'organe ou le représentant.

588. Au Mali comme en France, la notion d'organe visée par le texte correspond au fonctionnement normal du groupement et renvoie à la structure dont il est doté en vertu de ses statuts ou de par la loi. Pour les personnes morales dotées d'une structure très élaborées comme les sociétés de capitaux ; s'y rattachent non seulement les organes de gestion : président, conseil d'administration,

¹ Cass.crim, 2décembre 1997 :JCP G1998,II10.023, rapp, DESPORTES- 18 janvier 2000 .Bull, crim n°28 ;D2000,p.696, note Saint -PAU. 24 mai 2000 : Bull, crim, n°303

² Cass. Crim., 26 juin 2001, Bull.crim.,n°161. Sur cette question, E.FORTIS, obs.Rev.sc.crim.2004,p.339

directeur, gérant. Mais également les organes de contrôle : conseil de surveillance, assemblées générales d'actionnaires ou de porteurs de parts. Si tous organes peuvent engager la responsabilité pénale de la personne morale, les premiers, de par les pouvoirs qui leur sont connus, paraissent a priori plus exposés que les seconds à matérialiser l'infraction. On notera l'effort particulier fourni par le tribunal de Strasbourg dans son jugement du 9 février 1996 pour identifier, parmi la diversité des personnes physiques intervenues à un titre ou à un autre dans la gestion de la société, l'organe par le comportement duquel l'infraction est imputable à la personne morale. En espèce un organe de gestion est plus particulièrement mis en cause. Il s'agit d'un directeur général ex-président de la société qui était de surcroît titulaire d'une délégation donnée par l'administration provisoire, lequel en revanche ne fut pas poursuivi à titre personnel. Mais subtilement les juges ont relevé que par leur caractère quotidien, les fautes de gestion à l'origine de l'infraction de marchandage ne pouvaient avoir pas été commises à l'insu des organes de contrôle de la société, ce qui aboutit à renforcer l'imputation matérielle du délit à la personne¹.

589. L'article 121-2 cite également les représentants de la personne morale. Cette notion ne fait certainement pas double emploi avec la première même s'il est admis que les organes de gestion sont aussi des organes de représentation qui, concernant les sociétés, engagent le groupement y compris lorsqu'ils agissent en dehors de l'objet social. En effet, outre le cas particulier de l'entreprise gérée par un administrateur provisoire, on peut envisager les cas dans lesquels la personne morale aura donné mandat à une personne physique ou à une autre personne morale d'agir à sa place dans la vie juridique. Dans de telles situations de « représentation spéciale » le mandataire peut avoir l'occasion de commettre une infraction.

¹ T.G.I Strasbourg du 30 décembre 1996 : Bull. Joly 1996, 297 note BARBELI, pour l'application de responsabilité de la personne morale,

B- Une infraction commise pour le compte de la personne morale

590. Cette seconde condition spécifique de la responsabilité se rapporte à l'intérêt pour la personne morale de la consommation de l'infraction. Mais comment faut-il comprendre cet intérêt ? Contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet de 1978, l'article 121-2 du Code pénal ne fait plus référence à l'intérêt collectif du groupement, notion dérivée du droit des sociétés et dont l'utilisation en droit pénal n'était pas apparue des plus aisées¹. Pour autant, le droit pénal ne se rallie pas, contrairement à d'autres législations, à un critère purement formel tel que le constat d'un agissement au nom du groupement. Ceci, à l'inverse, risquerait de conduire à des solutions arbitraires puisque n'importe quelle utilisation de la raison sociale par un organe pourrait alors entraîner automatiquement la responsabilité de la personne morale même s'il y'a abus et que cela ne rapporte qu'au dit organe. La voie choisie est médiane, car exiger que l'infraction soit commise pour le compte du groupement c'est à la fois établir un lien avec le but collectif poursuivi par celui-ci et esquiver la recherche d'un élément dont la preuve risquerait d'être difficile voire divinatoire.

591. La circulaire générale du 14 mai 1993 tire les conséquences de cette analyse en indiquant que « la personne morale ne sera pas responsable des infractions commises par un dirigeant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, si ce dernier agit pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel, parfois même au préjudice de la personne morale elle-même ». Mais, ainsi qu'on l'a dit, la formule légale « paraît plus explicite par ce qu'elle exclut de ²la répression pénal que par ce qu'elle inclut ». Si, en effet les avis convergent pour considérer « qu'agit pour le compte de la personne morale le dirigeant qui agit au nom et dans l'intérêt de celle-ci »³, encore doit-on

¹ Sur ce sujet V. M.DELMAS-MARTIY, La responsabilité pénale des groupements dans l'avant-projet de Code pénal ; RID pén. 1980,p.38.

² Manuel Droit pénal du travail, précité, p.191

³ Rapport Marchand : doc.AN, séance 2 oct.1989,n°896

préciser le type de faute sur laquelle sera fondée la responsabilité du groupement. De prime abord l'expression évoque l'idée d'une « faute lucrative », la commission de l'infraction ayant permis au groupement de réaliser un profit ou à défaut une économie.

592. Cette analyse, qui place au premier plan l'approche objective, paraît correspondre assez bien aux infractions à la réglementation d'hygiène et de sécurité ayant entraîné un accident du travail ou à celle de travail illégal ainsi que le montrent quelques affaires. Ainsi, dans l'affaire jugée le 3 novembre 1995 par le T.G.I de Paris, les différentes négligences et inobservations des textes ont pu servir les intérêts des deux sociétés mises en cause à partir de l'idée que si l'échafaudage à l'origine de l'accident avait dû être remis en l'état cela aurait eu un coût direct et indirect en termes d'immobilisation du matériel et, par conséquent, qu'il y avait eu sinon profit réalisé du moins économies effectuées. De même encore dans l'affaire tranchée par le tribunal correctionnel de Versailles le 18 novembre 1995, et qui portait sur une opération de marchandage, peut-on observer que les faits reprochés à la personne morale ont été le fruit d'une « politique délibérée de l'entreprise », d'une « stratégie adoptée...dans le but d'éviter de perdre des marchés »¹.

On indiquera en outre, que la faute lucrative ne signifie pas selon nous qu'il y a nécessairement eu volonté délibérée de la part du groupement de réaliser un profit ou une économie, ce qui serait ajouté à l'élément moral de l'infraction lorsque celle-ci est de pure imprudence².

¹ idem Manuel précité

² La question est plus difficile à trancher lorsque l'infraction est de nature intentionnelle. Mais même dans ce cas rien n'interdit de se limiter semble-il à une appréciation objective du « comportement » de la personne morale, une fois l'intention caractérisée au niveau de la personne physique organe ou représentant. Ainsi, le tribunal correctionnel de Strasbourg le 9 février 1996 s'est-il contenté, à propos du délit de travail clandestin, de relever que l'organisation déficiente de la personne morale avait permis les infractions et que la société avait « objectivement » recours à l'entreprise clandestine pour éviter d'avoir payer des pénalités de retard. T.G.I Strasbourg, 7^e ch. Crim., 9 fév. 1996 : Bull. Joly 1996, 297, note BARBEI ;

593. En toute hypothèse, une question reste en suspens : quand l'infraction est de nature intentionnelle, comment vérifier qu'elle est commise pour le compte de la personne morale sans examen préalable de culpabilité de l'organe ou du représentant ? Si on prend l'exemple du délit de la discrimination dans l'entreprise, comment vérifier qu'il s'agit d'une initiative personnelle ou l'expression d'une politique de l'entreprise.

C- La répartition des responsabilités entre personnes morales et personnes physiques

594. L'admission de la répartition de la responsabilité de la personne morale est-elle exclusive de celle des personnes physiques pour les mêmes infractions? Il convient de situer la question dans son véritable cadre. En droit pénal de l'entreprise et plus particulièrement en droit du travail, les responsabilités concurrentes de celles de la personne morale ne concernent pas n'importe quelle personne physique. Elle se rapporte aux individus qui dans l'organisation exercent le pouvoir de direction. Il est donc question en vérité des relations entre la responsabilité pénale de la personne morale et celle du « décideur » chef d'entreprise ou délégué.

A cet égard; le Code pénal prend explicitement position en faveur du cumul éventuel des responsabilités, le troisième alinéa de l'article 121-2 énonçant que la responsabilité pénale des personnes morale n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Cette règle apparaît comme la traduction du souci déjà exprimé par la commission de révision du Code pénal dès le début de ses travaux que la responsabilité pénal des groupes ne constitue pas un écran utilisé pour masquer des responsabilités des personnes physiques qui n'auraient plus à répondre des mêmes actes pénalement répréhensibles¹.

¹Avant-projet définitif du Code pénal, La documentation Française 1978,p.42. La préoccupation fut permanente puisque le rapporteur des projets de lois à l'Assemblée nationale insistait sur la nécessité d'exclure que la nouvelle responsabilité pénale de la personne morale « exonère de leur propre responsabilité les auteurs de l'infraction commise pour le compte de celle-ci, en masquant le caractère délictueux de leurs agissements personnels ». Rapport. Ph. MARCHAND:Doc.An, 1er session 1989-1990,n°896,p.123.

Peut-on aller plus loin dans la lecture du texte en dégagant de celui-ci un principe de cumul des responsabilités? Le laconisme du délégateur ne permet pas de répondre de manière générale à cette question. Tout au plus peut-on avancer l'idée que la solution dépendra de la nature de l'infraction concernée. Cette analyse est renforcée par la loi du 10 juillet 2000 qui émet des réserves quant au cumul, fondé sur les dispositions de l'article 123-3 alinéa 4, du Code pénal relatif à la faute d'imprudence et le circulaire d'application de la réforme de 2004 en date du 13 février 2006.

1. Cumul des responsabilités et loi du 10 juillet 2000

592. C'est au sujet des infractions d'homicide ou de blessures involontaires que l'hypothèse du cumul suscite le plus de commentaires. Il ressort d'une certaine lecture des travaux parlementaire du Code pénal que la responsabilité de personne morale devait conduire à limiter celle de la personne physique dirigeant du groupement. C'est l'étape qui a été franchie par la loi du 10 juillet 2000 portant réforme des délits non intentionnels.

Cette loi instaure, dans l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal, deux liens de causalité qui permette d'attribuer la responsabilité pénal en fonction d'une hiérarchie des fautes:

- en cas de causalité direct: n'importe quelle faute d'imprudence peut engager cette responsabilité;
- en cas de causalité indirecte, seule une faute caractérisée ou la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, engage la responsabilité de son auteur¹.

La jurisprudence rattache la responsabilité des décideurs, chefs d'entreprise et délégataires au lien de causalité indirect². Il en résulte que seule une faute

¹V. Mémento précité infra, p.193

² Cappel de Paris 4 décembre 2000.D 2001, p.34

dite « qualifiée » peut engager leur responsabilité dans la mesure où ils sont organe ou représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité de personne morale devrait être limitée à cette hypothèse. Autrement dit, la commission d'une faute simple pour engager la responsabilité en cas de causalité indirecte, il ne devrait pas être possible de retenir une quelconque responsabilité, ni celle de la personne physique, ni celle de la personne morale.

593. L'article 121-2 alinéa du Code pénal modifié en 2000 perturbe ce schéma en texte disposant : « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, nous réserve des dispositions de l'article 121-3 ». Cette expression sibylline signifie pour le législateur que la responsabilité pénale de la seule personne morale peut être engagée lorsque le dirigeant a commis une faute simple inscrit dans une causalité indirecte. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la jurisprudence dans un arrêt en date du 24 octobre 2000¹. Dans cette affaire, un salarié avait blessé et les dirigeants relaxés pour absence de faute qualifiée. Cette relaxe est approuvée par la Cour de Cassation qui estime en revanche que c'est à tort qu'après avoir relevé des éléments de fait caractérisant un manquement à des prescriptions réglementaires, la Cour d'appel avait prononcé la relaxe de la personne morale employeur. La Cour aurait dû rechercher si le manquement n'était pas dû pour partie à un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou à son délégataire et susceptible, nonobstant l'absence de responsabilité pénale de la société².

594. Il faut souligner que dans cette hypothèse, les juges sont tenus de caractériser une faute simple des organes ou représentants aux seules fins de

¹ Bullcim., n°308 ; JCP G 2001, II, 10535, note M. Daury-Fauveau.

² Il en résulte que, en cas d'accident du travail, la personne poursuivie peut être condamnée sur le fondement de violation des textes du Code du travail mais relaxée des chefs d'homicide et blessures involontaires si elle n'a pas commis de faute qualifiée : CA Agen, 26 novembre 2007 : Juris Data n°2007 n°2007-35594 ; JCP E 2008, 181, obs. E. Fortis

retenir la responsabilité de la personne morale. Mais cette caractérisation ne peut entraîner un cumul de responsabilité de la personne physique /personne morale¹.

Ainsi, quand un organe ou le représentant a commis une faute qualifiée au sens de l'article 121-3, le cumul de responsabilités devrait être la règle. C'est d'ailleurs cette position qu'adopte la circulaire du 13 février 2006. Elle énonce que la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir en cas d'infraction non intentionnelle que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale. La circulaire ajoute : « il en sera d'ailleurs nécessaire ainsi en cas d'infraction d'imprudence ayant accusé indirectement un dommage, du fait des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal qui exige à l'égard de la personne physique une faute de mise en danger délibéré ou une faute caractérisée, exigence qui ne concerne en revanche pas la personne morale ».

2. Cumul facultatif des responsabilités

595. Pour les infractions autres que celles visées par l'article 121-3 du Code pénal, le cumul de responsabilités est possible. Mais le cumul systématique des responsabilités des personnes physiques et des personnes morales paraît s'imposer par la circulaire du 1^{er} février 2006. En affirmant le caractère indirect de la responsabilité pénal de la personne morale à propos d'infraction appartenant à cette catégorie, l'arrêt de la chambre criminelle du 2 décembre 1997² contribue sans doute à conforter cette solution. En obligeant les juges du fond à constater la commission d'une faute intentionnelle de la part de la personne physique avant le déclenchement de la responsabilité de la personne morale, l'arrêt rend a priori le non-cumul plus difficile que si un tel détour n'était pas nécessaire³.

¹ Idem, Mémento Daloz, p.198.

² Infra les condition de la responsabilité p,533

³ DESPORTES, rapp. Sous Cass. Crim ; 2 DECEMBRE &ççè/ JCP B 1998, II,10023

Cependant, en droit il n'est indispensable que l'infraction, même intentionnelle, commise par une personne physique, organe ou représentant, ait donné lieu à la condamnation de celle-ci pour que la responsabilité pénale de la personne soit engagée. Or en droit pénal, les raisons qui conduisent à préconiser le cumul semblent parfois moins impérieuses qu'en matière d'infractions non intentionnelles. La répression n'a pas forcément ici la même vertu mobilisatrice de la vigilance humaine et les textes d'incrimination ne comportent souvent qu'une imputation au décideur. A moins qu'ils ne visent l'employeur, qualité désormais pénalement ambivalente puisque susceptible de désigner directement la personne morale. Cette référence à l'employeur ne signifie évidemment pas que l'on peut passer outre à l'exigence d'une prévision légale permettant d'imputer l'infraction à une personne morale, mais elle désigne en revanche, de façon claire, que le débiteur de l'obligation sanctionnée pénalement n'est nécessairement une personne physique¹.

De façon générale les responsabilités pourront tantôt être alternatives, tantôt être cumulatives selon les données propres à chaque situation infractionnelle. Si le cumul est retenu, il résultera de ce choix que personne morale et personne physique dirigeante seront réputées coauteurs ou complices de l'infraction. Il en résulte en effet implicitement du troisième alinéa de l'article 121 du Code pénal français que la personne morale peut être auteur principal si l'un de ces organes ou représentants a lui-même agi en tant que tel, la personne physique parallèlement poursuivie étant alors nécessairement distincte de ces derniers.

Section 3 Les peines applicables

597. Au Mali comme en France, chacune de ces infractions est accompagnée d'une ou plusieurs peines principales et éventuellement complémentaires. Pour les peines principales, la juridiction peut ne prononcer que l'une des peines

¹ C ; mémento Droit pénal du travail, Dalloz précité, p.195

encourues pour l'infraction dont elle est saisie (art 132-17 du Code al 2 pénal français). De plus les articles 131-11 et 131-18 du Code pénal posent en principe que lorsqu'un délit ou une contravention est puni d'une ou plusieurs peines complémentaires, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs peines complémentaires encourues à titre de peines principales. La liberté du juge est donc très grande en ce qui concerne les peines tant principales que complémentaires¹.

Entre les deux droits il existe une différence de nature des peines encourues par les personnes physiques. Le Code pénal malien énonce les différentes sanctions applicables pour réprimer les infractions commises au mépris des lois maliennes. Le législateur a distingué à ce titre les peines criminelles (article 4 du Code pénal), des peines applicables au délit (article 5 du même Code). Des peines accessoires accompagnent nécessairement, en vertu de la loi, certaines sanctions de l'une ou l'autre catégorie.

598. En France, on retrouve deux catégories de peines comme au Mali. Ces peines sont classées en peines correctionnelles, et en peines contraventionnelles. En France, les peines correctionnelles peuvent à la fois être prononcées sur le fondement du Code pénal et du Code du travail. Au Mali, seul le Code du travail est applicable pour sanctionner les infractions dans le milieu du travail. Le Code pénal ne prévoit que des dispositions générales sur le droit pénal qui peuvent souvent compléter les sanctions prévues par le Code du travail. C'est le cas par exemple des sanctions pénales relatives à l'entrave au travail de l'inspecteur du travail, au contrôleur du travail prévu par L.334 qui renvoient au Code pénal. En effet, dans le Code pénal du Mali, il faut remarquer que les peines correctionnelles dans le contexte du droit français correspondent aux peines criminelles au Mali².

¹ Manuel droit pénal du travail, p215 op, cité

² En revanche, il y a une différence de fond au niveau des sanctions.

Aussi bien les personnes physiques et les personnes morales peuvent encourir à des peines.

Paragraphe I Les peines encourues par les personnes physiques

599. Les deux types de peines se répartissent entre les peines correctionnelles et les contraventionnelles.

1)- S'agissant des peines correctionnelles, la liste légale de ces peines correctionnelles est prévue par l'article 131 et s du Code pénal en France. Il y a plusieurs mesures qu'on peut retrouver au Mali notamment :

- les travaux forcés à perpétuité,
- les travaux forcés de cinq à vingt ans, et, au titre des peines accessoires,
- la destitution ou l'exclusion à vie de tous emplois, fonctions, mandat ou offices publics.

Il résulte de l'art 9 alinéa 2 du même Code que la condamnation aux travaux forcés ne peut pas être prononcés à l'encontre d'un malien âgé de plus de soixante-cinq ans. Dans ces conditions d'âge et de nationalité, la peine sera remplacée par l'emprisonnement à vie ou à temps¹.

Il y a aussi les peines complémentaires en matières correctionnelles. Elles se composent des interdictions de tout ou partie de l'exercice des droits civiques, civils ou familial à savoir :

- droit de vote et d'élection par exemple aux élections des représentants du personnel dans l'entreprise.

On retrouve cette même distinction entre les peines délictuelles au Mali et les peines contraventionnelles en France.

Pour ceux qui sont des peines criminelles : aux termes de l'article 4 du Code pénal, les peines applicables aux crimes outre la peine capitale sont :

¹ Il s'agit de faire référence à d'autres dispositions du droit malien qui prévoient certaines conditions d'application pour rendre le droit plus effectif.

- Eligibilité

- Droit d'être juré, ou appelé à des fonctions publique, ou aux emplois de l'administration ou d'exercer ces fonctions ou emplois¹,
- Droit d'être tuteur, curateur,
- Droit être expert ou employé comme témoin dans les actes,
- Droit être témoigné en justice, sauf pour y faire de simples déclarations (art 6 CP malien).

Quant aux peines applicables aux délits

- l'amende est la peine principale si l'on fait abstraction de l'emprisonnement (art 5 du Code pénal).

En fin les peines communes aux délits qui sont l'interdiction de séjour, qui ne peut en aucun cas dépasser vingt ans ; l'amende et la confiscation spéciale, soit du corps du crime ou du délit quand la propriété en appartient au condamné, des choses produites par le crime ou le délit, celle qui y ont servi ou ont été destinées à la commettre.

