



ÉCOLE RÉGIONALE SUPÉRIEURE DE LA MAGISTRATURE

ERSUMA

REVUE DE L'ERSUMA

Revue semestrielle de Droit africain et comparé des affaires

2020 - 2 / N ° 13

ÉTUDES DOCTRINALES

L'évolution de l'ordre public international en droit de l'arbitrage OHADA, ombres et lumières

Kossi Assiom BOKODJIN

Les obligations du mandataire professionnel en droit OHADA

Jean Joss MILINGO ELLONG

La compliance dans les espaces OHADA et U.E

Abel Henri BILLONG BILLONG

LÉGISLATION

Les transactions immobilières au Sénégal

Mayatta Ndiaye MBAYE

La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche

Codjo Bienvenu LASSEHIN

Les infractions de prévention en matière de terrorisme dans l'espace cemac : le cas du cameroun

Samuel TEPI



ÉCOLE RÉGIONALE SUPÉRIEURE
DE LA MAGISTRATURE

ERSUMA

Ouando, Carrefour Cinquantaire - Route de Pobè

02 B.P. 353 Porto-Novo - BENIN

+229 20 24 58 04 / 97 97 05 37

E-mail : ersuma@ohada.org

Site Web : <http://ersuma.ohada.org>

REVUE DE L'ERSUMA

Revue semestrielle de Droit africain et comparé des affaires

COMITÉ SCIENTIFIQUE**Paul-Gérard POUGOUE**

Professeur titulaire, Cameroun

Michel Filiga SAWADOGO

Professeur titulaire, Burkina-Faso

Abdoullah CISSE

Professeur titulaire, Sénégal

Ndiaw DIOUF

Professeur titulaire, Sénégal

MBA OWONO Charles

Professeur titulaire, Gabon

Victor E. BOKALLI

Professeur titulaire, Cameroun

François ANOUKAHA

Professeur titulaire, Cameroun

Noël A. GBAGUIDI

Professeur titulaire, Bénin

Emmanuel S. DARANKOUM

Professeur titulaire, Canada

Dorothé Cossi SOSSA

Professeur titulaire, Bénin

Akuété Pedro SANTOS

Maître de conférences agrégé, Togo

Moussa SAMB

Agrégé des Facultés de Droit, Université Cheick

ANTA DIOP, Dakar – SENEGAL

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Maître de conférences agrégée, Cameroun

Jean Marie TCHAKOUA

Maître de conférences agrégé, Cameroun

François K. DECKON

Maître de conférences agrégé, Togo

Joseph DJOGBENOU

Maître de conférences agrégé, Bénin

Roger MASAMBA

Professeur, Avocat, RDC

César Appolinaire ONDO MVÉ,

Magistrat – Président de la Cour Commune de

Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA

Ousmane BATOKO

Président de la Cour Suprême du Bénin

Daniel SEDAR SENGHOR

Notaire, ancien président de l'UINL, Sénégal

COMITÉ DE RÉDACTION**Boubacar DIARRAH**

Docteur en droit, Directeur des Affaires

Juridiques, de la Documentation et de la

Communication de l'OHADA

Mme Ndèye Sophie DIAGNE NDIR

agrégée des Facultés de droit, Université Cheikh

Anta DIOP, Dakar – SENEGAL

Pr. Robert NEMEDEU

Agrégé des facultés de droit, Université de

Yaoundé 2, Yaoundé - Cameroun

Pr. Jean Claude JAMES

Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la

Faculté de Droit de l'Université OMAR BONGO,

Libreville – GABON

Pr. André AKAM AKAM

Agrégé des facultés de droit, Doyen de la Faculté

de droit de l'Université de Yaoundé 2, Cameroun

Pr. Aboudramane OUATTARA

Agrégé des Facultés de Droit, Université Félix

Houphouët Boigny Abidjan – Côte d'Ivoire

Pr. Koffi Mawunyo AGBENOTO

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Kara,

TOGO

Pr. Patrice BADJI

Agrégé des Facultés de Droit, Université Cheick

ANTA DIOP de Dakar, SENEGAL

Pr. Dominique KABRE

Agrégé des Facultés de Droit, Université de

Ouagadougou, Burkina Faso

Pr. Eric MONTCHO AGBASSA

Agrégé des facultés de droit, Vice-Doyen de la

faculté de droit, Université d'Abomey-Calavi,

Bénin

M. Jean René GOMEZ, Docteur en droit,

Maître-Assistant, Université Marien Ngouabi,

Brazzaville,

Mme Monique Aimée MOUTHIEU NJANDEU

Agrégé des Facultés de Droit, Université de

Yaoundé 2, Cameroun

Charles RIBGOALINGA

Magistrat, Juriste référendaire CCJA-OHADA

Mamadou KONE

Enseignant-chercheur, Juriste référendaire CCJA

Me Jérémie WAMBO

Juriste référendaire CCJA-OHADA

SECRÉTARIAT D'ÉDITION**Mayatta Ndiaye MBAYE**

Maître de conférences agrégé, Directeur Général

de l'ERSUMA, Directeur de Publication de la

Revue de l'ERSUMA

Édouard KITIO

Magistrat Hors Hiérarchie, Docteur en droit,

Directeur de la Recherche et de la Documentation,

ERSUMA

Karel Osiris Coffi DOGUE

Docteur en droit, Directeur des Etudes, ERSUMA

Alexis NDZUENKEU

Magistrat, Chef de Service des Affaires Juridiques

et de la Communication, Secrétariat Permanent

OHADA

Edith Dia TRAORE-COULIBALY

Documentaliste en Chef, ERSUMA

Ghislain OLORY-TOGBE

Juriste, Assistant de recherche, Responsable du

Suivi des Projets et Partenariats, ERSUMA.