- L'emprisonnement, (art 131-4 du Code pénal français) qui va de six mois à dix ans au plus. On trouve les mêmes peines d'emprisonnement en droits malien et français. En principe, le juge peut descendre aussi bas qu'il le souhaite (en dessous de six mois) mais ne peut jamais dépasser le maximum légal. Cette règle applicable aussi bien en France qu'au Mali. A cet effet l'emprisonnement peut être prononcé pour les infractions de travail dissimulé (article L.8224-1 du Code du travail), d'emploi irrégulier d'étranger (art L.8256-2), de marchandage et de prêt illicite de la main d'œuvre (art L8234-1).

600. Au Mali, l'article L.331 en réprimant le délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel, prévoit des peines de prison. Cette disposition est

¹ Art 6 Code pénal du Mali

prévue par le Code pénal¹. Dans le même sens L'article .319 du Code du travail prévoit également la peine de prison pour le non-respect de l'égalité de rémunération entre les salariés de sexes différents. A cela on peut ajouter la peine d'emprisonnement prévue à l'article. L.116. Ainsi, l'outrage fait par paroles, gestes ou menaces, écrits ou dessins non rendus publics ou encore par envoi d'objets quelconques dans la même intention et visant tout officier ministériel ou agent dépositaire de la force publique, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sera puni d'un emprisonnement de onze jours à un mois et d'une amende de 20.000 à 240.000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. Les personnes visées sont l'Inspecteur du travail, les officiers de police judiciaires qui dans le cadre de leur compétence intervienne pour constater les infractions sur le lieu du travail².

La doctrine française pense que la peine d'emprisonnement est très rarement prononcée en droit pénal du travail français³.

S'agissant de l'amende, elle est d'un montant légal minimum de 3750 euros (CPP, art 381). La loi ne prévoit pas de minimum mais le juge peut toujours prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue (C.pénal.132-20). Au Mali, l'amende est systématiquement prévue par le Code du travail. C'est une disposition expresse prévue pour tous les cas d'infractions pénales, par exemple, l'article L.333 punit l'emploi de personne étrangère sans autorisation de travail, de l'entrave à l'exercice du Travail de l'Inspecteur du travail par des peines d'amende de façon systématique.

601. Au Mali, ce sont les peines criminelles qui viennent en tête de la répression des mêmes infractions.

¹ L.333, punit par des amendes l'emploi de personne étrangère sans autorisation de travail. ce n'est pas la prison comme c'est le cas en France.

² V. infra Titre II de la présente partie

³ Manuel, Droit Pénal du Travail de Alain COEURET et Elisabeth FORTIS, 2012 p216

⁴ Manuel précité, idem, p.216

Les autres peines correctionnelles listées par l'article 131-3 et suivent du Code pénal français ne semblent pas être prévues par le Mali, du moins par le Code du travail. Seules les dispositions expresses sont applicables à la matière. C'est le cas de jour l'amende, destiné à remplacer la peine d'emprisonnement, cette peine consiste dans le versement au Trésor public d'une contribution quotidienne, d'un montant maximum de 1000 euros, destinée en tenant des ressources du condamné. Aussi, le stage de citoyenneté qui est une alternative à la peine d'emprisonnement. Ce stage a pour objectif de rappeler au condamné « les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondées la société » (C.pénal art.131-561). Cette peine est utilisée notamment pour sanctionner des comportements à caractère raciste¹. En outre, le travail d'intérêt général ; il est aussi destiné à remplacer la peine d'emprisonnement. La peine, acceptée par le condamné, enjoint à ce dernier d'accomplir pour une durée de 40 à 210 heures un travail d'intérêt général non rémunéré au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée (art.131-8). D'une durée maximum d'un mois, le stage est composé de modules de formation ne pouvant excéder six heures par jours. Le condamné ne respecte pas les obligations résultant du stage de citoyenneté, il est passible d'emprisonnement et de 30000 euros². Aussi, le travail d'intérêt général, la peine acceptée par le condamné, enjoint à ce dernier d'accomplir pour une durée de 40 à 210 heure un travail d'intérêt général non rémunéré au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée (art.131-8).

Enfin, la sanction-réparation ; cette peine peut être prononcée en même temps ou à la place l'emprisonnement et de l'amende (C.pénal.art.131-8-1). Elle

¹ Manuel précité, idem, p.216

² D.n°2004-1021,2è sep relatif au stage de citoyenneté.

consiste en l'obligation pour le condamné de procéder à l'indemnisation du préjudice de la victime, soit en nature, soit en argent¹.

602. Quant aux peines complémentaires, elles complètent les peines principales et sont prévues par chaque texte incriminateur. Ce sont des interdictions, de déchéances, des injonctions de soins ou obligation de faire, incapacité ou retrait d'un droit, immobilisation ou confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement ou affichage de décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication par voie électronique (C.pénal art.131-10).

Les peines complémentaires les plus fréquemment employées en droit du travail sont l'affichage du jugement aux portes des établissements et/ou la publication de la décision dans des journaux qu'elle désigne. Il faut remarquer ici que, dans le Code du travail, ces peines sont tantôt alternatives, tantôt cumulatives alors que le code pénal ne prévoit qu'une alternative entre elles². Il a été jugé en matière de travail dissimulé que les juges du fond ne peuvent prononcer à la fois l'affichage de la décision et sa publication, la loi de l'époque (C.trav., 362-44°) ne prévoyant qu'un choix entre ces peines complémentaires³. Portant le nouvel article L.8224-3 en matière de travail dissimulé prévoit curieusement le cumul de l'affichage et la publication et en matière d'infraction aux règles d'hygiène et sécurité. Le texte de l'article L.4.741-5, al.1^{er} prévoit le prononcé cumulatif de l'affichage du jugement aux portes des établissements de la personne condamnée ainsi que la publication dans certains journaux. Ces textes ne paraissent pas conformes aux dispositions du droit commun prévoyant le prononcé alternatif de ces sanctions même s'ils renvoient à l'article 131-35 du

¹ Manuel précité, idem, p.216

² C.pénal.art.131-35,al2 :La jurisprudence peut ordonner l'affichage ou la diffusion de l'intégralité ou d'une partie de la décision, ou d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci.

³ Cass.crim., 13 mars 1977/Bull.crim.,n°180.

Code pénal prévoyant le régime général de ces peines. Les juges doivent donc impérativement fixer la durée de cet affichage¹.

2)- Ensuite, les peines contraventionnelles ; la liste légale de ces peines se trouve dans l'article 131-13 du Code pénal en France. Elles se divisent en cinq classes. C'est la peine d'amende qui demeure la peine essentielle, l'emprisonnement relatif aux contraventions de cinquième classe ayant disparu du Code pénal :

Première classe : 38 euros, au Mali : 10.000 francs CFA.

Deuxième classe : 150 euros, au Mali : 20.000 francs CFA.

Troisième classe : 450 euros ; au Mali : 50.0000 francs CFA.

Quatrième classe : 750 euros, au Mali : 800.000francs CFA.

Cinquième classe 1500 euros, au Mali : 1500.000 francs CFA.

Les montants de ces amendes au Mali ne sont pas la conversion en euro mais les amendes prévues par le Code du travail au Mali en Frans CFA².

603. Pour les contraventions de cinquième classe, le juge peut prononcer à la place de l'amende (C.pénal.art.131-15) l'une des peines privatives ou restrictives de droits accompagnant ces contraventions : suspension du permis de conduire, immobilisation de véhicules, confiscation d'armes, interdiction d'émettre de chèque...).

604. Des peines complémentaires sont possibles pour toutes les contraventions. Il peut s'agir de : la suspension du permis de conduire, le stage de citoyenneté, (art.131-16 C.pénal). En droit pénal du travail, on constate un fort recours à la peine d'amende, l'utilisation de la peine privative de liberté en matière de sécurité des chantiers, de travail dissimulé et d'obstacles au contrôle. C'est la peine d'affichage ou de publication qui se place en troisième position³. Malgré

¹ Cass.crim.16 fév.1993 :Bull.crim.,n°75.

² 1 euro=6,559 FCA

³ .idem, Manuel Droit pénal du travail, p.219

cela, le constat du défaut judiciaire de diversification des sanctions pénales effectuées auparavant peut être renouvelé¹.

Paragraphe II Au niveau des peines encourues par les personnes morales

605. Il y a une différence entre le droit malien et le droit français. En France, depuis la généralisation de la responsabilité de la personne morale, le pouvoir législatif ou réglementaire doit choisir dans les listes légales prévues pour les délits et les contraventions les peines assortissant pour chaque infraction conformément à la loi « Perben II » entrée en vigueur le 31 décembre 2005. Malheureusement, le législateur a omis d'assortir les infractions nouvellement imputables aux personnes morales de peines spécialement prévues pour chaque infraction. Il en résulte un régime dual : le premier pour les personnes morales responsables pénalement depuis le Code pénal de 1992 pour certaines infractions sanctionnées par des peines spécifiques, le second pour les personnes morales responsables des infractions nouvellement imputables qui ne sont sanctionnées que par le quintuple de la peine d'amende prévue par les personnes physiques², en l'absence de dispositions spécifiques prises par le législateur. Pour les textes adoptés après la loi Perben II du 9 mars 2004, on remarque que des sanctions spécifiques sont prévues pour les personnes morales. Le problème demeure pour les textes inchangés imputables aux personnes morales depuis 2004³.

D'abord les peines correctionnelles se composent de plusieurs éléments.

En premier l'amende, elle est prévue dans son principe par l'article 131-37 du Code pénal. Elle est systématiquement encourue par la personne morale reconnue coupable de l'infraction même en l'absence de disposition expresse en

¹ C.LAZERGES, la diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail, :Rev.sc.crim.1992,p.493.

² Art.131-38 et 131-41 du code pénal

³ Manuel droit pénal précité, p.219

ce sens. A cet effet, elle est fixée par l'article 131-38 du même Code au quintuple de l'amende prévue pour les personnes physiques en répression de la même infraction. Une telle règle interdit de prononcer une amende à l'encontre des personnes morales lorsque cette peine n'est pas encourue par les personnes physiques, situation qui ne se présente dans aucune des dispositions du Code pénal rattachables aux relations du travail ou du Code du travail.

606. Les autres infractions susceptibles d'être encourues par les morales sont énumérées à l'article 131-39 du nouveau Code pénal. Leur prononcé est subordonné au contraire à une disposition expresse les prévoyant.

En second lieu, la dissolution, prévue aux articles 131-39, peut être considérée comme la peine la plus grave puisqu'elle met juridiquement fin à l'existence de la personne morale. En droit pénal du travail, elle est prévue par exemple pour les infractions au travail dissimulé, entrée et séjour des étrangers, marchandage, prêt illicite de main d'œuvre, condition de travail et hébergement contraire à la dignité de la personne. Il est à noter que certaines personnes morales ne peuvent faire l'objet de cette sanction, il s'agit des personnes morales de droit public, des syndicats et des institutions représentatives du personnel (art. 131-39, dernier al.).

S'agissant des modalités d'exécution de cette peine, l'article 131-4 du Code pénal indique que la décision prononçant la dissolution comporte le renvoi de la personne morale devant le tribunal compétent pour procéder à la liquidation. La circulaire du 14 mai 1993 précise à cet égard qu'il s'agira du T.G.I ou du tribunal de commerce selon la nature civile ou commerciale de la personne morale.

607. En outre, d'autres sanctions existent comme l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus, l'exclusion du marché public. Sur cette dernière

mesure, le droit malien se rapproche du droit français. En effet, l'article L.231 du Code du travail malien prévoit cette sanction pour les entreprises qui violerait le droit de grève. Ce texte prévoit : « l'interdiction de faire partie du conseil supérieur du travail et de participer sous une forme quelconque à une entreprise de travaux ou un marché de fournitures pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité publique »¹. En effet, c'est le principe de spécialité des infractions. Le Code du travail prévoit des peines d'amende pour des infractions. Or mis ce principe, au Mali, il résulte d'un régime spécifique, sur de nombreux points qui relèvent de l'étude du droit pénal général qui n'est pas possible dans le cadre de cette étude.

Autres sanctions prévues consistent de l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utilisation des cartes de paiement; prévue par le 7° de l'article 131-39. Elle peut être encourue, dans les mêmes conditions que pour les personnes physiques. Elles concernent les chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur après du tiré ou ceux qui sont certifiés. Elle est prononcée pour une durée de cinq ans au plus.

En outre, il peut être prononcé l'affichage de la décision ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle (art. 131-39,9°).

Ensuite les peines contraventionnelles, pour les personnes morales, les peines applicables sont prévues par l'article 131-40 du Code pénal. Il s'agit de l'amende à titre principale et de la confiscation ainsi que de l'interdiction temporaire d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement à titre complémentaire. Ces deux derniers peuvent néanmoins être prononcés à titre principal si le juge en décide ainsi que par l'application de l'article 131-44 du Code pénal. Comme pour les personnes physiques, l'article 131-42 du même code prévoit des peines alternatives. Elles sont toutefois moins nombreuses.

¹ Idem , paragraphe III, nullité de licenciement prononcé à l'occasion de l'exercice du droit de grève.

L'amende encourue pour une contravention de la 5^e classe peut être remplacé : par l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, par la confiscation de la chose liée à la commission de l'infraction.

608. Quant à l'amende, elle est le quintuple de l'amende prévue pour les personnes physiques en répression de la même infraction (131-41).

En dernier lieu, le casier judiciaire des personnes morales ; la loi du 16 décembre a créé un casier judiciaire propre aux personnes morales à côté de ce qui est réservé aux personnes physique l'art 115, art117, art119, art121 et art125). Selon la circulaire du 14 mai 1993, l'institution du tel casier était indispensable pour permettre l'application des règles de récidives et au sursis, mais également pour assurer l'effectivité des sanctions pénales prononcées à l'encontre des personnes morales.

Titre II

La mise en œuvre de la sanction pénale

609. Pour mettre en œuvre la sanction pénale, il nous paraît important de dire qui sont les acteurs pour défendre la violation de la législation sociale en matière pénale (chapitre I) et avec quelles moyens pour faire respecter le droit des salarié au niveau pénal (chapitre II).

Chapitre I

Les acteurs

610. Le système malien au niveau la constatation des infractions pénales ressemble au droit français. Le malien étant une ancienne colonie français¹, le législateur malien semble reprendre les organes chargés de constater les violations des règles pénales dans l'entreprise. Ainsi, on a d'une part en France comme au Mali, l'Inspecteur du travail, d'autre part le ministère public, en outre, le délégué du personnel (section1). Toutefois, le fait d'être une ancienne colonie, ne justifie pas à tout copier du droit français. Faudrait-il que les réalités socioculturelles soient le facteur de faire pareil. D'où la section 2 pour montrer la limite des organes de constat qui n'existe pas au Mali.

Section 1 Les organes communs au Mali et en France

L'Inspecteur du travail tout comme d'autres fonctionnaires ont une attribution dans la constatation des infractions pénales en France et au Mali. À côté de ces fonctionnaires, il y a de nombreux organismes qui jouent un grand rôle en droit pénal français du travail ce qui fait l'exception de la France par rapport au Mali.

Paragraphe I L'Inspecteur du travail²

611. Les pouvoirs détenus par l'Inspecteur du travail, les contrôleurs du travail, des officiers et agents de la police judiciaires ou agent de contrôle relevant d'administration sont variables. Dans ce paragraphe, il nous paraît nécessaire d'invoquer les points qui complètent les sanctions rattachables à l'intervention de ces agents. Car ces pouvoirs sont essentiels dans la constatation des infractions et dans la mise en œuvre de la législation du travail. Par exemple en matière de délit d'entrave, les inspecteurs du travail et les fonctionnaires de contrôle assimilés ont qualité pour constater un délit d'entrave.

Le délit d'entrave est constaté par procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire. Les PV sont dressés en double exemplaire, l'un est transmis au préfet

¹ Idem

² Idem

du département, l'autre au parquet. Si l'infraction constatée est relative à la durée du travail, un troisième exemplaire est adressé au contrevenant (par ex. le chef d'entreprise).

Selon la loi, le P-V fait foi jusqu'à preuve du contraire mais la jurisprudence n'accorde cette foi probante qu'aux faits personnellement et matériellement constatés par l'Inspecteur du travail ou les fonctionnaires de contrôle¹.

Remarque : rien n'empêche un Inspecteur du travail de consigner des faits rapportés soit par le biais de documents soit par le biais des témoignages d'élus, de délégués syndicaux. L'Inspecteur peut, suite aux faits rapportés, diligenter une enquête.

L'employeur commettra le délit d'obstacle aux fonctions de l'Inspecteur du travail² s'il :

- fournit des renseignements volontairement inexacts
- empêche par ses interventions verbales et bruyantes l'Inspecteur du travail de recueillir des déclarations
- refuse de fournir les justificatifs demandés y compris les registres obligatoires
- s'oppose à la visite des locaux
- produit de faux extraits de PV du CE.

De plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge régulièrement : « que la rétractation de l'employeur n'efface pas l'infraction »³.

612. Le ministère se justifie en invoquant l'article 17.12 de la Convention n°81 de l'OIT (1947) sur l'inspection du travail. Cet article indique : « il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites ».

¹ Chambre Criminelle, Cour de cassation, 28avril 1275 DUBOIS, bull. p 311 n°111

² chambre criminelle, 27octobre 87 bull n°376, 28sept.93 n°11228, 8juill. 80 et 26 février 91

³ Chambre Criminelle FORSAN c/DEKSART bull p245 n°100, 26 janv.93 Pomona, bull p102 n°43, 04 avril 95 Soferba, RJS n°666).

Certains auteurs estiment que le ministère interprète à contre-sens cet article. Pour ces auteurs, les mots « au lieu d'intenter » n'ont aucun sens en droit français puisque les inspecteurs du travail ne peuvent pas intenter les poursuites ni les recommander. L'opportunité des poursuites appartient au ministère public. Pour eux, l'Inspecteur du travail doit également envoyer directement ses procès-verbaux au parquet et non pas les transmettre au directeur départemental du travail qui prendra la décision de transmettre ou pas au parquet, conformément aux directives d'une circulaire ministérielle.

Cette circulaire (TR N86/15-16 du 14/0/86, complétée par la circulaire de 1979) a été censurée par :

- le Conseil d'Etat,
- la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a confirmé en 1997 que la loi n'impose pas la transmission du PV constatant l'infraction au Directeur Départemental du travail.

Les représentants du personnel peuvent constater eux -même l'existence d'un délit d'entrave dans un acte sous seing privé signé d'un ou plusieurs d'entre eux.

613. Au Mali les inspecteurs du travail ont le pouvoir face à la mauvaise foi de certains employeurs de remédier à une violation grave de la législation du travail. Ils ne peuvent que constater les faits ou actes incriminés par procès-verbal et saisir les autorités judiciaires compétentes (L.300 code du travail). Il y a deux recours possibles. Le premier est une procédure d'urgence quant au second, c'est la saisine du parquet, après avoir émis des observations, faits des mises en demeure, se trouvant dans l'obligation de saisir le parquet, seul compétent pour engager des poursuites afin de mettre fin au trouble social ainsi créée. C'est le déclenchement de l'action pénal par l'Inspecteur du travail¹.

¹¹ La répression en droit pénal du travail au Mali, Mémoire de fin de cycle, présenté par Bouréma Coulibaly et Coumba Diallao sous la Direction de Mr Fassoum CULIBALY, Inspecteur du Travail Au Mali, p.64.

Dans le cadre son pouvoir au Mali, plusieurs textes protègent le domaine d'intervention de l'Inspecteur du travail. Cela consolide son omniprésence dans la vie de l'entreprise¹. La sanction sur la comparution des parties employeur et salarié en cas de litige est prévue par l'article L.190 du Code du travail au Mali. Ce texte sanctionne par des amendes la non-comparution d'une des parties à la tentative de conciliation devant l'Inspecteur du travail. Le montant de l'amende civile est fixé à cinq mille (5.000F. C l'équivalent de 8€ en France).

614. Quant à L'Article L.334, il prévoit aussi des amendes de 20.000 à 120.000FCFA et d'un emprisonnement de 15 jours à 3 mois ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui s'est opposée ou a tenté de s'opposer à l'exécution des obligations ou à l'exercice des pouvoirs qui incombent aux inspecteurs, aux contrôleurs du travail et aux chefs de circonscriptions administratives agissant comme suppléants de l'Inspecteur du travail.

En cas de récidive, l'amende est de 120.000 à 250.000F et l'emprisonnement est obligatoirement prononcé.

Deux enseignements peuvent être tirés, le premier est lié à l'existence théorique des sanctions dans ce domaine. Il montre que le législateur malien prévoit un appui au travail de l'Inspecteur du travail. Même si les amendes n'ont pas de rapport avec le droit français au niveau des montants. Ils représentent un outil de travail au Mali. Quant au second, on est dans une logique de multiplication des amendes comme en droit français. Ce système consiste lorsqu'une personne physique ou morale déjà condamnée définitivement pour une infraction commet une nouvelle infraction dans un certain délai à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, la loi double en principe les maxima des peines et privatives de liberté encourues pour la seconde infraction².

¹ V. infra, sur l'omniprésence de l'Inspecteur du travail en droit du travail malien

² En matière criminelle, cette règle est aménagée quant à la personne condamnée encourt une peine de vingt ou trente ans de réclusion. La récidive lui fait encourir la réclusion à perpétuité(c ; pénal., art 132-8) en France

615. En France, afin de simplifier les règles de la récidive, le Code pénal établit cinq cas de récidive possibles pour les crimes les délits et les contraventions de cinquième classe, tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales¹.

Si la personne poursuivie ne se trouve pas dans un des cinq cas prédéfinis, on parle de réitération d'infraction qui n'emporte pas de conséquences particulières. Cependant, sans entraîner de doublement de la sanction encourue, la seconde infraction pourra faire obstacle à l'octroi du sursis ou conduire à la révocation s'il avait été accordé par la première décision.

Dans certains cas présentant un danger pour la santé et sécurité des travailleurs aux chantiers, les inspecteurs du travail sont amenés à agir vite. Ils doivent immédiatement prendre, en même temps que la procédure de mise en demeure, des mesures d'urgence pouvant aboutir à la saisine du juge des référés.

Paragraphe II Le déclenchement d'une procédure d'urgence

616. Le juge des référés est aujourd'hui compétent dans deux domaines spécifiques où les situations peuvent être envisagées d'un point de vu pénal : l'hygiène et la sécurité du travail ainsi que le repos dominical. Pour examiner le déclenchement de cette procédure, il important d'appréhender certain exemples.

D 'abord le cas d'hygiène et la sécurité, selon l'article L.4732-1 du Code du travail français, lorsqu'un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résulte de l'inobservation des disposition qu'il cite et des textes pris pour leur application, l'Inspecteur du travail peut saisir le juge des référés pour pouvoir ordonner toutes mesures propre à faire cesser ce risque, telles que la mise hors service, l'immobilisation, la saisine des matériels, machines, disposition produits ou autres. Le juge peut également ordonner la fermeture

¹ Manuel du droit pénal du travail 5éd, E. FORTIS et A. COEURET, p, 224

temporaire d'un atelier ou d'un chantier¹. Il peut assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du trésor.

617. L'article L.4741-11 du Code du travail, qui prévoit la possibilité de condamner l'entreprise à réaliser un plan de sécurité, confie le contrôle de l'exécution de ce plan à l'Inspecteur du travail qui peut, s'il l'estime nécessaire, saisir le juge des référés pour que celui ordonne la fermeture totale ou partielle de l'établissement pendant le temps nécessaire à l'exécution des mesures prescrites.

Il convient de signaler la possibilité offerte à l'Inspecteur du travail par le dernier alinéa de l'article L4132-4 du Code du travail d'utiliser cette même procédure en cas de désaccord entre l'employeur et la majorité du CHSTC sur les décisions à prendre après exercice du droit d'alerte.

Ensuite le cas du repos dominical, un référé avait déjà été instauré par voie réglementaire dans ce domaine par décret du 6 août 1992(c. trav. Art. R.262-1-1 désormais abrogé). Ce texte fut déclaré illégal par le conseil d'Etat dans l'arrêt Tapis saint-Maclou². Au motif que la saisine du juge des référés par l'Inspecteur du travail relevait du domaine de la loi. Le nouvel art L.3132-31 du Code du travail ; issu de la loi de modernisation du 19 novembre 2000, rétablit cette procédure en permettant à l'Inspecteur du travail de saisir le président du T.G.I pour ordonner toutes mesures propres à faire cesser l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions suivantes : art L3132-3 relatif hebdomadaire obligatoire le dimanche ; art L3132-13 relatif au repos du dimanche après-midi avec un repos compensateur par roulement et par semaine dans les

¹ V. par exemple T.G.I Paris, 10 janv. 1974 : jurispr. Soc. UIMM, n°344. Faisant application de l'article L263-1, le juge de référé de Pontoise a ordonné, le 18 octobre 1978, la fermeture complète d'une entreprise, dont les locaux n'étaient conformes aux dispositions du décret du 14 novembre 1962 relatif aux installations électriques, jusqu'à exécution des travaux prescrits par l'Inspecteur du travail ; T.G.I Pontoise, 18 oct. 1978 : Dr. ouvrier 1979, p.189, note Alvarez.

² CE, 21 oct. 1994 : Dr. soc. 1995, p.139, concl. J.-C. Bonichot

établissements dont l'activité principale exclusive est la vente de denrées alimentaires au détail¹.

618. Reprenant cette prescription du droit français le Code du travail malien dans son article L.175 prévoit : « Lorsqu'il existe des conditions de travail dangereuses pour la santé ou la sécurité des travailleurs non visés par les textes prévus à l'article L.171, l'employeur est mis en demeure par l'Inspecteur du travail d'y remédier par les formes et conditions prévues à l'article précédent. L'Inspecteur peut, notamment, dans les cas d'urgence, ordonner l'arrêt immédiat du travail jusqu'à ce que les mesures de prévention adéquates aient été prises par l'employeur.

Les heures chômées de ce fait donneront lieu à une rémunération au même titre que des heures de travail effectif ». Le droit malien vise la saisine du juge de référé de façon générale. Il suffit que la santé et l'intégrité du salarié soient menacées l'emploi de l'adverbe notamment expirait un champ illimité de ce domaine. Est à dire que le droit malien pose des questions de meilleures sanctions imminentes pour protéger le salarié en posant un cadre générale de la saisine du juge des référés. Alors que le Code du travail français délimite cette saisine à deux domaines.

619. Dans ce cadre, il peut saisir le président du tribunal du tribunal d'instance territorialement compétent où l'activité a été considéré comme dangereuse. On rappelle qu'en France, le président du T.G.I qui est compétent dans ce domaine.

Cette procédure peut éventuellement être engagée avant même l'expiration de délai d'exécution prévu par la mise en demeure. Le travail ainsi arrêté ne pourra être repris jusqu'à ce que les mesures de prévention adéquates aient été prises par l'employeur. Cette procédure d'urgence n'est possible que si les conditions suivantes sont réunies :

¹ Droit pénal précité, p.31.

- Il doit exister » un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur » sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux. Il semble qu'il doive s'agir du risque particulièrement grave et imminent qui justifierait précisément une mesure d'urgence.

- Le risque doit résulter d'une inobservation des prescriptions d'hygiène et de sécurité prévues par le Code du travail et des textes promulgués pour leur application¹.

- La décision du juge de référé ne peut entraîner ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés. Lesquels devront donc percevoir l'intégralité de leur rémunération.

620. Les ordonnances de référé ne peuvent que prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (art 685 du décret n°99-254/P.R.M du 15 septembre 1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale). Si ces conditions ne sont pas remplies, l'Inspecteur du travail a le plein pouvoir de déclencher l'action pénale à partir des procès-verbaux de constatations d'infraction à la législation et la réglementation du travail dont un exemplaire est transmis au parquet, seul compétent d'ordonner des poursuites judiciaires.

Paragraphe III Autres fonctionnaires compétents : la police judiciaire

621. En France, aux termes de l'article 14 du Code de procédure pénale, la police judiciaire est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. . Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les

¹ Idem, p.567. A cet effet le juge de référé peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque, telle que par exemple : mise hors de service, immobilisation, saisie de matériels, et : ou de machines, dispositifs, produits ou autres ; fermeture temporaire d'un chantier ou d'un atelier, et non de la totalité de l'entreprise. Le juge peut aussi dans l'ordonnance de référé stipuler le paiement d'une astreinte liquidée au profit du trésor public.

délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions. Cette même attribution est confiée par l'article 29 du Code de procédure pénale du Mali à l'officier de police judiciaire de ce pays. Là c'est sans doute une imitation de cette compétence. Donc il est nous pas interdit d'étudier le droit malien à la lumière du droit français. La répétition des définitions en est notre justification.

622. L'articulation de ces pouvoirs avec ceux d l'Inspecteur du travail est envisagée à l'article L.8112-1 al 2 du Code du travail en France et L.300 du Code du travail malien. Puisque ces deux textes posent le principe d'une compétence concurrente de l'inspection du travail et de la police judiciaire pour les infractions à la réglementation du travail. Sur cette question l'article L.300 indique que les dispositions des articles L.293, 295 et 296 du présent chapitre ne dérogent pas aux règles de droit commun quant à la constatation et à la poursuite des infractions par les officiers de police judiciaire¹. Le Code du travail fait référence à l'ensemble des infractions prévues dans le milieu du travail.

¹ Article L.296: Les inspecteurs du travail ont le pouvoir de:

a) pénétrer librement à toute heure du jour et de la nuit, dans les établissements assujettis au contrôle de l'inspection, où ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer que sont occupées des personnes jouissant de la protection légale, et de les inspecter. A l'occasion de leur visite, ils doivent informer de leur présence l'employeur ou son représentant à moins qu'ils n'estiment qu'un tel avis risque de porter préjudice à l'efficacité du contrôle.

Le chef d'entreprise ou d'établissement ou son suppléant peuvent accompagner l'Inspecteur au cours de sa visite.

b) - pénétrer dans les locaux où ils ont tout lieu de supposer qu'il est effectué un travail collectif;

c) - requérir, si besoin est, les avis et les consultations de médecins et techniciens, notamment en ce qui concerne les prescriptions d'hygiène et de sécurité. Les médecins et techniciens sont tenus au secret professionnel dans les mêmes conditions et sous les mêmes sanctions que les inspecteurs du travail,

d) - se faire accompagner, dans leurs visites, d'interprètes assermentés et des délégués du personnel de l'entreprise visitée ainsi que des médecins et techniciens visés au paragraphe ci-dessus,

e) procéder à tous les examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer que les dispositions applicables sont effectivement observées et notamment:

- - interroger, avec ou sans témoins, l'employeur ou le personnel de l'entreprise, contrôler leur activité, demander des renseignements à toute autre personne dont le témoignage peut sembler nécessaire;
- - requérir la production de tout registre ou document dont la tenue est prescrite par la présente loi et par les textes pris pour son application;
- - prélever et emporter aux fins d'analyse, en présence du chef d'entreprise ou du chef d'établissement ou de son suppléant et contre reçu, des échantillons des matières et substances utilisées ou manipulées.

Les frais résultant de ces expertises et enquêtes seront supportés par le budget de l'Etat.

Les inspecteurs du travail ont l'initiative de leurs tournées et visites.

f) - procéder en matière de simple police à la perception directe des amendes. En cas d'opposition du contrevenant, les dispositions des articles 435 à 458 du Code de procédure pénale sont applicables.

623. Cependant, chaque corps de contrôle est soumis à ses propres règles. Ainsi, la chambre criminelle a jugé que la communication du procès-verbal au prévenu d'une infraction à la durée du travail n'est obligatoire que lorsque c'est l'Inspecteur du travail qui constate l'infraction. Alors que, l'officier de police judiciaire n'est, lui, pas tenu de remettre un exemplaire au contrevenant¹.

La police judiciaire est donc soumise aux règles qui la gouvernent, en particulier celles relative à l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance². Cependant, une procédure telle que l'enquête de flagrance n'est possible que pour les crimes et les délits, ce qui, en pratique, concerne surtout les délits de travail illégal et les accidents du travail. D'une façon générale, c'est donc l'Inspecteur du travail qui est considéré comme l'autorité de contrôle essentielle de l'application de la réglementation du travail, l'intervention de la police judiciaire étant cantonnée dans des domaines déterminés.

Section 2 L'exception française

624. En France, il y a un ensemble d'organes qui peuvent intervenir pour contrôler des infractions en droit du travail qu'on ne retrouve pas en droit malien. A ce niveau, il n'y a pas de rapprochement entre les deux droits, au point qu'on peut dire que le droit malien a su garder son entière indépendance vis-à-vis du droit français. Cela veut dire que le Mali n'a pas de problème qui pourrait justifier le copiage du droit français. Ainsi est-elle exclue toute intervention de certains fonctionnaires habilités dans la lutte contre le travail illégal. Parmi ces organes en France, on les agents de la Direction générale des douanes, les agents assermentés des caisses de mutualité agricole, les officiers des Affaires maritimes, les fonctionnaires assermentés de l'aviation civile et les contrôleurs des transports terrestres (art L.8271-7. Ces mêmes fonctionnaires

¹ Cass., crim., 19 mai 1987 : JCP E 1987, I, 16770, obs. GODARD.

² C ; Manuel droit pénal du travail déjà cité, p.16, citant CPP, art 53 et s. pour l'enquête de flagrance, et art.75 et s. pour l'enquête préliminaire. Pour une application de la procédure de flagrance, Cass.crim., 22 févr 1996. Dr. pénal 1996, comm. n°130, obs J-H.ROBERT

sont d'ailleurs habilités par l'article L.8271-2 du Code du travail à se communiquer réciproquement tous renseignements et tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal. Les procès-verbaux sont transmis directement au parquet. Ils font foi jusqu'à preuve contraire comme ceux établis par l'Inspecteur du travail.

625. De même encore, les inspecteurs et contrôleurs des douanes, les commissaires de la concurrence et de la consommation, les inspecteurs de la répression des fraudes, les ingénieurs des mines, ont compétence, en vertu de L4311-6 du Code du travail, pour constater, en dehors des lieux d'utilisation des équipements de travail et moyens de protection concernés, les infractions aux dispositions des articles L4311-1 à L43311-4 commises à l'occasion de l'une des opérations visées au même article¹.

¹ Manuel Droit pénal, précité, du travail, 4^e éd, p18

Chapitre II

Les poursuites

626. Le Mali hérite de la France les règles relatives à la mise en œuvre des poursuites. L'initiative des poursuites appartient au ministère public (section1), mais cette dernière peut aussi être mise en mouvement par l'action civile de la victime de l'infraction (section2).

Section 1 L'exercice des poursuites par le ministère public

627. Il importe de rappeler brièvement les modalités d'exercice de l'action publique(1), de préciser le sens de la règle dite de l'opportunité des poursuites (paragraphe (2)) et d'indiquer en fin le sens des décisions susceptibles d'être prises par le Procureur de la République(3).

Paragraphe I Les modalités d'exercice des poursuites

628. Le premier alinéa de l'art 1^{er} du Code de procédure pénale dispose que l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats du ou par les fonctionnaires auxquelles est confiée par la loi. Cette fonction est confiée par l'art 1 du Code pénal du Mali au Ministère Public. On retrouve la même définition au même niveau dans les Codes respective (art 1). L'action publique est destinée à réparer l'atteinte portée aux intérêts généraux de la société¹. Dans les deux systèmes juridiques le Ministère public représente l'Etat.

Les législations n'ayant pas confié le pouvoir d'exercer les poursuites aux inspecteurs et contrôleurs du travail, la poursuite de l'action publique appartient exclusivement au Ministère Public. En France la Cour de cassation ayant ainsi rappelé « que les agents de la Direction du travail et de l'emploi n'ont pas qualité pour engager les poursuites pénales aux infractions sont chargées de constater » et en tiré la conséquence « que, dès lors, c'est à bon droit que la

¹ Les sanctions civiles, administratives et pénales en droit du travail, tomeI, J.MICHEL, documentation française

juridiction de jugement a procédé en l'espèce à l'audition de l'Inspecteur du travail comme témoin, serment préalablement prêté conformément à l'article 446 du Code de procédure pénale » (Cass. Crim 26 sept 1995 ; 5mar 2002)¹.

Paragraphe II La règle de l'opportunité des poursuites

629. L'article 40 du Code de procédure pénale prévoit que : « le Procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner ». Des dispositions de cet article il ressort que le ministère public, informé de l'existence d'une infraction, notamment par la voie d'un procès-verbal qui lui a été communiqué, est en principe libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre. C'est la règle de l'opportunité des poursuites (cass crim, 2 nov 1820, 26 avril 1994 : « cette option est laissée à sa libre appréciation »). Cette libre appréciation nous fait dire que les inspecteurs du travail et contrôleurs du travail déplorent de voir leurs procès-verbaux classés sans suite en France et au Mali.

630. En France ce reproche adressé aux magistrats des parquets, est très ancien. En effet, par une lettre en date du 7 octobre 1898, le Ministre du Commerce, de l'Industrie, des Postes et des télégraphes (direction du travail et de l'Industrie) était déjà conduit à rappeler à un Inspecteur divisionnaire se plaindre que (le Procureur de la République n'avait pas cru devoir donner suite au procès-verbal dressé contre le régisseur du théâtre d'un casino pour avoir mis obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un Inspecteur » et sollicitant l'intervention du ministre, que « les parquets ont un pouvoir d'appréciation qu'ils tiennent de la loi elle-même », qu'il leur appartient d'examiner si les procès-verbaux doivent ou non être l'objet de poursuite devant les tribunaux et, qu'en aucun cas, l'autorité administrative n'a qualité pour donner des instructions à cet égard².

¹ Sanction civile, administrative et pénale en droit du travail supra

² Bulletin de l'Inspecteur du travail, 1898, n°6, p481.

631. Au Mali, les inspecteurs du travail pensent que, les magistrats du parquet submergés par le flot des infractions de droit commun ne prêtent qu'une faible attention aux procès-verbaux des infractions relevées qui sont envoyés au bureau du secrétariat du parquet¹.

En droit du travail, la règle de l'opportunité connaît un sort particulier car le rôle de l'Inspecteur du travail modifie son application².

En premier lieu, les observations et mises en demeure que l'Inspecteur effectue « suspendent » la constatation des infractions³ puisqu'il n'y aura pas d'établissement de procès-verbaux et de constatation si ces observations et mises en demeure sont suivies d'effet. En second lieu, l'Inspecteur du travail s'il est théoriquement obligé de transmettre le procès-verbal de constatation au Parquet opère un certain filtrage qui ressemble, mais en amont, au principe de l'opportunité des poursuites propre au Parquet.

A contrario, lorsqu'il y aura, comme c'est la règle, transmission des procès-verbaux, le Parquet devrait être peu enclin à abandonner les poursuites dans la mesure où le contrevenant n'aura pas suivi les directives de l'Inspecteur du travail. On comprend aisément cette situation puisque, en cas d'indifférence aux observations préalablement faites, la fonction dissuasive du droit pénal aura manqué son effet. Pourtant, les poursuites ne sont systématiques. Ce sont les infractions de travail illégal, de non-respect des règles d'hygiène et de sécurité et de durée du travail qui sont privilégiées.

632. Aussi, le pouvoir d'appréciation reconnu aux parquets peut être tempéré par l'application de deux règles.

La première de ces règles résulte du contrôle hiérarchique exercé par le ministre de la justice qui, selon l'art 36 du Code de la procédure pénale peut enjoindre au

¹ Mémoire de fin de Cycle en 2004 : la répression en droit pénal du travail au Mali ; présenté par Bouréma COUIBALY et Coumba DIALLO ; sous la direction de mr Fassoum COULIBALY, chargé de cours à la faculté des sciences juridiques et Economiques, p.66

² Manuels droit pénal du travail 4e éd, Alain COEURET et Elisabeth FORTIS, p.59

³ Idem, manuels cité infra

Procureur général, « par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites... »¹. Et par le Procureur général qui, selon l'art 37 du même Code, « a autorité sur les officiers du ministère public du ressort de la Cour d'appel » et « à l'égard de ces magistrat,...a les mêmes prérogatives que celles reconnues au ministre de la justice... »

La deuxième règle tempérant le principe de l'opportunité des poursuites résultant du droit ouvert à la victime de mettre en mouvement l'action publique par l'exercice de l'action civile², notamment lorsque le Procureur de la République a procédé au classement sans suite de la plainte dont il avait été saisi.

Paragraphe III Le caractère facultatif de la réponse pénale

633. Au Mali, les procès-verbaux dressés par l'Inspecteur du travail sont directement envoyés au secrétariat du parquet où ils sont enregistrés dans un registre spécialement tenu à cet effet. Ces procès-verbaux sont ensuite transmis au Procureur de la République. Le Procureur de la République dispose d'un triple choix quant aux décisions qu'il lui est possible de prendre (article 52 de loi n°01-080 du 20 août 2001 portant Code de procédure pénale en République du Mali).

634. Il peut tout d'abord décider de procéder au classement sans suite de l'affaire. Il s'agit-là d'une décision administrative soumise au pouvoir hiérarchique du garde des sceaux et du Procureur général qui peuvent, ainsi qu'il vient d'être rappelé³, enjoindre au Procureur de la République d'engager des poursuites.

¹ mais selon une réponse ministérielle à une question écrite, les dispositions de cet article n'autorisent pas le garde des Sceaux « à ordonner le classement sans suite d'une procédure ») J.O.Ass.Nat.Q1995,p.3802

² Cf.infra, section2)

³ Cf. infra II)

Ensuite il peut décider d'engager des poursuites et mettre en œuvre l'action publique. Cette décision, qui est irréversible, a pour effet de saisir la juridiction d'instruction ou de jugement¹.

Section 2 L'action des victimes

635. Aux termes du second alinéa de l'article 1 du Code de procédure pénale du Mali, l'action publique « peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée » et l'article 2 du même Code en France dispose que « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». L'art 2 du Code de procédure pénal du Mali formule le même contenu. Puis que le contenu des deux législations sont les mêmes, dans cette condition on pourrait se servir de la doctrine française qui sur la base des textes français et de la jurisprudence pour éclairer le domaine et les champs d'application des différentes actions résultant des infractions au pénal. L'action civile est donc une action privée en réparation du dommage résultant de l'infraction dans l'entreprise et qui comprend le préjudice matériel, moral ou corporel. Il importe de déterminer d'abord la catégorie de personnes qui peuvent exercer l'action civile(1) et de préciser les juridictions compétentes.

Paragraphe I La victime directe

636. Le préjudice issu de l'infraction est subi en premier lieu par la victime dite initiale ou directe de l'infraction. Ce peut être le salarié : il est ainsi victime d'une discrimination sexuelle ou de la violation d'une règle de repos hebdomadaire ou d'un travail dissimulé². La victime peut être une personne morale. C'est par exemple le cas du comité d'entreprise victime de l'abus de

¹ Idem, sanction civile, administrative et pénal,p.58

² Cass,crim,3févr 2001 : bull.crim,n°32

confiance commis par son secrétaire ayant réglé des dépenses personnelles avec des chèques tirés sur le compte bancaire du comité¹.

Deux questions intéressent plus particulièrement le droit du travail: l'attribution de l'action civile aux proches d'une victime d'un accident du travail et la clarification du caractère personnel du préjudice en cas de non-respect des règles relatives aux institutions représentatives.

637. On sait que l'incompétence du tribunal répressif à accorder des dommages-intérêts n'était pas un obstacle à la recevabilité de l'action civile. Or, pendant longtemps, la chambre criminelle a distingué parmi les victimes par ricochet les proches d'une victime décédée et ceux d'une victime seulement blessée. Alors qu'elle admettait la recevabilité de l'action civile des proches de la victime morte, elle refusait de recevoir à l'instance pénale la famille de victime blessée². Ainsi, par le biais du caractère personnel du dommage³, la chambre criminelle établissait une distinction entre la contravention et le délit de blessures involontaires d'une part, et le délit d'homicide involontaire d'autre part. Puis elle a abandonné cette jurisprudence en admettant la recevabilité de l'action civile des proches, qu'il s'agisse d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires⁴. On a donc assisté à un élargissement du caractère « personnel » du dommage. Cependant, les modalités d'exercice de l'action civile diffèrent selon que la victime initiale est morte ou blessée. Si elle est morte, les victimes par ricochet peuvent exercer l'action civile par voie d'action alors que, si la victime initiale n'est que blessée, seule la voie de l'intervention leur est autorisée⁵.

¹ Cass,soc,23 nov 1992 :Bull. crim,n°383.-Dr. Ouvrier 1993,p :234,obs N.ALVAREZ-PUJANA

² Cass.crim.,5 juillet 1967 :Bull.crim.,n°203. 15 févr1972 :Bull ;crim ;,n°58

³ Cass.ass.plén.,12jan1979 :JCP,II,19335, rapport Ponsard, obs.E. CARTIER :l'épouse de celui-ci,qui n'avait pas été personnellement bléssé et victime du délit de blessure involontaire...n'était pas recevable à agir devant les juridictions répressives.

⁴ Cass.crim,9 février 1989 :Bull. crim ;,n°36

⁵ Cette hypothèse est à distinguer de l'action successorale qu est l'action de la victime initiale transmise à ses héritiers. Les héritiers peuvent agir devant la juridiction répressive que la victime ait ou non introduit l'action

A- Personne physique bénéficiant une action

638. Action privée civile en réparation d'un dommage résultant d'une infraction, l'action civile ne peut jamais être exercée par le ministère public en France comme Mali, mais exclusivement par la victime de l'infraction. Dans leur « ouvrage » de droit pénal du travail¹, le Professeur Alain, COEURET, ET FORTIS ne manque de rappeler « la ligne essentielle » de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relativement aux personnes admises à exercer l'action civile est un droit civil²: atténué que l'action civile est un droit exceptionnel qui, en raison de sa nature, doit être strictement renforcé qu'« en droit pénal du travail l'art 2 du Code de procédure pénale a rapidement vieilli et s'est révélé impropre à constituer le seul fondement utilisable pour défendre les différents intérêts concernés par une infraction pénale, tant pour les préjudices réparables que pour les personnes titulaires de l'action civile ». Il importe donc de déterminer les personnes physiques (I) et les personnes morales (II).

En droit du travail en France et au Mali, les personnes physiques d'une infraction peuvent aussi bien être des salariés que des employeurs.

1. L'action du Salarié

639. Pour les premiers, il peut s'agir de tout salarié directement et personnellement lésé par la violation, pénalement sanctionnée, de dispositions législatives et réglementaires.

Encore faut-il que le salarié ait conformément à l'art 2 du Code de procédure pénal, « souffert personnellement et directement de l'infraction ». L'art 3 du même Code énonce que l'action civile est recevable pour tous les chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux qui découleront des faits objets de la poursuite. La victime initiale d'une infraction de droit commun

avant son décès mais à condition que l'action publique ait été mise en mouvement et que la victime n'ait pas renoncé à l'action civile. Ass.plén ; 9 mai 2008 (2^{arrêt}) : D.2008, act. jurispr. 1415.,

¹ Manuels droit pénal du travail, 4^{éd} Litec 2011, p 103

² Cass. Crim., 8 avril 1986 : Bull. crime, n°116

commise dans l'entreprise ou la victime d'une infraction du Code du travail doivent donc répondre aux conditions posées par le Code de procédure pénale pour obtenir réparation des préjudices issus de l'infraction. Le droit commun de l'action civile s'applique donc en droit pénal du travail, qu'il s'agisse d'utiliser les articles 2 e- 3 du Code de procédure pénale et reconnaissent la double finalité de l'action civile exercée devant le tribunal répressif¹.

640. L'action civile exercée par la victime devant le tribunal répressif poursuit deux finalités : une finalité répressive pour faire déclarer la culpabilité du prévenu et une finalité indemnitaire pour l'octroi des dommages².

641. En France la question s'est posée a été de savoir si la victime qui ne pouvait obtenir réparation devant le tribunal répressif pouvait néanmoins exercer son action civile devant celui-ci dans le seul but de faire déclarer la culpabilité de la personne poursuivie. Cette question a reçu une réponse affirmative claire dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 22 janvier 1953³. La chambre criminelle a affirmé que l'action civile a bien deux finalités, ces deux finalités peuvent très bien ne pas être poursuivies cumulativement par la même action.

642. Ce principe s'est trouvé confirmé par l'article 418, alinéa 3 du Code de procédure qui dispose : « les parties civiles peut, à l'appui de sa Constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé ». La demande de dommages-intérêts n'est pas obligatoire. Il importe donc de distinguer le droit d'exercer l'action civile de celui de demander réparation et l'impossibilité de demander au juge répressif réparation du dommage ne prive pas du droit d'exercer l'action civile.

643. Ce principe produit une conséquence essentielle en droit pénal du travail dans le domaine des accidents du travail. La possibilité d'exercer l'action civile

¹ Idem, Manuels précité, p.96

² J. GRANIER, quelques réflexions sur l'action civile : JCP 1957, I, 1 386 ; -F. BOULAN, le double visage de l'action civile exercée devant le tribunal répressif : JCP 1973, I, 22 2563

³ D.1953, p.109

est accordée à la victime d'un accident du travail ou à son ayant droit même quand le tribunal répressif est incompétent pour leur accorder réparation. Cette solution a été affirmée à plusieurs reprises¹. De plus, il y a des victimes qui espèrent que le juge pénal qualifiera avec sévérité le comportement de l'employeur afin d'en tirer profit devant une autre juridiction². Il en résulte à contrario que, s'il ne s'agit pas d'un accident du travail, le tribunal répressif retrouve sa compétence pour accorder des dommages –intérêts aux victimes. De plus, même quand il s'agit d'un accident du travail, le tribunal répressif peut accorder aux victimes soit parce que certaines d'entre elles ne sont pas des ayants droit au sens du droit de la Sécurité sociale, soit par ce qu'elles se prévalent d'une faute intentionnelle de l'employeur.

2. L'employeur bénéficiant un droit d'agir :

644. Les employeurs sont également recevables à exercer l'action civile lorsqu'ils justifient d'un préjudice personnel direct et cela dans plusieurs domaines. Ainsi, la Cour de cassation a -telle admis qu'un employeur justifie d'un préjudice direct et personnel lui ouvrant droit à en obtenir la réparation devant la juridiction pénale à raison du détournement du fond. C'est le cas du banquier détenteur des fonds qui exerce l'action civile contre son préposé qui a détourné du fond³. C'est le cas aussi de dissimulation d'activité commise par le salarié dans le cadre de son emploi. Un salarié ayant profité de son activité de vendeur de véhicule automobiles dans un garage pour acheter et revendre, pour son propre compte et à l'insu de son employeur, plusieurs véhicules à des particuliers en faisant des bénéfices, alors qu'il n'était pas inscrit au registre du

¹ Cass, crim, 15 mars 1997 : bull. crim, n°94-9 mars 1994 : Bull. crim, n°91, -30avr2002 : Bull, n°89 : ce droit de se constituer partie civile emporte celui d'interjeter appel.

² Cass, crim, 15 oct1970 : D1970, p.733, note COSTA, notamment pour prétendre à la reconnaissance d'une faute inexcusable : si cette faute est reconnue, la victime percevra une majoration de rente accompagnée d'une réparation de ses souffrances physiques ou morales ainsi que des préjudices esthétiques ou d'agrément (CSS, art L452-1). L'action en reconnaissance de faute inexcusable est définie comme une action en réparation complémentaire ouverte à la victime ou ses ayant droit. Une condamnation pénale de l'employeur sur le fondement des infractions d'homicide et de blessures involontaires entraîne souvent la reconnaissance de la faute inexcusable par la sécurité sociale.

³ Cass. Crim, 30 octobre 2006 : Bull, crim, n°260, AJ pénal 2007, 33 obs, ROYER

commerce. Il s'agit d'un salarié « officiel » qui exerce pour son propre compte une activité dissimulée au préjudice de son employeur ; ce dernier est alors recevable à agir contre son salarié¹.

645. On retrouve néanmoins pour l'appréciation du caractère direct du préjudice des difficultés. C'est bien le cas dans le domaine de la grève lorsque le comportement des grévistes est constitutif d'infractions pénales. Encore faut-il que le préjudice invoqué par l'employeur soit la conséquence de l'infraction commise par les grévistes, ce qui est rarement admis par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation considère que le préjudice dont la réparation est demandée par l'employeur et tenant à l'obligation qui lui a été faite de verser les salaires aux salariés non-grévistes empêchés de se rendre sur le lieu du travail n'est « que la conséquence indirecte de l'infraction retenue à la charge des prévenus(entrave à la liberté du travail) et n'est pas de nature à ouvrir l'exercice de l'action civile à (l'employeur) devant la juridiction répressive »². Dans cette lignée, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir énoncé que le préjudice subi par l'employeur, « partie civile, trouve son origine, non dans les actes caractérisant l'exercice du droit de grève ; que l'obligation faite à l'employeur de verser leurs salaires aux ouvriers non-grévistes qui n'auraient pu travailler résulte de l'exécution de leurs contrat de travail et ne découle pas directement des atteintes portées à leurs liberté ; que, dès lors qu' en l'absence de préjudice directement causé par l'infraction,...(l'employeur) ne pouvait saisir valablement la juridiction répressive »³.

B- Les personnes morales : l'action des institutions représentatives

646. Les institutions représentatives peuvent se porter partie civile pour des faits délictueux qui leur causent un préjudice direct et personnel. Il en est ainsi du

¹ Cass. crim., 17 novembre 1998, Dr pénal. N°1999, n°44 ; CSBP 1999, n°109, A 24 ; RJS 1999, n°560

² Cass. crim., 2 oct 1980 ; D. 1981, p. 265, obs PELISSIER, J-SAVATIER, l'irrecevabilité de l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressif pour entrave à la liberté du travail : Dr. soc. 1981, p. 147, - Cass. crim., 15 mai 1987 : Bull. crim., n°558.

³ Idem, Cass. ; crim 2 oct 1980

comité d'entreprise pour le délit d'entrave à son fonctionnement régulier, entrave qui cause nécessairement à celui-ci un préjudice dont il est fondé à obtenir réparation¹. Il en est de même pour le comité d'hygiène et sécurité. Les institutions représentatives ne bénéficient donc pas d'un régime particulier d'exercice de l'action civile comme c'est le cas des syndicats et des associations, mais doivent respecter les conditions posées par l'art 2 du Code de procédure pénale. Il convient de noter d'autre part que cette action ne peut être exercée par des membres de cet organisme agissant à titre individuel. Le délit d'entrave au fonctionnement du comité ne constitue pas une atteinte aux droits et prérogatives attachés à la qualité personnelle de membre du comité d'entreprise mais une atteinte aux droits et prérogatives du comité lui-même.

647. Le rattachement de cette action au droit commun de l'action civile cantonne en pratique les possibilités d'action des institutions représentatives à la répression du délit d'entrave. Pourtant, des tentatives sont faites pour élargir le domaine d'intervention de ces institutions à la matière des règles d'hygiène et sécurité en particulier². Certains comités d'entreprise et comité d'hygiène et sécurité en particulier, arguant des missions spécifiques qui sont les leurs dans ce domaine, demandent à être reçu au prétoire répressif³. La chambre criminelle déclare systématiquement irrecevable cette action qui ne respecte pas les conditions des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale. Ces comités n'ont pas pour mission de représenter les différentes catégories de personnel ni les intérêts généraux de la profession⁴. Cette solution est appliquée à fortiori aux infractions de droit des affaires⁵.

¹ Cass.crim.,29 mars :JCP, II,17 61.- 26 mars 1991.,n°145.Société poursuivie pour entrave au fonctionnement du CE(refus de communiquer les comptes annuels de la société à l'expert-comptable commis aux fin d'assistance du CE dans l'examen des compts annuels).-13 décembre 1994 :RJS 1995,n°252.-19 septembre 2006 :Dr. Ouvrier 2007,300.

² V. sur l'action en justice du comité d'entreprise :M KELLER, controverse sur l'action en justice du comité d'entreprise aux fin des intérêts des salariés de l'entreprise : Dr.soc. 2007,p.1153.

³ Pour le CHSCT,T, correctionnel ;Dijon,16 jan1996 :Dr ouvier 1998,p.40,

⁴ Cass.crim.28 mai 1991 :Bull.crim.,n°226 ;

⁵ Cass.crim.7 juin 1983 :bull.crim,n)172 ;rev ;société 1984,p.119 obs. BOULOC :infraction à l'article 437-4 de la loi 24 juillet 1966 : abus de pouvoir d'un administrateur ;le comité d'entreprise ne peut agir au pénal même si cet

648. L'action civile des groupements présente donc des modalités très variées qui implique de vérifier les missions de ces groupements pour attribuer à chacun l'action qui lui revient. Le législateur et le chambre criminelle font une application »distributive « de l'action civile des groupements, les superpositions et cumuls d'action générale des syndicats est largement favorisée non seulement par rapport aux autres groupements tels que le comité d'entreprise mais aussi par rapport à l'action de la victime initiale, souvent délicate à mettre en œuvre dans les relations du travail.

649. On constate d'abord que le droit de déclencher les poursuites pénales n'appartient pas toujours aux groupements. Alors que certain groupements disposent de la possibilité d'exercer l'action civile par voie d'action, d'autre ne peuvent qu'intervenir à la procédure pénale. Pour préserver à ces derniers la voie de l'intervention, on avance souvent que le recours judiciaire n'est qu'un conseil de la victime, l'information du Parquet et les relations avec la presse. C'est cette idée d'assistance générale qui limiterait leur pouvoir et justifierait leur accès au procès pénal par la voie d'intervention et non de l'action.

650. Il semble aussi que ce soit le choix effectué par le législateur lorsqu'il confère des habilitations « à exercer les droits reconnue à la partie civiles » en les subordonnant à la mise en mouvement préalable de l'action publique par le parquet ou par la partie lésée ou en leur permettant l'exercice de l'action civile seulement après avoir obtenu l'accord de la victime.

Les actions des groupements ne sont donc pas souvent fondées sur l'article 2 du Code de procédure pénal mais sur des textes particuliers prévoyant des conditions spécifiques pour agir¹. Il peut s'agir d'une habilitation législative

abus a des conséquences sur sa subvention. -4 novembre 1988 :Bull.crim., n°373 ;
Rev.sc.crim.1989,p ;342,obs.A.LYON-CAEN :le préjudice issu d'un abus de pouvoir n'est subi que par la société.

¹ On mentionnera par exemple l'action civile exercée par les ordres professionnels. Elle est accueillie le plus souvent sur le fondement d'exercice illégal de la profession dont l'ordre a pour mission d'assurer la défense de l'honneur et l'indépendance. V. pour les médecins, Cass. crim,15 févr. 2000 :Bull. crim, n°66,pour les experts comptables, Cass. crim., 18 juin2002.

ponctuelle pour certaines associations défendant certains intérêts, ou d'une habilitation générale, comme celle qui accordée aux syndicats professionnels pour défendre l'intérêt collectif des professions qu'ils représentent. De plus les conditions traditionnelles tenant aux caractères « direct » et « personnel » du préjudice ne sont en principe pas requises par les textes d'habilitation des groupements mais réservées aux victimes initiales des infractions.

651. Finalement, il apparaît que l'exercice de l'action civile par voie d'action par un groupement est fonction de sa mission, des infractions en cause et de la volonté du pouvoir législatif, pour ne pas dire politique de lui attribuer. On constate une telle politique criminelle en droit pénal du travail pour l'action civile exercée par les groupements, que ce soit les syndicats ou les associations.

Paragraphe II L'action en défense d'intérêt collectif

652. Les actions civiles qui appartiennent aux groupements sont très diverses. Selon le but et la qualité du groupement, l'action civile sera soumise à des conditions plus ou moins libérales, mais dans tous les cas différentes de celles posées par l'article 2 du Code de procédure pénale. Les conditions posées par cet article ne peuvent en effet être remplies par un groupement puisqu'il n'est pas victime initiale du dommage et ne subit pas un préjudice direct. D'un point de vue général, les conditions d'exercice de l'action civile par les groupements sont donc largement dérogoires aux droits commun¹.

Parmi les personnes morales pouvant agir en justice pénale, on peut retenir le syndicat (I), les institutions représentatives du personnel(II) et les associations(III),

A- Les actions appartenant aux syndicats :

653. Dans cette étude plusieurs actions peuvent être ouvertes par les syndicats professionnels en droit français comme en droit malien : l'action

¹ Manuel Droit pénal du travail 4^e éd à jour du nouveau le Code du travail A. COUERET , E. FORTIS, p. 110

dite « générale » qui peut être mise en œuvre dès qu'un préjudice a été causé à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat et l'action dite de « substitution » de la victime exercée dans des cas particuliers prévus par la loi.

1. L'action générale

654. L'action syndicale est admise de façon générale par les art L. 2132-3 du Code du travail qui permet aux syndicats professionnels les actions réserves civiles relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession représentée¹. Au Mali cette action est prévue par l'article L.232 qui dispose que les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, sociaux et moraux des travailleurs². A cet effet, ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent (Article L.241 Code du travail malien).

Par exemple, l'action exercée par le syndicat repose sur le délit d'abus de biens sociaux commis par l'employeur. Les syndicats soutiennent que le délit d'abus de biens sociaux touche directement à la gestion économique de l'entreprise à laquelle les salariés sont intéressés et est de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession du personnel de l'entreprise. De plus, les abus reprochés ont pour conséquence, tantôt un licenciement collectif pour motif économique et au redressement de l'entreprise³, tantôt une diminution de la

¹ Sur l'action syndicale, V.J.VERDIER, les syndicats et le droit syndical, Dalloz, vol,1,p.583 et s. A. COEURET, Droit Syndical et droit pénal : une collaboration fructueuse, in Mélanges VERDIER,2003. A .PENNEAU , Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs :LPA 2005,n85,p.5

² Cf, supra pour la définition de l'intérêt collectif de la profession.

³ Cass.,crim,27 nov. 1991.

participation des salariés aux résultats de l'entreprise¹, tantôt enfin la ruine et la liquidation judiciaire des sociétés en cause.

655. L'intérêt collectif est-il concerné par la mise en examen d'un des membres de la profession du chef d'une infraction d'atteinte à l'intégrité physique, en l'espèce un contrôleur aérien poursuivi pour homicide involontaire à la suite d'un accident d'avion ? Alors que le syndicat soutenait qu'il était du plus grand intérêt pour la défense de la profession de connaître les fautes prétendues, la chambre criminelle déclara irrecevable l'action civile du syndicat au motif que « la mise en examen pour délit d'homicide involontaire d'un individu exerçant la profession ne cause pas à l'ensemble de la profession un préjudice collectif... »². Cette solution est rapprochée des réticences de la chambre criminelle à admettre la recevabilité des syndicats et ordres professionnels lorsqu'un membre de leur organisation est victime d'une infraction violente telle que le vol ou l'homicide³.

Ainsi, un syndicat peut citer directement en correctionnel un employeur pour entrave à l'exercice de la fonction d'un Inspecteur du travail⁴, tantôt enfin la ruine et la liquidation judiciaire des sociétés en cause. La chambre criminelle rejette ces arguments au motif que le préjudice indirect qui serait porté par un délit d'abus de biens sociaux à l'intérêt collectif de la profession ne se distingue pas du préjudice lui-même indirect qu'auraient pu subir individuellement les salariés de l'entreprise. L'emploi du conditionnel démontre que les salariés n'auraient certainement été recevables à titre individuel. A fortiori, le syndicat ne peut l'être.

¹ Cass., crim. 11 mai 1999 : RJS 10/1999 ; n°1265 ; Bull. crim. n°89_V pour l'irrecevabilité d'une fédération de syndicats sur le fondement d'abus de bien sociaux et présentation ou de publication de comptes annuels infidèle, Cass., crim. 29 nov. 2000 : Bull. crim. n°359

² Cass., crim., 14 déc. 1999 : Dr. ouvrier 2000, p. 180

³ Obs. Véron, citant les syndicats de chauffeurs de taxis, de bijoutiers, de policiers en tenue etc. : Bull. crim. n°439. les victimes sont les détenteurs de capitaux. ⁴ Cass. Crim. 4/10/88 UD CFDT 22 Bull p. 883 n°328

2-Action de substitution : Des actions syndicales de substitution¹

656. Les infractions visées sont le marchandage (art L.8233-1), le prêt illicite de la main d'œuvre (art L.8242-1), les infractions aux règles du travail temporaire (art L1251-59) du travail à domicile (art L7423-2) du travail à durée déterminée (article L.1247-1) de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (art L.1144-2) (L1235-8)². L'action peut aussi être exercée lorsque l'on constate la violation des règles en matière de licenciement économique L.1235-8 et d'emploi irrégulier d'étrangers l'article L.8252-1. Enfin par application de l'article L.2262-9, les syndicats peuvent exercer toutes les actions en justice qui résultent en faveur de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer.

Enfin, le régime de l'action syndicale de substitution en matière de harcèlement et/ou du discriminatoire paraît limiter son exercice à la voie civile car les articles L.1134-2 et L.1154-2 du Code du travail renvoient aux articles L.1134-1 et L.1154-1 qui incluent les règles d'administration de la preuve dans ces domaines, inapplicables en matière pénale. Par conséquent, si cette interprétation s'avère exacte, la substitution fondée sur ces faits illicites ne pourra être mise œuvre que dans les contentieux non répressifs³.

657. Le salarié syndicaliste qui se prétend être lésé par une mesure discriminatoire est invité à soumettre au juge les éléments et indices de fait laissant supposer l'existence d'une atteinte aux principes fondamentaux d'égalité (l'article L.1132-4). L'objet de cette allégation porte sur la différence de traitement sans laquelle la discrimination n'existe pas. Mais, la preuve de la prise en considération ne lui incombe pas en tant que telle. C'est à l'employeur qui conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicat

¹ Cf, à l 1 e partie, chapitre relation collective, section action syndical

² Droit pénal du travail, 5^e éd ,p.115

³ Idem, droit pénal du travail 5e édition Litec,

d'établir que la disparité est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat.

Toutefois, la juridiction pénale exige parfois une preuve particulière du préjudice subi par le syndicat. Par exemple, par arrêt de la Cour de cassation Sociale du 8 octobre 97 Protec et Gamble¹, concernant des sanctions injustifiées subies par un délégué syndical, alors que le syndicat demandait des dommages et intérêts pour préjudice moral, la Cour a estimé qu'il ne suffisait pas au syndicat d'indiquer que le salarié concerné avait été élu sur sa liste. Elle estimait que le syndicat devait expliquer en quoi les sanctions subies par le salarié causaient un préjudice au syndicat.

B- L'action des I.R.P.

658. Les institutions représentatives peuvent se porter partie civile sur des faits délictueux qui leur causent un préjudice direct et personnel. Il en est ainsi du comité d'entreprise pour le délit d'entrave à son fonctionnement. Il a été e effet reconnu que toute au fonctionnement régulier du comité d'entreprise cause nécessairement un préjudice directe à celui-ci dont il est fondé à obtenir réparation². Il en de même pour le comité d'hygiène et de sécurité. Les institutions représentatives ne bénéficient donc pas d'un régime particulier d'exercice de l'action civile comme c'est le cas des syndicats et des associations, mais doivent respecter les conditions posées par l'article 2 du Code de procédure pénale. Il convient de noter d'autre part que cette action ne peut être exercée par les membres de cet organisme agissant à titre individuel. Le délit d'entrave au fonctionnement du comité ne constitue pas une atteinte aux

¹ Cass,soc, 8oct 97 arrêt n°3172

² Cass.crim., 29 mars 1973 :JCP 1974,II 17 651. – 26 mars 1991 : Bull.crim. n°145. Société poursuivie pour entrave au fonctionnement du CE (refus de communiquer les comptes annuels de la société à l'expert comptable commis aux d'assistance du CE dans l'examen des comptes annuels). -13 déc. 1994 :RJS 1995,n°252.-19 sep. 2006.2006 :Dr. Ouv 2007,300.

droits et prérogatives attachés à la qualité personnelle de membre du comité d'entreprise mais une atteinte aux droits et prérogatives du comité lui-même¹.

Le rattachement de cette action au droit commun de l'action civile cantonne en pratique les possibilités d'action des institutions représentatives à la répression du délit d'entrave. Pourtant, des tentatives sont faites pour élargir le domaine d'intervention de ces institutions à la matière des règles d'hygiène et sécurité en particulier². Certains comités d'entreprise et comité d'hygiène et sécurité arguant des missions spécifiques qui sont les leurs dans ce domaine, demande à être reçus au prétoire répressif³. La Chambre criminelle déclare systématiquement que cette action qui ne respecte pas les conditions des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale français. Ces comités n'ont pas pour mission de représenter les différentes catégories de personnel ni les intérêts généraux de la profession⁴. Cette solution appliquée a fortiori aux infractions civiles de droits des affaires⁵.

659. L'action civile des groupements présente donc des modalités très variées qui implique de vérifier les missions de ces groupements pour attribuer à chacun l'action qui lui revient. Le législateur et la Chambre criminelle font donc une application « distributive » de l'action civile des groupements, les superpositions et cumule d'actions civiles devant être limités. Cependant, il faut reconnaître que l'action générale des syndicats est largement favorisée⁶ non

¹ V. Manuel Droit pénal du travail, éd précité page.118

² Sur l'action du comité en justice : M.KELLER, Controverse sur l'action en justice du comité d'entreprise : RV. Dr. Trav. 2007,I,428. M. pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins des intérêts des salariés de l'entreprise :Dr.soc. 2007,p.1153.

³ Pour le CHSCT de , T.crr.dijon,16 janv.1996 :Dr.ouv. 1998,p.40, not RICHEVAUX.

⁴ Cass. Crim. 28 mai 1991 : Bull.crim. n°226 ; 11 oct 2005 . Cet arrêt est relatif à l'effondrement du terminal de l'aérogare de ROISSY : l'action civile du syndicat des pilotes est déclarée recevable alors que celle du CHSCT est déclarée irrecevable.

⁵ Cass. Crim. 7 juin 1983 :Bull. crim.,n°172 ; Rev. Sociétés 1984,p. 119,obs. BOULOC : infraction à l'article 437-4 de la loi 24 juillet 1966 : abus de pouvoir d'administrateur ; le comité d'entreprise ne peut agir au pénal même si cet abus a des conséquences sur sa subvention. -4 nov. 1988 : Bull. crim.,n°373, Rév. Sc.crim. 1989,p.342,obs. A . Lyon-Caen : le préjudice issu d'un abus de pouvoirs n'est subi que par la société.

⁶ Le syndicat peut agir sur le fondement de l'entrave au fonctionnement d'une institution représentative, infraction constitutive d'un préjudice subi par l'ensemble de la profession concernée : Cass.crim.,16 nov. 1999 : Dr.ouv. 2000,p.180. dans ce cas, il faut bien constater un cumul d'action civiles : celle du syndicat et celle de l'institution représentative elle-même.

seulement par rapport à l'action de la victime initiale, souvent délicate à mettre en œuvre dans les relations de travail.

Section 3 : l'action des associations :

Le Défenseur de droit en France et les associations de défenseurs de droit : « PAMODEC » (Projet d'Appui à la Mise en Œuvre de la Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits Fondamentaux au Travail) au Mali :

Paragraphe I Des associations au service de la société

660. Cantonné jusqu'ici à quelques affaires dans lesquelles les parties civiles individus et groupements ont joué un rôle particulièrement actif, le procès pénal portant sur la discrimination pourrait à l'avenir devenir plus fréquent par le renforcement des pouvoirs d'investigation et d'initiative procédurale de la du Défenseur du droit. Créé le 15 mars 2011. Il regroupe quatre autorités jusqu'ici indépendantes: le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Cnds et la Halde. Mais la possibilité désormais offerte sans limitation, d'orienter les poursuites vers une personne morale peut aussi concourir à ce résultat, spécialement lorsque le contexte dans lequel se manifeste la discrimination présente une dimension collective comme c'est le cas de l'entreprise et des relations qu'elle entretient avec son personnel. L'infraction offre alors l'occasion de revenir sur les conditions d'engagement de cette nouvelle responsabilité pénale.

Le Défenseur de Droit (ex la HALDE) créée par la loi du 30 décembre 2004 la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité est une nouvelle autorité administrative indépendante dont les objectifs sont d'identifier les pratiques discriminatoires, de les combattre et de tenter de résoudre concrètement les problèmes qu'elles posent. Au Mali aussi, il existe un organe de lutte contre la discrimination.

661. Dans le cadre de la promotion de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, le Gouvernement a mis en place, avec l'appui technique du BIT, un projet dénommé « PAMODEC » (Projet d'Appui à la Mise en Œuvre de la Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits Fondamentaux au Travail).

Le PAMODEC dont le lancement a eu lieu en Octobre 2002, vise à promouvoir l'application des normes fondamentales du travail, notamment celles visant à éliminer la discrimination dans l'emploi et la profession en vue de contribuer au développement socio-économique et à l'établissement d'une plus grande justice sociale dans notre pays.

Dans le cadre de ses activités, ce programme a déjà organisé quatorze activités de formation qui ont regroupé au total 452 participants dont 125 femmes. Les interventions du PAMODEC ont sans nul doute permis aux différents acteurs de prendre conscience de l'existence et de la complexité du phénomène, en particulier de la ségrégation professionnelle.

Les prérogatives du Défenseur du droit, importantes dès l'origine, ont été élargies par la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances qui lui a conféré des attributions en matière répressive. En effet, aux termes de l'article 41 de la loi précitée, lorsqu'elle constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal, L. 1132-1 et L. 1142-2 du Code du travail, la Haute autorité peut, si ces faits n'ont pas déjà donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des agissements discriminatoires une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3000 Euro s'il s'agit d'une personne physique et 15000 Euro s'il s'agit d'une personne morale, outre l'indemnisation de la victime s'il y a lieu. Le texte précise que le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et

des charges de la personne¹. Cette transaction une fois acceptée par l'auteur des faits, ainsi que, s'il y a lieu, par la victime, devra être homologuée par le Procureur de la République. En cas de refus de la transaction ou d'inexécution de celle-ci la Haute autorité dispose du droit de mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe.

662. Tout en étant en retrait par rapport au projet de loi initial qui prévoyait au bénéfice de le défenseur de droit le pouvoir d'infliger directement des sanctions pécuniaires lorsqu'elle aurait constaté des faits constitutifs d'une discrimination directe prohibée par la loi ou par un engagement international, les dispositions ci-dessus donnent à la Haute autorité les moyens d'être un acteur de premier plan dans la lutte contre les discriminations par le droit pénal.. Au moment où nous écrivons ces lignes les textes d'application n'ont pas encore été pris, si bien qu'il est encore trop tôt pour porter un jugement sur l'économie du dispositif ainsi mis en place. On se risquera à faire quelques remarques dont on souhaite qu'elles n'aient qu'une valeur provisoire pour celles qui sont porteuses de critiques.

Tout d'abord, il peut être observé que le champ infractionnel correspondant au domaine de la transaction n'est pas délimitée avec une grande précision car au-delà de la référence au principal délit que traduit le renvoi à l'article 225-2 du Code pénal, à quoi on peut ajouter l'article 432-7 du même Code pour la discrimination dans l'exercice d'une autorité publique - rien n'est dit du délit spécial de l'article L. 2141-5 du Code du travail, dont on a pourtant vu qu'il n'était pas un simple doublon, alors que l'article L. 1132-1, certes important mais non relié à une quelconque incrimination pénale est cité en référence.

663. S'agissant d'autre part du constat de ces discriminations susceptibles de transaction, l'article 41 précité semble en réserver l'exclusivité à le défenseur de

¹ De même, le renvoi à l'article L. 123-1 C. trav. porteur de l'interdiction de la discrimination sexiste ne « sanctionne » pas à proprement parler pénalement cette discrimination, il lui faut le renfort de l'article L. 152-1-1. du même Code.

droit qui par ailleurs se voit doter d'agents assermentés et spécialement habilités par le Procureur de la République à constater par procès-verbal les infractions. Aucun lien n'est établi à ce stade avec la police judiciaire et surtout avec l'inspection du travail dont les membres peuvent, par exception aux principes délimitant leur compétence d'attribution, constater les discriminations correspondant aux § 3 et 6 de l'article 225-2 (ceux qui concernent les relations de travail) du Code pénal¹, leurs pouvoirs d'investigation ayant été parallèlement élargis par la loi du 16 novembre 2001 lorsqu'ils sont en recherche de tels faits¹. Au moment où la mission de ce corps de fonctionnaires est ainsi réorientée vers la lutte contre les discriminations, et eu égard à la force probante particulière de leurs procès-verbaux, n'était-il pas expédient d'organiser leur action en harmonie avec celle de le défenseur de droit ?

664. Enfin, on aimerait que soient précisés les liens entre ces différents aspects procéduraux et le nouveau cas de discrimination punissable résultant de la légalisation de la pratique du «testing». En effet, et ce n'est sans doute pas là le moindre apport de la réforme, il est inséré dans le Code pénal un nouvel article 225-3-1 aux termes duquel «les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou de plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie».

Cette disposition qui paraît transformer le délit de discrimination du Code pénal - et lui seul - en un délit purement formel, ne concerne les relations de travail qu'à la phase de leur établissement, le refus d'embauche discriminatoire devenant ainsi un cas à part, doté d'un régime probatoire surpuissant qui

¹ Brisant une jurisprudence contraire de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (crim. 17 mars 1992 Bull. crim. N° 116) la loi précitée a introduit en effet à l'article L. 611-9 du Code du travail la règle selon laquelle les inspecteurs « peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des articles L. 122-45, L. 123-1 et L.2141-5 du Code du travail et de l'article 225-2 du Code pénal »

appellera nécessairement la mise en place de garanties quant au respect des droits de la défense et au principe du débat contradictoire. Mais à lire l'article 41 de la loi du 31 mars 2006 on a le sentiment que seuls les défenseurs de droit sont habilités à constater cette discrimination suite à un testing qu'ils auraient eux-mêmes pratiqué¹.

665. On le voit bien, des questions restent en suspens à ce stade sur la manière dont ce nouvel acteur de la lutte contre les discriminations va exercer sa mission. Le fera-t-il dans la solitude ou avec d'autres qui, pour ne parler que de la discrimination au travail, détiennent une connaissance profonde de la vie des entreprises². Mettra-t-elle l'accent plus sur tel type de discrimination que sur un tel autre y compris au travers d'un usage modulé de la procédure transactionnelle dont l'initiative lui est réservée ?

Un cumul des deux infractions est cependant tout à fait possible comme l'a décidé la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'arrêt Menzer du 29 octobre 1975³ qui, écartant la théorie du cumul idéal, affirme que si les faits reprochés au prévenu procédaient d'une même action coupable, ils constituent néanmoins des infractions distinctes par leurs éléments. Sur les problèmes de frontière entre les deux incriminations⁴.

¹ L'article ex L. 611-6 du Code du travail précité n'a du reste pas été modifié pour permettre aux inspecteurs du travail de constater la discrimination dans l'hypothèse de l'article 225-3-1 du Code pénal. Faut-il en déduire que le testing ne fait pas partie de leurs prérogatives ?

² Une relation de collaboration institutionnelle est en revanche explicitement établie par le législateur entre le défenseur de droit et différentes autorités publiques détenant un pouvoir d'autorisation d'activité ou de délivrance d'un agrément à une personne physique ou morale qui s'est rendue coupable de discrimination dans le cadre de cette activité. Le défenseur de droit peut alors recommander à cette autorité administrative de suspendre pour une durée maximale de deux mois l'autorisation ou l'agrément en question (art. 44 de la loi modifiant l'article 14 de la loi du 30 décembre 2004).

³ (Bull. crim. N° 231)

⁴ v. notre étude : « Entrave et discrimination » Droit ouvrier 1987 p 445 et s.

3 Sur l'ensemble de cet apport v. M. Keller, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations D. 2002 p 1355 ; M. Miné les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire S.S.L. 17 décembre 2001 n° 1055 - E. Putman, Présentation de la loi relative à la lutte contre les discriminations R.J.P.F 2002 p 10. E. Fortis et A. COEURET Droit pénal du travail manuel précité.

A l'exception peut-être de la discrimination antisyndicale déjà évoquée au seuil de cette étude et qui donne lieu plus systématiquement à des Constitutions de parties civiles de la part des organisations concernées, surtout lorsque les victimes sont de la même obédience. Pluralisme syndical oblige ! On peut observer sur un plan de sociologie judiciaire que l'action pénale du syndicat est assez souvent tenue en réserve face à un employeur dont on souhaite qu'il plie d'abord au seuil d'une procédure diligentée devant les prud'hommes.

666. Le droit non répressif de la discrimination connaît en effet une forme de discrimination dite « indirecte » ou objective qui ne paraît pas justiciable de poursuites pénales à moins de faire dégénérer les infractions actuelles en délits de simple imprudence.

La seconde modifiant les dispositions de la première qui reste le texte de référence à l'image de la loi informatique et liberté du 1er juillet 1978 pour la CNIL. Même si elle est aussi assortie de sanction civiles, l'interdiction formulée par l'article L.2141-5 fait partie de l'incrimination car l'article L. 481-3 du même Code se contente de fulminer les peines applicables en renvoyant purement et simplement au premier pour la définition des éléments de l'infraction

Le lien établi par la loi pénale française entre l'un des motifs illicites cités par le texte d'incrimination et un comportement qui ne peut être accompli que par un décideur, éclaire la très nette séparation opérée entre la discrimination proprement dite et le harcèlement notamment moral (Code pénal art. 222-33-1). Ce dernier est susceptible de se traduire par une pluralité d'agissements n'ayant pas de rapport nécessaire avec l'exercice de l'autorité dans l'entreprise même lorsqu'il est le fait d'un supérieur hiérarchique, hypothèse à laquelle désormais la loi ne borne plus l'interdiction du harcèlement (v. not. C. trav. Art. L. 1132-1 tel qu'issu de la loi du 17 janvier 2002 pour le harcèlement moral).

Paragraphe II L'effectivité de la lutte contre la discrimination au Mali

667. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a tenu, du 5 au 23 août 2002, à Genève, sa 61^e session, et adopté des "observations finales" et des "recommandations" sur les rapports périodiques de neuf Etats parties, à savoir, le Canada, le Sénégal, l'Arménie, le Yémen, la Nouvelle-Zélande, la Hongrie, l'Estonie, le Botswana et le Mali. Il a en outre examiné la situation s'agissant de l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale à Fidji, en retard dans la présentation de son rapport périodique¹.

Dans ses observations finales sur le rapport du Mali, le Comité note que ce pays connaît actuellement de graves difficultés économiques susceptibles d'entraver ses efforts en ce qui concerne l'application de la Convention. Le Comité note avec satisfaction que le Mali est partie à de nombreux instruments de défense des droits de l'homme et qu'il a récemment ratifié les protocoles facultatifs à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ainsi que la Convention de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi. Le Comité noterait avec satisfaction la création d'une Commission nationale consultative des droits de l'homme et d'un Ministère chargé de la promotion la femme, de l'enfant et de la famille, ainsi que l'existence d'un Médiateur de la République.

En tout état de cause, la protection du salarié doit tenir compte de la sauvegarde de l'entreprise. Car comme dirait d'aucuns, le salarié et l'employeur sont comme « le doigt et l'ongle ». En effet, le salarié ne saurait exister sans employeur c'est-à-dire l'entreprise. Les mesures protectrices instituées doivent assurer leurs biens communs.

¹ site du comité du comité des nations unis pour l'élimination des discrimination tenu le **Août 2002**, Genève, 61^e session

Conclusion

668. Au terme de cette étude, on peut faire le constat qu'il s'agit d'une comparaison originale différente de la comparaison classique. C'est-à-dire la comparaison du droit d'un pays ayant accédé à l'indépendance et qui doit affirmer ses particularités économiques sociales culturelles et religieuses, confrontées aux droits de l'ex puissance coloniale avec laquelle il garde des liens étroits collant dans le domaine juridique. C'est donc une comparaison déséquilibrée ou les sources des normes devraient formellement être les mêmes mais où dans le contenu et la mise en œuvre vont s'appliquer des différences fortes, mais aussi une comparaison qui est relative la perfection du droit dominant. Ce droit n'est fait que pour une société et non toutes celles qui sont annexées surtout par la force à la première. Vient donc formellement le temps non pas de la repentance mais de l'humilité et du respect mutuel ce à quoi je me suis mis à travers ce thème particulier des sanctions.

669. Cette étude tente d'expliquer les principes de base des sanctions et les éléments de discussion qui doivent permettre de suivre une matière en constant changement. Son particularisme est tout d'abord examiné dans une introduction qui tente de cerner la part du droit dans l'ensemble de la problématique du social et de l'emploi, prenant en compte sa dimension historique (à travers l'O.I.T européenne, française et africaine). La première partie est sans doute la plus déroutante pour celui qui découvre la matière (requalification du contrat de travail, nullité du contrat de travail, remise en état après le licenciement, institutions représentatives du personnel, négociation collective, conflits collectifs...).

La seconde, est dominée par l'implication de l'administration pour le respect des règles qui régissent le contrat, durée de travail, la protection des représentants du personnel). A travers cette étude, on a pu examiner la place que l'administration

peut jouer en droit malien. On pourrait dire que cette dernière assure en grande partie l'effectivité des mesures de protection du droit des salariés malien.

670. Toutefois cette intervention est à relativiser dans le domaine des sanctions civiles. C'est-à-dire que même si l'Inspecteur du travail intervient à plusieurs niveaux, il ne substitue pas au juge pour prendre des sanctions. Depuis l'avènement du Code du travail malien, l'employeur doit simplement informer l'Inspecteur du travail et non sollicité son accord en matière de licenciement, et le juge du fond apprécie souverainement les fait et peuvent en cas de faute lourde retenue, déclarer le licenciement légitime au fond et sanctionner l'inobservation par l'employeur des règles de forme par l'octroi au travailleur d'une indemnité¹.

C'est aussi l'illustration du rôle prépondérant que joue la Cour de cassation française dans un droit éminemment jurisprudentiel qui se construit et se reconstruit quotidiennement. Législateur, partenaires sociaux et juges s'emploient à forger avec passion un droit au centre de la vie dans les entreprises.

Comme suggestion, le droit malien doit s'adapter comme en France à des mutations économique, sociales, technologiques et politique de la société qui influent sur le monde du travail, sur le fonctionnement des entreprises, la vision et les préoccupations des partenaires sociaux.

Le caractère essentiellement dynamique et évolutif du monde du travail et de l'entreprise requiert une adaptation constante de la législation du travail à son environnement.

671. Au Mali, les textes qui s'appliquent au droit du travail datent d'avant les années 2000, alors qu'en France, l'évolution est constante. Cette divergence, ne met pas en cause à certains égards l'effectivité du droit malien. On a pu constater que le droit malien fait constamment référence à la jurisprudence

¹ Arrêt n°61 du 12 octobre 1998, chambre social de la Cur suprême du Mali, pourvoi n° 50 et 52.

française comme si cette dernière est une source de droit au Mali. Pour enrichir sa source, le droit malien peut désormais se baser sur l'avant-projet unique de l'OHADA.

L'économie mondiale devenue globalisante a eu pour effet de forcer les économies des Etats d'Afrique à se mettre au pas, d'où la naissance de l'OHADA. Mais cet Acte Unique OHADA n'est pas sans insuffisances.

Au nombre de ces insuffisances, nous avons relevé tout d'abord la propension de l'acte uniforme à recourir aux législations nationales surtout en ce qui concerne la négociation collective. Alors que ces conventions sont pour la plupart obsolètes. Or on est dans temps le monde s'est modernisé.

672. Il existe aussi un déséquilibre dans la protection des salariés dans l'espace OHADA. Dans la majorité des pays de la sous-région (Afrique et Zone OHADA) aussi bien dans les villes qu'en zones rurales, on trouve un certain nombre de travailleurs théoriquement indépendants, mais en fait qui dépendent étroitement d'autres personnes. L'extrême pauvreté de ces travailleurs est la principale explication de cette situation. Ils exercent des activités sans avoir les ressources pour s'offrir les moyens nécessaires à un travail indépendant. Conscient de cette situation, le travailleur exerce son activité sous haute pression, ce qui se traduit dans la pratique par de fréquentes violations du droit du travail.

673. Il ne faut pas perdre de vue que le but poursuivi par le législateur OHADA est l'harmonisation des règles relatives au travail afin d'attirer de potentiels investisseurs. Pour ce faire, la protection du salarié visé dans l'institution des mesures, doit se faire sans entraver la possibilité pour l'employeur de rester encore « le seul capitaine au bord de son navire » c'est-à-dire l'entreprise. En effet, il est question pour les mesures instituées dans l'avant-projet d'être la balance entre les intérêts des partenaires sociaux. Bien plus il s'agit d'améliorer les rendements de l'entreprise nécessaires au développement économique, par le biais de la protection du salarié. Car comme on le sait un salarié bien épanoui

dans son travail, favorise un meilleur rendement et partant un accroissement de l'économie ; et qui dit évolution de l'économie, dit évolution des investissements et réduction du chômage.

674. Outre la confirmation de l'importance capitale de ce domaine pour mener la maturité d'un système juridique et d'une branche du droit en particulier, je suis arrivé à la conclusion que le droit malien amène beaucoup à apprendre mais qu'il ne doit oublier pas ses propres priorités notamment la protection des salariés du secteur informel, combler le vide juridique du harcèlement moral et sexuel, et de renforcer la définition des sanctions pénales.

Bibliographie

Notes explicatives. La diversité des sanctions nous a conduit à faire de recherches diverses et variées de plusieurs ouvrages, commentaires, thèses, publications et rapports pour réunir l'ensemble de ses éléments constitutifs. Certaines publications et ouvrages sont très anciens par rapport à d'autres. Cela s'explique par la complexité liée à trouver l'origine de définitions de différentes sanctions en France. Les ouvrages les plus récents y faisant plus référence, il a fallu se référer à toutes les éditions pour trouver la définition adéquate. Par exemple au Mali, la définition actuelle du licenciement abusif correspond à la celle de licenciement sans cause réelle et sérieuse de la loi française de 1973. Bien que le droit français ait consacré fasse un changement de définition, le droit malien chevauche la nouvelle et l'ancienne. Pour faire une étude comparative entre les droits, plusieurs recherches ont été nécessaires à cet effet.

Aussi, il est important de souligner que cette thèse étant destinée aussi bien à la France qu'au Mali, pour donner des explications précises de la nature juridique de certaines sanctions, on s'est basé sur l'évolution historique qui a donné naissance à certaines sanctions.

Ouvrages généraux

André BRUN, Henri GALLAND : Droit du travail 2^e édition tome 1 : les rapports individuels du travail SIREY 1973

BELLO Ahmed : les libertés collectives des travailleurs : étude comparative Afrique /Europe, Préface de Alain COEURET, éd. Harmattan 2012

Boris MARTOR, Nanette PILKINGTON, David SELLERS, Sébastien THOUVENOT, Le droit uniforme Africain des affaires issu de l'OHADA, collection Affaires Finances Ed. Litec 1 juillet 2004 P.4.

Rémy CABRILLAC : Dictionnaire juridique, 4 éd. LexisNexis 2012

CARBONNIER J. Les obligations, PUF, éd.1995

Alain COEURET, jean-Maurice VERDIER, Marie-Armelle SOURIAU :

Droit du travail, les rapports individuels et les rapports collectifs, 14^e édition Mémentos Dalloz 2011

Alain COEURET, jean-Maurice VERDIER, Marie-Armelle SOURIAU :

Droit du travail, les rapports individuels et les rapports collectifs, 15^e édition Mémentos Dalloz 2011

Bernard TEYSSIE : Droit du Travail tome1 et tome 2, litec 2010

COEURET Alain, FORTIS Elisabeth : Droit pénal du travail 5^e édition Litec, 2012

DESPAX M : Négociations et accords collectifs, traité de droit du travail, Dalloz, éd.1989.

Dénis. GATUMEL Le droit du travail en France, 12 septembre 2009, édition FRANCIS LEFEBVRE

Dirk BAUGARD : La sanction de requalification en droit du travail ; Préface de Gérard COUTUTIER ; Editeur : IRJS Editions ; Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne avril 2011.

François DUQUESNE: Droit du travail, Le contrat de travail, La participation, Les droits des salariés dans l'entreprise, Mémentos Gualino, éditeur 2009

Frank PETIT: Droit de l'emploi, Etude juridique des politiques d'emploi Montchrestien, 2005, 335 pages ; 2ème édition chez Gualino (coll. Master Pro) avec Dirk BAUGARD.

H.KELSEN, Théorie pure du droit, 2^e édition, Dalloz, 1962.

F.SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme : PUF, Droit fondamental, 10^e édition. Janvier 2011.

F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit civil : Les obligations », Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 87.

G. VINEY et P. JOURDAIN, traité de droit civil effets de la responsabilité, LGDJ, 2^e éd, 2001

G. Viney, traité de droit civil, introduction à la responsabilité, 3ème éd., *L.G.D.J.*, 2008.

Gérard LYON-CAEN, Jean PELISSIER : Droit du travail, 16^e édition PRECIS DALLOZ.1992

Jean MICHEL : Les Sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, tomes 1 et 2, la documentation française 2004.

J-E.RAY : Droit du travail droit vivant, 20^e édition 2012, Liaisons.

J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, Droit du travail, 24^e édition, Dalloz, 2008

Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dokès, Droit du travail, Précis Dalloz 26^e édition 2012.

J. GHESTIN, « Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation », LGDJ, 2e éd., 1988, n° 735, p. 874

ISRAEL Jean Jacques : Droit des libertés fondamentales : LGDJ 1988

Loïc. CADIET et Emmanuel. JEULAND : Droit judiciaire privé, Lite, 6^e éd. 2009

Manuela GREVY : La Sanction civile en droit du travail, préface de Georges BORENFREUND, L.G.D.J , 2002

Antoine MAZEAUD : Droit du travail, 4^e édition Domat Droit Privé, Montchrestien 2004.

Antoine MAZEAUD : Droit du travail, Domat Droit Privé, Montchrestien 7^e édition, octobre 2010.

Raymond LEMESLE : Le droit du travail en Afrique Francophone, universités Francophones EDICEF/ AUPELF, 1989

R. ENCINAS de MUNAGORRI, l'Acte unilatéral dans les rapports contractuels. LGDJ, 1996.

REAU, R. & RONDEPIERRE. J. : Petit dictionnaire de droit, Dalloz, 1951.

F. Zapata, La pratique du contentieux administratif du travail et de l'emploi, Litec, 1996.

Articles et Notes

ANTONMATTEI, Paul-Henri :

- « La nullité de la clause prévoyant une mobilité à l'intérieur du groupe ». Revue Lamy droit des affaires 1 novembre 2009, p. 49-50
- « La nullité du licenciement consécutif à la nullité du plan social » RJS 3/97,155

P.ALAPHILIPPE : « contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale, un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur », D2000, JP.30

AUZERO GILLES : « De quelques difficultés des relations mères filles ». Semaine Sociale Lamy 26 décembre 2011 ; n°1519

BAILLY Pierre conseiller à la Cour de cassation : « Application de L.1224-1 du Code du travail », Bull., 2002, n° 209 ; 17 décembre 2003

Bernard BOSSU :

« Nullité du licenciement et réintégration du salarié dissuadé d'agir en justice » ; la semaine juridique-édition sociale n°49, 6 décembre 2011, p30

« Les situations de fait et évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de Cour de cassation ». Droit ouvrier, mars 1999, p. 94-101

Un e-mail relevant de la vie privée ne peut justifier une sanction disciplinaire (Cass. soc., 5 juillet 2011) JCP S semaine juridique (édition social), n°45:p. 25-27 8 novembre 2011

M, BLATMAN :

« Regard sur l'état de santé au travail et la prévention des risques », Dr, soc, 2005p.960.

Bernard BOUBLI : Juridiction du travail, Juris-Classeur Travail Traité, fasc. 80-10

BARBEI : « pour l'application de responsabilité de la personne morale », T.G.I Strasbourg du 30 décembre 1996 : Bull, Joly 1996, 297

BAREGE Alexandre : « Protection du délégué syndical représentant syndical au comité d'entreprise » JCP S (édition sociale), n° 46:pp. 36-39 15 novembre 2011

CHAMPEAUX. Fr.:« Un PSE annulé pour défaut de motif économique ? », Semaine Sociale Lamy, 23 mai 2011, no 1493)

A. CHARBIN : « Le travail dissimulé »: TPS, comm. n°14

COEURET. Alain :

- La Responsabilité Pénale de la personne morale. Semaine sociale Lamy 2006
- Droit Syndical et droit pénal : une collaboration fructueuse, in Mélanges VERDIER, 2003.

P.COULMBEL, « force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », RTDCiv.195

COTTEREAU :

« Une innovation : la tutelle syndicale instituée par le nouvel article L321-15 du Code du travail », Semaine soc. Lamy, 30 1989.

COUTUTIER. G :

- « Nullités du licenciement : les audaces de la Cour d'appel de Paris », G. COUTUTIER, Semaine sociale Lamy, 17 oct. 2011, no 1509

Du plan social au plan de sauvegarde de l'emploi, droit social, 3 mars 2002, p.279

- « salarié privé d'une mesure du plan social, en raison de son licenciement prématuré », Dr.soc.01 du 10 juillet 2001, 1125,

« Les nullités du licenciement », Dr.soc.1977, P 215.

- « Annuler les actes illicites, le réintégration obligatoire », Dr. Ouvrier 1988 p.133

- « Nullité du licenciement : les audaces de la Cour d'appel »; Semaine sociale Lamy 17 octobre 2011 n°1509

- « sur la nullité sanctionnant l'insuffisance du plan de reclassement », dits et non-dits du premier arrêt Wolber Dr .soc.2005, p.847.

- « Le formalisme dans le contrat de travail », Dr .Soc. 1983,818, sp. p.823.

- « plan social et mesure de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », Dr.1993, p.221.

Collectif : « Travail illégal : « Sanctions administratives et droits des étrangers » : Liaisons Sociales : Quotidien, n°16059 du 12 mars 2012

C. Roy- LOUSTAUNAU : « droit à réintégration du salarié précaire après la requalification du CCD », Droit Social 2001, p.1117

C. FOUGEA : « Nullité de la consultation du CE en raison du défaut de cause économique », JCP S, 2011, n° 1389.

M. CUENOT : « la sanction d'information tardive du salarié sur le contenu du plan de sauvegarde d'emploi ». Lexbase- ebdo.n°313, 7 juillet 2008.

M. CANAPLE et TEISSIER : « les incidences de la requalification du contrat à durée déterminée : bilan et perspectives », Semaine sociale Lamy du 27 septembre 1999, p. 6-8

COHEN. M : Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats : droit.soc.1990, p .790

COHEN. M: la personnalité du comité de groupe, Dr, soc, 1983, p670

Marion Del SOL, Professeur à l'université de Rennes1, IODE (UMR CRNS 6262-université de Rennes 1 « L.F.S.S pour 2012 : Mesures relatives au

recouvrement, au contrôle et à la lutte contre la fraude », JCP/ la semaine juridique-Edition sociale n° « 17 janvier 2012.

DE CAIGNY. Ph : La samaritaine, Dr.soc., 1997, 249 du 13 fév. 1997

DEPREZ Jean: Evolution et particularisme du droit du travail en Afrique occidentale, Afrilex 2009; p.8

G. DURRY, « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques en droit français », Trav. Ass. H. Capitant, 1962, T. XIV, p. 611

DESPORTES. F : Rapp sur « la responsabilité pénale de la personne morale », JCP G1998, II10.023 - du 18 janvier 2000.

DESPORTES. F et F.GUENEH : « le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales » : JCP, E 1993, 219, n°22.

Jamel DJOUDI, « les nullités dans les relations individuelles de travail », Dalloz chronique, 1995, P192.

E.FORTIS : « les conditions d'établissement de la responsabilité de la personne morale » Rev.sc.crim.2004, p.339.

M.A. FRISON-ROCHE et M.-COULON, LE DROIT : « d'accès à la justice in Liberté et Droit fondamentaux »: Dalloz, 9e éd.2003, n°574 et s.

E. GLASER : « Article L. 122- 12 et service public administratif », conclusions du commissaire du Gouvernement C.E. 22 Oct. 2004 Lamblin, Droit social, n°1, Janv.2005, p. 37

Georges ABADIE (ancien membre du conseil constitutionnel en France 1992-2001)- Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2 (Dossier : Mali) - mai 1997

F.GUIMARD : « Droit fondamentaux et contrôle du pouvoir de l'employeur in Droit fondamentaux et droit social », Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2005, p.63- P.BREFFER,

L. GIMALAC : « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels », Petites affiches, 20 déc. 2002, n° 254, p. 11

GAUDU. F:

- « les nullités du licenciement et le « principe pas de nullité sans texte : Dr.soc.2010p.151

- « les notions d'emploi en droit », Dr.soc.1996, 569

GUIMARD F : « Droit fondamentaux et contrôle du pouvoir de l'employeur in Droit fondamentaux et droit social », Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2005, p.63- P.BREFFER.

GUIOMARD Frédéric : « L'entreprise et le bermuda » (à propos d'un arrêt un peu « short ») Recueil Dalloz 2003 p. 2718.

ISSA-SAYEGH Joseph :

- la mission de conciliation du président du Tribunal du travail en matière de conflit individuel. Revue Sénégalaise de Droit.n°28 janvier –avril 1983, p.16

- questions impertinentes sur la création d'un droit social régional dans les Etats africains de la zone franc. Revue Afrilex janvier 2000.

JEAMMAUD. A

- « le Droit constitutionnel dans les relations de travail »AJDA 1991, p.621

- « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Droit social 2004, p. 698

KELLER. M : « La compétence du T.G.I dans les litiges du travail », revu. Générale de procédure, oct.-déc.1999, p 870

- « Controverse sur l'action en justice du comité d'entreprise » : RV. Dr. Trav. 2007, I, 428.

- La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations D. 2002 p 1355 ;

KIRSCH. M : La législation dans les Etats africains et Malgaches d'expression française. La documentation française ; note et études documentaires, Septembre 1963.

C. LAPOYADE-DESCHAMPS : « quelle(s) réparation(s) ? » in la responsabilité civile à l'aube du XIXème siècle: bilan prospectif. RC Ass.2001,n) hors-série, 6 bis, n°2 p.62

F. LEDUC : « Régime de la réparation-Modalité de la réparation-règles communes à la responsabilité délictuelle et contractuelle- principes fondamentaux », Jurisclasseur 2001, n 38, p.85

LYON-CAEN. A:

- « le préjudice issu d'un abus de pouvoir n'est subi que par la société Rev.sc.crim.1989, p ; 342

- « La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique », Dr. ouvr. 2011, p. 537, spéc. p. 538

LYON-CAEN. G, J.PELISSIER : Les grands arrêts de droit du travail, éd.1980, n°30, p.68

LYON-CAEN.G :

- « sur les fonctions du Droit pénal dans les relations du travail » Dr soc. 1984, p. 439

- « droit syndical et mouvement syndical » Dr soc. 1984

- « la Constitution française et la négociation collective » Dr. Ouv.1996, p.480

A.MAZEAUD : « clause de non concurrence : l'employeur peut-il retirer unilatéralement une clause illicite ? » Sem.soc. Lamy n°1118,14 avril 2003, p.8

M. MINE: « les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire S.S.L. 17 décembre 2001 n° 1055

M.A. FRISON-ROCHE et M.-COULON : Le droit d'accès à la justice in Liberté et Droit fondamentaux : Dalloz, 9^e éd.2003, n°574 et s

MORELLET J : « l'influence des conventions internationales du travail sur la législation en France », Revu. Inter.trav.1990, vol. 101, n°4, p. 1112.

M-L.MORIN,

- « le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit », L.G.D.J. 1994, n°437

- « le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collectif » Dr. Soc.1997, p.26

MULLER. Y : « pour un abus de confiance imputable à la personne morale », chron. Droit pénal de l'entreprise, JCP E 2008,1813

M-A.SOURIAC-ROTSCHILD : « les accords collectifs au niveau de l'entreprise », thèse, Paris 1, pp .708 et ss.

OUGUEREGOUZ F : « la commission africaine des droits de l'homme et des peuples : présentation et bilan d'activité (1988-1989), A.F.I., vol. XXV, 1989, p.557-571

J. PELISSIER:

- « Droit civil et contrat individuel de travail », Droit social n° 5, mai 1998, p. 338 et 389

- « Observations à propos de la notion de licenciement individuel », Etudes Camerlynck, Dalloz 1978, p. 83 et suiv.

A .PENNEAU : « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs », LPA 2005,n 85,p.5

PETIT. F :

- « l'ordre public dérogatoire » RJS Chronique, p.1

- « la constitutionnalité du droit du travail », JCP S N) 37,14 septembre 2010 2010, p.9.

E. PICARD : « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA n° spéc. juillet.-août 1998, p. 6, spé. p. 32

G. PIGNARRE, « la mention des heures sur le bulletin de paie » RDT 2007.395 du 8 mars 2007

G. PRADEL, la responsabilité pénale des personnes morales en droit français : revu. pén.1998, p.153

C.PIZZO DE LAPORTE :

« Une insuffisance de résultat peut caractériser une cause réelle et sérieuse » Jcp soc 2007, p ; 1938.

E. PUTMAN : « Présentation de la loi relative à la lutte contre les discriminations » R.J.P.F 2002 p 10

RADE Christophe : « la mention sur le Bulletin de paie » Dr.soc. 2005, 19 janvier 2005

J.E.RAY : « Lire les arrêts samaritaines », Liaison social, mens. Mars 1997,50

Jean SAVATIER :

- « Le voile islamique dans les entreprises : une réponse identique des droits », Soc., 28 mai 2003 ; D.2003.

- « La disponibilité en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche » ; Dr. Soc .1997,n°2.p,147

- « la requalification des contrats à durée déterminée irréguliers »; Droit social, n°5, mai 1987, p 407

- « L'irrecevabilité de l'action civile exercée par l'employeur devant les tribunaux répressif pour entrave à la liberté du travail » : Dr.soc. 1981, p147

- L'absence de droit à réintégration des travailleurs licenciés abusivement pour faits de grève, note ss Cass.soc.07 juillet 1978, Cass., soc.29 juin1978 et Cass.soc.28 mars 1979, Dr.soc.1979, p. 290.

SAMB Moussa : Réformes et réceptions des droits fondamentaux du travail au Sénégal. Afrilex, janvier 2000.

SCHEIDT M. L'annulation d'un plan social entraîne celle des licenciements, observ.ss.Cass.soc.13 fév.1997, RPDS ; n642, p.91.

SIDIBE Ousmane Oumarou : Réalité africaine et enjeux pour le droit du travail, Afrilex, janvier 2000.

A.SUPIOT : Critique du droit du travail, PUF 1994, p.240 et svt.

TCHANTCHOU Henri Juge aux tribunaux de Yokadouma ; Ohada « L'arbitrage en droit africain du travail » : rétrospective et perspectives à la veille de l'Acte unique Ohada sur le droit du travail) D-05-23, p.5

Thiebault. H : « l'employeur et le juge », Dr.soc.,1997 p.133-139

D. TOMASIN : « Remarques sur la nullité des actes de procédure », Mélanges Hébraud, 1981, p. 853 s., spéc. p. 871

M. VERICEL : Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins des intérêts des salariés de l'entreprise : Dr.soc. 2007, p.1153.

I.Urbain-Parleani : Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales : Rev.sociétés 1993, p.239

J.VERDIER : les syndicats et le droit syndical, Dalloz, vol,1, p.583 et s.

Philippe WAQUET :

- « les nullités du licenciement : régimes et conséquences », S.S Lamy. Suppl. N°1164 13 avril 2004.

- « Le principe d'égalité en droit du travail », Droit social 2003, n°3, p. 276

- La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », Revue de jurisprudence sociale, novembre 1993, p. 631

Thèse et Mémoire

Séverine DHENNIN : *La nullité du contrat de travail* ; mémoire de DEA, 2000-2001, p.121, de; sous la Direction de Bénard BOSSU à l'Université de Lille2

Olivier DUPONT : *La Réintégration du Salarié non protégé*, Mémoire présenté à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille II septembre 2001

SOURIAC-ROTSCHILD M-A ; « les accords collectifs au niveau de l'entreprise », Thèse, Paris I, 1986

P. BEFFRE : *Liberté d'expression du salarié*, Thèse sous la direction. Professeur B.TEYSSIER : Paris II Panthéon Assas, 22 octobre 2011 n°177 et

CASSAN. D., *la réintégration du salarié*, 1998, Montpellier1, Thèse sous la direction de P-H.Antonattei.

Jurisprudence

Décision n236 RG, N398 JGT tribunal du travail de Bamako du 26 août 2006

CJCE, qualification d'entreprise « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et son mode de financement ; CJCE 23 avr. 91, Hofner et Elster, C : 41/96, Rec p.11979, point 21, 16 nov. 95, Fédération française des Sociétés d'assurance e, a, c 24/94.Rep DI 4013 point 14 ; 21 sept.99 Albany, Aff C-67 point 77.

Tribunal du travail de Bamako ; n°RG22, n°JGT125 du 13 mai 2005.

Tribunal du travail de Bamako ; n°138RG, n°058 JGT du 11 mars 2005

Tribunal du travail de Bamako, Affaire Mme Jeanne DIARRA et P.DAKOUO/ Société de Gestion Minière, n°277RG, n°55JGT du 11 mars 2005

Tribunal de Bamako, Affaire Mamadou KANTE contre Etablissement Abou SANGARE, décision n°170 RG n°393 JGT du 18 janvier 2006.

Tribunal du travail de Bamako N°277RG N°224JGT ; Affaire Association aide Médicale Internationale contre Almoctar Yattara et autres

Tribunal du travail de Bamako ; Décision du n° 142 RG, n°172 JGT du 5 mai 2005

Tribunal du travail de Bamako, décision N°236 RG, N398 JGT tribunal du travail de Bamako du 26 août 2006

Jugement n°1248 RG ; n°120JGT du 26 avril 2005 du tribunal du travail de Bamako Mali

Rapports

Rapport pour l'examen des politiques commerciales du Bénin, du Burkina et du Mali par le conseil général de l'O.M.C ; Genève, les 4,et 6 octobre 2010,P.4

Rapport annuel de violation des droits syndicaux au Mali de 2007 sur la convention fondamentale de l'O.I.T sur ITUC-CSI-IGB 2007

« PAMODEC » (Projet d'Appui à la Mise en Œuvre de la Déclaration de l'OIT relative aux Principes et Droits Fondamentaux au Travail).

Racide Filali Maknassi, Rapport réalisé pur l'Institut International d'Etudes Sociales Genève, L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement : une grille d'analyse. Première éd, 2007.

Le projet d'Acte uniforme de l'OHADA 2011

PDJ : Projet de développement du droit au Mali

Pougué, Tchakoua, et Fénéon, droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, pua, 2000

Les salariés dans les pays d'Afrique francophones ; série « relations professionnelles »n°55, Genève, 1978

Rapport pour l'examen des politiques commerciales du Bénin, du Burkina-Fasso et du Mali par le Conseil Général due l'O.M.C en Genève du 4 octobre 2010

L'O.I.T. devant le défi de la mondialisation, de la réglementation à la régularisation internationale du travail in P. de Senarclen. Maitriser la mondialisation Paris, Presses de science Po, 200, p1475.

INDEX

A

absence de sanction · 75, 76, 77, 92, 116, 130, 144, 150, 212, 219, 245, 258, 308
abus de droit · 13, 37, 89, 90, 116, 174, 218, 224, 237, 238, 240, 241, 242, 247, 248, 249, 355
accord collectif · 12, 52, 214, 266, 267, 268, 269, 270, 282, 284, 285, 294, 296, 378
acte unilatéral · 12, 26, 28, 393, dxxi
action des associations · 8, 595
action du syndicat · 290, 293, 295, 319, 330
action en justice · 12, 65, 93, 94, 172, 176, 177, 193, 199, 206, 292, 294, 324, 345, 347, 587
action individuelle du salarié · 30
agir · 157, 163, 207, 255, 256, 522
annulation · 26, 37, 92, 114, 116, 117, 118, 120, 152, 176, 182, 224, 236, 284, 375, 376, 416, 449
Annulation de la procédure · 50
atteinte · 81, 93, 116, 155, 157, 159, 162, 165, 198, 219, 255, 275, 415
Au Mali, la quasi-totalité des textes sont issus de la même loi. C'est la loi de 1992 portant code du travail. · 467

C

caractère professionnel · 129, 162

clause · 4, 15, 16, 30, 59, 78, 116, 132, 133, 136, 142, 143, 147, 150, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 177, 190, 199, 225, 266, 273, 274, 275, 287, 298, 301, 302, 303, 314, 359, 375, 380, 381, 384, 503, 504, 522, 560, 586
clause de non-concurrence · 79, 81, 82, 272
compétence de l'inspecteur · 67, 361, 418
compétence du tribunal du travail · 359, 368, 379
conflit du travail · 382
consultation · 245, 293, 307, 308, 310, 311, 325, 383, 481, 498, 509
contestation · 95, 96, 137, 200, 234, 237, 238, 239, 242, 312, 323, 340, 372, 381, 382, 383, 384, 422, 449
contrat du travail · 7, 9, 32, 35, 37, 38, 40, 41, 44, 46, 48, 51, 61, 71, 74, 75, 81, 85, 98, 112, 134, 135, 144, 145, 146, 148, 149, 151, 155, 156, 157, 159, 170, 172, 175, 177, 180, 185, 186, 189, 190, 191, 192, 199, 200, 205, 222, 228, 238, 239, 244, 249, 250, 255, 322, 323, 333, 334, 336, 345, 351, 352, 358, 359, 360, 368, 372, 378, 379, 384, 479, 482, 572, 586
contrat du travail à durée déterminée · 35, 38, 51, 98, 170
contrat du travail à durée indéterminée · 9, 134, 135, 222, 239
convention collectif · 50

convention et accord collectifs · 267, 284

D

définition de sanction · 92, 115, 116
délégué syndical · 92, 174, 231, 270, 293, 498, 504, 505, 593

délégués syndicaux · 94, 179, 416, 566

délit d'entrave · 202, 271, 306, 314, 416, 466, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 529, 565, 567, 587

démission · 82, 252, 255, 257, 258, 259, 260

dialogue social · 167, 311

différence de traitement · 134, 135, 208, 210, 211, 213, 501, 503, 512, 514, 592

différend · 8, 317, 321, 327, 328, 345, 351, 359, 361, 363, 367, 369, 371, 373, 378, 379, 380, 381, 382, 479

différend collectif · 134, 135, 208, 210, 211, 213, 501, 503, 512, 514, 592

discrimination · 14, 15, 16, 17, 93, 114, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 209, 213, 236, 252, 288, 290, 291, 294, 298, 299, 356, 357, 415, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 507, 509, 511, 513, 515, 516, 581, 592, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601

discrimination directe · 82, 252, 255, 257, 258, 259, 260

discrimination indirecte · 167, 311

Discriminations

interdiction de certaines questions et attitudes à l'embauche (loi du 2 novembre 1992), égalité entre hommes/femmes (loi du 9 août · 472

dol · 37, 74, 284, 335

domestique · 475, 477, 478

droit civil · 6, 11, 47, 173, 345, 354, 583

Droit d'être juré, ou appelé à des fonctions publique, ou aux emplois de l'administration ou d'exercer ces fonctions ou emplois, · 553

droit de grève · 4, 15, 16, 78, 132, 133, 136, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 177, 191, 273, 274, 275, 287, 560

Droit de port d'arme, · 553

droit de travail · 13, 15, 53, 185, 359, 385, 416, 474

Droit de vote et de suffrage dans les délibérations de familles, d'être tuteur, curateur, · 553

droit des obligations · 171

droit disciplinaire · 115, 156

Droit du travail · 12, 14, 15, 16, 32, 59, 76, 118, 119, 145, 155, 160, 162, 163, 188, 201, 209, 237, 239, 240, 251, 252, 314, 318, 342, 352, 359, 415

Droit être expert ou employé comme témoin dans les actes, · 553

Droit être témoigné en justice, sauf pour y faire de simples déclarations (art 6 CP malien). · 553

E

égalité de traitement · 17, 56, 210, 211, 213, 252, 296, 297, 356

Eligibilité · 553

entrave · 293, 306, 314, 362, 466, 472, 498, 499, 517, 518, 519, 520, 529, 565, 586, 587, 591

F

faute disciplinaire · 92, 115, 116
faute grave · 75, 76, 77, 92, 116,
130, 144, 150, 212, 219, 245, 258,
308
faute lourde · 81, 93, 116, 155, 157,
159, 162, 165, 198, 219, 255, 275,
415
force majeur · 157, 163, 207, 255,
256, 522

G

grève · 4, 15, 16, 30, 59, 78, 116,
132, 133, 136, 142, 143, 147, 150,
154, 155, 156, 157, 159, 160, 161,
162, 163, 164, 165, 166, 167, 177,
190, 199, 225, 266, 273, 274, 275,
287, 298, 301, 302, 303, 314, 359,
375, 380, 381, 384, 503, 504, 522,
560, 586

H

Harcèlement sexuel et moral

(notamment dans la loi de
modernisation sociale du 17
janvier 2002) · 472

Hygiène et sécurité, avec

l'obligation de résultat qui
incombe au chef d'entreprise en
matière d'évaluation et de
prévention des risques
professionnels dans son entreprise
(notamment dans la loi de
modernisation sociale du 17
janvier 2002). · 472

I

indemnisation · 26, 93, 143, 148,
152, 200, 201, 203, 204, 229, 295,
496, 596
inopposabilité · 271, 272, 273, 275,
279, 280
intention de nuire · 245, 246, 248,
249
irrégularité · 13, 29, 30, 96, 97, 120,
152, 216, 217, 218, 220, 269, 325

J

juge · 7, 12, 14, 21, 26, 29, 30, 33,
37, 38, 43, 47, 50, 51, 57, 58, 64,
67, 70, 75, 77, 82, 86, 87, 91, 92,
94, 95, 97, 116, 117, 118, 120,
125, 126, 133, 136, 144, 159, 165,
166, 170, 172, 178, 185, 186, 192,
193, 196, 198, 199, 202, 214, 217,
218, 220, 222, 223, 225, 228, 232,
233, 235, 238, 239, 240, 241, 242,
243, 244, 260, 278, 281, 282, 284,
285, 296, 302, 304, 305, 310, 314,
315, 317, 319, 325, 326, 328, 330,
332, 333, 334, 336, 339, 346, 349,
351, 353, 354, 355, 356, 381, 382,
383, 384, 385, 386, 389, 390, 394,
395, 415, 416, 419, 422, 448, 449,
450, 478, 479, 480, 488, 502, 505,
512, 515, 521, 532, 551, 553, 566,
569, 584, 585, 592,
juge civil · 37, 74, 284, 335
juge des affaires · 17, 56, 210, 211,
213, 252, 296, 297, 356
juge des référés · 178, 193, 199, 202,
278, 302, 381, 382, 383, 384, 569,
570, 571
juge pénal · 475, 477, 478
juridiction · 13, 34, 64, 76, 95, 127,
128, 130, 137, 181, 198, 199, 242,
243, 255, 325, 358, 359, 360, 361,

368, 369, 371, 374, 375, 376, 377,
379, 383, 384, 394, 422, 448, 449,
506, 550, 578, 581, 582, 585, 586,
593

L

la destitution ou l'exclusion à vie de
tous emplois, fonctions, mandat ou
offices publics. · 552

la distorsion des textes
réglementaires et des réalités dans
les entreprises · 486

La doctrine française pense que la
peine d'emprisonnement est très
rarement prononcée en droit pénal
du travail français. · 554

la problématique de la protection des
droits spécifiques des femmes au
travail. · 486

le rôle des caisses nationales de
prévoyance sociale ; · 486

légèreté blâmable · 224, 245, 249

Les sanctions pénales au non-respect
de la législation du travail se sont
multipliées depuis ces 10 dernières
années, dans des domaines très
divers en France : · 472

les travaux forcés à perpétuité, · 552

les travaux forcés de cinq à vingt
ans, et, au titre des peines
accessoire, · 552

liberté individuelle · 127, 133, 202,
275, 319, 420

licenciement abusif · 13, 44, 76, 95,
137, 160, 188, 197, 200, 205, 222,
239, 240, 244, 245, 249, 250, 252,
324

licenciement illégitime · 44, 252

M

modification · 88, 90, 98, 109, 164,
178, 180, 481

mouvement · 28, 59, 116, 132, 154,
160, 163, 164, 167, 274, 275, 311,
359, 394, 468, 503, 577, 580, 581,
583, 588, 596

N

négociation · 6, 14, 15, 16, 17, 264,
267, 268, 269, 270, 274, 276, 277,
278, 279, 296, 301, 314, 323, 336,
363, 414, 497, 498

non discrimination · 14, 15, 16, 114,
133, 134, 135, 137, 213, 290, 356,
511

notion · 26, 93, 143, 148, 152, 200,
201, 203, 204, 229, 295, 496, 596

nullité · 5, 13, 14, 26, 30, 35, 36, 37,
63, 64, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77,
86, 88, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 100,
113, 114, 118, 120, 128, 131, 133,
136, 137, 143, 144, 151, 152, 154,
161, 165, 170, 172, 173, 174, 175,
176, 177, 178, 185, 197, 198, 199,
206, 213, 214, 216, 222, 235, 237,
241, 251, 267, 268, 269, 271, 275,
279, 280, 284, 291, 292, 297, 307,
376, 377, 378, 414, 415, 416,

O

occupation · 6, 53, 181

On retrouve cette même distinction
entre les peines délictuelles au
Mali et les peines
contraventionnelles en France. ·
552

P

Plan de sauvegarde de l'emploi · 5
pouvoir · 87, 587
Pouvoir · 87, 587
préavis de grève · 92, 144, 145, 146,
151, 177, 179, 181, 308, 309, 496,
582, 585
préavis de licenciement · 12, 52,
214, 266, 267, 268, 269, 270, 282,
284, 285, 294, 296, 378
préposé · 30, 193, 312, 379
Préposé · 30, 193, 312, 379
prescription · 503, 577, 580, 581,
582, 583, 584, 585, 586, 587, 588,
589, 591
Prescription · 503, 577, 580, 581,
582, 583, 584, 585, 586, 587, 588,
589, 591
Prescription de salaire · 94, 179,
416, 566
principe · 12, 65, 93, 94, 172, 176,
177, 193, 199, 206, 292, 294, 324,
345, 347, 587
Principe · 12, 65, 93, 94, 172, 176,
177, 193, 199, 206, 292, 294, 324,
345, 347, 587
procédure · 13, 37, 89, 90, 116, 174,
218, 224, 237, 238, 240, 241, 242,
247, 248, 249, 355
Procédure · 13, 37, 89, 90, 116, 174,
218, 224, 237, 238, 240, 241, 242,
247, 248, 249, 355

Q

qualification · 89, 367
Qualification · 89, 367
Quant à la promotion de la dignité
de la personne l'orientation de la
politique criminelle, elle se
manifeste sur de multiples plans

travail illégal et trafic de main
d'œuvre, conditions de travail
indignes, discriminations,
harcèlements. · 469

R

régime des obligations · 73, 77
règlement intérieur · 59, 268, 321,
372, 374, 379, 380
réintégration de droit · 172, 251
Représentation du personnel,
notamment dans le cadre du
traditionnel délit d'entrave au
fonctionnement des institutions,
depuis les lois Auroux de 1982, ·
472
Respect des libertés individuelles
dans les dispositifs de surveillance
des salariés (jurisprudence des 10
dernières années) · 472
responsabilité · 15, 16, 133, 136,
155, 156, 160, 213, 268, 273, 287,
293, 300, 303, 304, 307, 342, 466,
518, 519, 529, 584
Responsabilité · 15, 16, 133, 136,
155, 156, 160, 213, 268, 273, 287,
293, 300, 303, 304, 307, 342, 466,
518, 519, 529, 584
responsabilité pénal · 202, 271, 293,
306, 314, 362, 416, 466, 472, 498,
499, 517, 518, 519, 520, 521, 522,
529, 565, 567, 586, 587, 591
rupture du contrat · 35, 38, 51, 98,
170
rupture du contrat à durée
déterminée · 35, 38, 51, 98, 170

S

sanctions civiles · 4, 5, 13, 14, 26,
29, 30, 35, 37, 39, 41, 44, 64, 68,

73, 74, 77, 82, 84, 85, 86, 89, 90,
92, 94, 96, 97, 113, 127, 131, 144,
146, 148, 149, 150, 170, 175, 177,
178, 179, 182, 188, 194, 198, 199,
201, 204, 206, 210, 211, 214, 216,
217, 218, 235, 237, 238, 239, 240,
241, 242, 243, 244, 245, 246, 248,
249, 250, 251, 252, 254, 258, 259,
273, 274, 279, 284, 291, 292, 310,
338, 345, 348, 355, 356, 367, 396,
404, 470, 488, 507, 509, 512, 528,
532, 586, 589, 591
sanctions pénale · 301
suspension · 146, 399, 499
syndicat · 4, 15, 16, 67, 79, 96, 125,
133, 137, 142, 159, 164, 193, 231,
238, 246, 252, 262, 269, 270, 273,
281, 283, 287, 288, 289, 290, 292,
293, 294, 298, 299, 300, 302, 303,
319, 322, 326, 327, 328, 329, 330,
332, 333, 342, 356, 361, 362, 363,
364, 365, 367, 369, 372, 378, 380,
381, 384, 433, 498, 501, 502, 505,
507, 516, 518, 568, 589, 590, 591,
592, 593, 600

T

Travail dissimulé, y compris pour
non-paiement d'heures
supplémentaires (loi du 18 mars
2003 sur la sécurité intérieure) ·
472
travail forcé · 59, 86, 116, 240, 244,
355
trouble manifestement illicite · 120,
500, 531, 599

V

violation · 92, 174, 253, 271, 307,
308, 309, 310, 318, 319, 330, 331,
494, 498, 505, 565
Violation · 92, 174, 253, 271, 307,
308, 309, 310, 318, 319, 330, 331,
494, 498, 505, 565
violation des obligations
contractuelle · 117
voies de fait · 202, 271, 306, 314,
416, 466, 517, 518, 519, 520, 521,
522, 529, 565, 567, 587

REMERCIEMENTS	II
DEDICACES	I
AVERTISSEMENT	II
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	I
SOMMAIRE.....	4
CONCLUSION	9
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE LES SANCTIONS NON REPRESSIVES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT MALIEN DU TRAVAIL	25
TITRE I LES SANCTIONS CIVILES.....	27
SOUS TITRE I LES SANCTIONS CIVILES DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL	31
CHAPITRE I LA REQUALIFICATION ET LA NULLITE : LES SANCTIONS COMMUNES D'UNE ILLICEITE AFFECTANT L'ACTE JURIDIQUE	36
SECTION 1 - LA REQUALIFICATION SANCTION DU DEFAUT DE FORMALISME DU CONTRAT A DUREE DETERMINEE	38
<i>Paragraphe I : Les domaines de la requalification</i>	40
<i>Paragraphe II : Les conséquences de la sanction de requalification du contrat de travail</i>	61
SECTION 2 - LA NULLITE DE LA SANCTION PROTEGEANT TOUS LES SALARIES	70
<i>Paragraphe I : La nullité affectant la validité du contrat de travail</i>	72
<i>Paragraphe II : La nullité des décisions patronales unilatérales</i>	114
SECTION 3 LA VIOLATION DU STATUT PROTECTEUR DU SALARIE : LA NULLITE PREVUE MAIS DIFFEREMMENT APPLICABLE DANS LES DEUX SYSTEMES JURIDIQUES	144
<i>Paragraphe I : la protection du salarié victime de maladie professionnelle ou accident du travail.....</i>	145
<i>Paragraphe II : La nullité du licenciement des femmes enceintes</i>	151
<i>Paragraphe III: La nullité du licenciement du salarié dont le contrat est suspendu pour fait grève</i>	154
CHAPITRE II LA SANCTION CIVILE REPARATRICE EN DROIT DU TRAVAIL EN FRANCE ET AU MALI.....	169
SECTION 1 LA REPARATION EN NATURE : LA REMISE EN ETAT.....	173
<i>Paragraphe : I La réintégration manifestation d'une réparation en nature</i>	173
<i>Paragraphe II : Le droit aux salaires</i>	185
<i>Paragraphe III : Les obstacles au principe de réintégration du salarié</i>	202
<i>Paragraphe IV : Le principe de l'égalité de rémunération : l'effacement de la disparité</i>	208
SECTION 2 LA REPARATION PAR EQUIVALENT.....	215
<i>Paragraphe I : Les convergences</i>	216
<i>Paragraphe II : Les différences existantes entre les deux droits</i>	226
SOUS-TITREII :LES SANCTIONS CIVILES DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL AU MALI ET EN FRANCE.....	261
CHAPITRE I LA SANCTION DE LA FORMATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE	263
SECTION 1 LE DROIT A LA NEGOCIATION COLLECTIVE	267
<i>Paragraphe I : Le droit des salariés à la négociation collective.....</i>	268
<i>Paragraphe II : L'inopposabilité.....</i>	272
SECTION 2 LE DEFAUT DE MISE EN ŒUVRE DE LA PROCEDURE DE L'OBLIGATION DE NEGOCIATION COLLECTIVE ANNUELLE, UN VIDE DANS LE DROIT MALIEN	276
SECTION 3 LES ACTIONS EXERÇABLES	279
<i>Paragraphe I : La sanction du défaut d'affichage et d'information de la convention collective applicable : un droit du salarié</i>	279
<i>Paragraphe II : La nature des sanctions : la nullité, soit l'interprétation, soit l'exécution de la convention ou de l'accord.....</i>	280

CHAPITRE II LES SANCTIONS CIVILES LIEES AUX LIBERTES COLLECTIVES DES SALARIES	286
SECTION 1 LA SANCTION DE LA VIOLATION DE LA LIBERTE SYNDICALE	287
<i>Paragraphe I : L'évolution de la liberté syndicale en France et au Mali</i>	287
<i>Paragraphe II : La nature de sanction de la violation de la liberté syndicale</i>	289
<i>Paragraphe III : L'action des syndicats</i>	292
<i>Paragraphe IV : L'effectivité de la pratique syndicale au Mali au sujet de l'égalité de traitement entre les syndicats</i>	296
SECTION 2 LES SANCTIONS RELATIVE A LA PROTECTION D'INSTITUTIONS REPRESENTATIVES DU PERSONNEL	305
<i>Paragraphe I : L'action des représentants du personnel</i>	305
<i>Paragraphe II : Les sanctions civiles de l'absence de l'institution représentatives du personnel</i>	307
SOUS-TITRE III LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS	313
CHAPITRE I : LE REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL DES DIFFERENDS	316
SECTION 1 DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DU TRAVAIL	317
<i>Paragraphe I : La réclamation directe des salariés</i>	317
<i>Paragraphe II : L'Inspecteur du travail</i>	319
SECTION 2 DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL	327
<i>Paragraphe I : L'Inspecteur du travail face à un conflit collectif</i>	327
<i>Paragraphe II : Le syndicat et le représentant</i>	330
<i>Paragraphe III : L'homologation de la convention de rupture du contrat</i>	333
CHAPITRE II LES JURIDICTIONS COMPETENTES	341
SECTION 1 LA COMPARAISON DES REGLES APPLICABLES AU PROCES	343
<i>Paragraphe I : Les convergences</i>	345
<i>Paragraphe II : La règle de compétence d'attribution</i>	351
SECTION 2 LE TRIBUNAL DU TRAVAIL DU MALI ET LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES FRANÇAIS	357
<i>Paragraphe I : Les attributions des deux juridictions et la procédure du jugement</i>	359
<i>Paragraphe II : Les différences de compétence</i>	368
SECTION 3 LES AUTRES JURIDICTIONS POUVANT INTERVENIR EN DROIT DU TRAVAIL	372
<i>Paragraphe I : Du rôle d'arbitrage au rôle du T.G.I en France</i>	372
<i>Paragraphe II : Le tribunal du travail et les autres tribunaux judiciaires compétents</i>	381
TITRE II LES SANCTIONS ADMINISTRATIVES	387
CHAPITRE I DEFINITION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES EN DROIT DU TRAVAIL EN DROIT FRANÇAIS ET MALIEN	392
SECTION 1 LA CONSTANCE DANS LES DEUX DROITS	393
<i>Paragraphe I : Clarification</i>	394
<i>Paragraphe II : La sanction administrative comparable à la sanction pénale</i>	397
<i>Paragraphe III : Les critères de ces sanctions</i>	398
386. Dans la recherche des sanctions administratives, il n'y pas d'opposition entre le droit français et le droit malien dans le volet de critère. Au Mali, la méthode et la technique de recherche et d'identification de ces sanctions sont largement inspirées du droit français	398
SECTION 2 DES EXEMPLES DE SANCTIONS	401
<i>Paragraphe I : Domaine de l'emploi</i>	402
<i>Paragraphe II : La légalité du règlement intérieur : (prévu à l'art L.1311-1)</i>	419
<i>Paragraphe III : Les conditions du travail : cas de l'arrêt temporaire de travaux « ou arrêt de chantier » et l'arrêt temporaire de l'activité</i>	423
CHAPITRE II LA MISE EN ŒUVRE DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES	430
SECTION 1 LES ORGANES NON JURIDICTIONNELS	431
<i>Paragraphe I : Du pouvoir de constater les infractions à la prise de sanctions immédiate</i>	434
<i>Paragraphe II : La pleine efficacité des pouvoirs de l'Inspecteur du travail dans la prise de sanction immédiate</i>	438
SECTION 2 LES TYPES DE RECOURS	441
<i>Paragraphe I : Recours devant l'administration</i>	442
<i>Paragraphe II : Les recours contentieux devant les tribunaux administratifs</i>	444
SECTION 3 LE ROLE DU JUGE ADMINISTRATIF DANS LE CONTENTIEUX EN DROIT DU TRAVAIL	446
<i>Paragraphe I : Le cadre général de contentieux</i>	449

<i>Paragraphe II : L'application des sanctions</i>	450
PARTIE II LES SANCTIONS PENALES	464
TITRE I LES INCRIMINATIONS	471
CHAPITRE I LA PLACE DES SANCTIONS PENALES	473
SECTION 1 LES INFRACTIONS LIEES A L'EMPLOI ET LES INFRACTIONS SUR LES CONDITIONS DE TRAVAIL	474
<i>Paragraphe I Les infractions liées à l'emploi</i>	474
<i>Paragraphe II Les infractions pénales aux conditions du travail</i>	490
SECTION 2 LES ATTEINTES AUX DROITS DES PERSONNES : LA DISCRIMINATION PENALE	499
<i>Paragraphe I Les discriminations réprimées par le Code du travail</i>	501
<i>Paragraphe II Les discriminations réprimées par le Code pénal</i>	511
SECTION 3 LE DELIT D'ENTRAVE AUX DROITS COLLECTIFS DES SALAIRES.....	517
<i>Paragraphe I Les éléments constitutifs</i>	518
<i>Paragraphe II Les faits justificatifs et faits non justificatifs</i>	522
CHAPITRE II LES RESPONSABILITES	527
SECTION 1 LES PERSONNES PHYSIQUES	528
<i>Paragraphe I Le Chef d'entreprise</i>	528
<i>Paragraphe II En cas de délégation de pouvoir</i>	530
SECTION 2 PERSONNE MORALE : L'ENTREPRISE	533
<i>Paragraphe-I Les infractions imputables</i>	534
<i>Paragraphe II Les conditions d'établissement de la responsabilité :</i>	540
SECTION 3 LES PEINES APPLICABLES.....	551
<i>Paragraphe I Les peines encourues par les personnes physiques</i>	552
<i>Paragraphe II Au niveau des peines encourues par les personnes morales</i>	558
TITRE II LA MISE EN ŒUVRE DE LA SANCTION PENALE	562
CHAPITRE I LES ACTEURS	564
SECTION 1 LES ORGANES COMMUNS AU MALI ET EN FRANCE	565
<i>Paragraphe I L'Inspecteur du travail</i>	565
<i>Paragraphe II Le déclenchement d'une procédure d'urgence</i>	569
<i>Paragraphe III Autres fonctionnaires compétents : la police judiciaire</i>	572
SECTION 2 L'EXCEPTION FRANÇAISE.....	574
CHAPITRE II LES POURSUITES	576
SECTION 1 L'EXERCICE DES POURSUITES PAR LE MINISTERE PUBLIC	577
<i>Paragraphe I Les modalités d'exercice des poursuites</i>	577
<i>Paragraphe II La règle de l'opportunité des poursuites</i>	578
<i>Paragraphe III Le caractère facultatif de la réponse pénale</i>	580
SECTION 2 L'ACTION DES VICTIMES	581
<i>Paragraphe I La victime directe</i>	581
<i>Paragraphe II L'action en défense d'intérêt collectif</i>	589
SECTION 3 : L'ACTION DES ASSOCIATIONS :	595
<i>Paragraphe I Des associations au service de la société</i>	595
<i>Paragraphe II L'effectivité de la lutte contre la discrimination au Mali</i>	601
CONCLUSION	603
BIBLIOGRAPHIE	DCVIII
OUVRAGES GENERAUX	DCIX
ARTICLES ET NOTES	DCXII
THESE ET MEMOIRE	DCXXI
JURISPRUDENCE	DCXXII
RAPPORTS	624
RESUME	635
THE PUNISHMENT IN LABOR LAW	636

SUMMARY	636

RESUME

Le Mali étant une ancienne colonie française, il y a de fortes ressemblances entre les deux droits au niveau de la définition de sanctions applicables notamment la requalification du contrat de travail, la nullité du contrat de travail. Mais l'application des sanctions dans ces deux pays ne se fait pas de la même manière. Cela s'explique par des raisons sociales, culturelles et économiques. Pour illustrer les points de convergences et de divergences entre ces deux législations, il nous a été nécessaire d'analyser les sanctions civiles, administratives et pénales dans les deux pays sur la base de l'étude en entier du droit du travail français d'avant la réforme de la loi du 13 juillet 1973 portant sur le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement jusqu' à nos jours notamment la loi du 28 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail avec l'exemple de l'article L.1237-11 portant la rupture conventionnelle du contrat de travail

De cette comparaison, il m'a paru pertinent de faire des suggestions pour améliorer le droit du travail malien à l'image du droit français tout en l'adaptant l'avant projet unique de l'O.H.A.D.A sur le droit du travail africain à cause du développement du marché économique et social du monde et de la place qu'y occupe en Afrique de l'Ouest. Parce que notre code du travail date de 1992 et que depuis cette date aucune réforme importante n'a été opérée.

The punishment in labor law

SUMMARY

My thesis relates to the study of the right Malian compared to the law the labour French. Mali being an old French colony, there are strong resemblances between the two rights to the level of the definition of applicable sanctions. But the application of the sanctions in these two countries is not made same manner. That is explained for corporate names, cultural and economic. To illustrate the points of convergences and divergences between these two rights, it was necessary to us to analyze the civil sanctions, administrative and penal in the two countries on the basis of in entirety of the law the labour French of before the reform of the law of bearing 13 July 1973 on the control of the real and serious cause of the dismissal until our days in particular the law of June 28 2008 studies on the modernization of the labour market with the example of the article L 1237-11 bearing conventional rupture of the contract of employment

Of this comParison, it appeared relevant to me to make suggestions to improve the law the labour Malian to the image of the French right all while adapting it preparatory project single of the O.H.A.D.A on the law the labour African because of the development of the economic and social market of the world and the place that y occupies in West Africa. By what our fair labor standards act goes back to 1992 and which since this date no reforms significant was not operated.

MOTS CLEFS :

Abus de droit – atteinte à la liberté - contrat de travail – conflit collectif - employeur- indemnité - licenciement- nullité- protection de la liberté- responsabilité – remise en état –réintégration- réparation – rupture - requalification— personne physique – personne morale - sanction - salarié.

KEY WORDS:

Abuse right – attack to freedom - contract of employment – collective conflict -
employer allowance - nullity protection of freedom responsibility – remise in
state –rupture – reintegration-repair - requalification- – individual – legal entity
- sanction - paid