Sommaire

Études doctrinales

page 09

L'évolution de l'ordre public international en droit de l'arbitrage OHADA, ombres et lumières	
<i>Par Kossi Assiom BOKODJIN, Avocat au Barreau du Togo</i>	11
Les obligations du mandataire professionnel en droit OHADA	
<i>Par Jean Joss MILINGO ELLONG, Docteur en Droit, Chargé de cours à la FSJP de l'Université de Douala</i>	35
La compliance dans les espaces OHADA et U.E	
<i>Par Abel Henri BILLONG BILLONG, Docteur en droit, enseignant -chercheur, Membre de MINEA, Université de Guyane (France)</i>	76
La possibilité d'une approche unitaire de la notion de minorité en droit des sociétés commerciales	
<i>Par Marcel Urbain NGAH NOAH, Docteur en droit, Enseignant/Chercheur à la FSJP de l'Université de Douala</i>	109
Pour une élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal dans les espaces juridiques CEDEAO, UEMOA, CEMAC et OHADA	
<i>Par Eric SIMO, Ph. D en Droit Public, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé II (Cameroun)</i>	139
La participation publique au capital-actions de la personne morale de droit privé à l'épreuve de la qualification pénale des infractions	
<i>Par Denis NGODOBO, Docteur (Ph/D) en droit privé, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques à l'Université de Douala</i>	168
La pertinence des renvois aux lois nationales des dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés	
<i>Par Claudia Inès FEVILIYE DAWÉY, Docteur en droit, Enseignant-chercheur, Assistant, Faculté de droit de l'Université Marien N'gouabi de Brazzaville, Congo</i>	193
Observations sur la déspecialisation du bail à usage professionnel dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général	
<i>Par Chaibou Dan Inna BACHIR, Docteur en droit, Assistant à l'Université de Zinder</i>	219
Le contrôle de l'intermédiation boursière en zone OHADA	
<i>Par Jado DJOUAKEP, Doctorant en droit à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang</i>	235

Les transactions immobilières au Sénégal

Par Mayatta Ndiaye MBAYE, Agrégé des facultés de droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar 271

La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche

Par Codjo Bienvenu LASSEHIN, Docteur en droit, Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université d'Abomey-Calavi-Bénin 299

Les infractions de prévention en matière de terrorisme dans l'espace CEMAC : Le cas du Cameroun

Par Samuel TEPI, Docteur en droit, Chargé de cours, HDR en Droit Privé, Enseignant à l'Université de Dschang-Cameroun 333

Contribution à la clarification de la notion d'assurance pour compte à partir du code CIMA

Par Thérèse-Flora TCHUINGUE MONKAM Epse ENOW, Docteur (Ph.D) en droit privé et sciences criminelles, Université de Dschang (Cameroun) 352

Les garanties du contribuable en matière de contentieux de l'assiette et du recouvrement de l'impôt au Cameroun

Par Raoul TCHATAT NYA, Ph. D en Droit des Affaires et Fiscalité, Assistant à l'Université de Maroua (Cameroun) 380

LA FLEXIBILITÉ DU DROIT
BÉNINOIS DU TRAVAIL ENTRE
PROTECTION DU SALARIÉ ET
PROMOTION DE L'EMPLOI :
ANALYSE À PARTIR DE LA LOI
BÉNINOISE SUR L'EMBAUCHE

Codjo Bienvenu LASSEHIN

Docteur en droit,
Assistant à la Faculté de Droit et Science
Politique de l'Université d'Abomey-Calavi
(Bénin)

Publié dans Revue de l'ERSUMA _ 2020- 2 / N° 13

La flexibilité du droit béninois du travail entre protection du salarié et promotion de l'emploi : analyse à partir de la loi béninoise sur l'embauche

Par Codjo Bienvenu LASSEHIN, Docteur en droit, Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université d'Abomey-Calavi-Bénin

Résumé

Une profonde réforme du droit social est intervenue au Bénin en août 2017 par l'entrée en vigueur de la loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail. Dans ses mures, la nouvelle réglementation affirme la rupture d'avec la surprotection du salarié contenue dans le code du travail et consacre l'introduction en droit positif béninois de la flexibilité considérée par certains comme synonyme de précarité de l'emploi. En réalité, il s'agit d'un changement de paradigme qui témoigne de l'articulation de l'adaptabilité du droit du travail aux exigences de compétitivité de l'entreprise. Dans le contexte béninois, la flexibilité induit une ambivalence. En conséquence, si l'on peut noter que la flexibilité introduite par la nouvelle loi fragilise le statut du salarié, on ne peut occulter que la réforme comporte des vertus faisant d'elle un outil de promotion de l'emploi : on a rendu vulnérable le salarié afin d'offrir plus de chance à l'embauche. Au-delà des remous qu'elle a pu susciter, la réforme aura le mérite d'opérer une courageuse et nécessaire révolution législative.

Abstract

A thorough reform of labour law took place in Benin in August 2017 with the entry into force of the law setting out the conditions and procedure for labour hiring, placement and termination of employment contracts. The new regulations mark a break with the overprotection of employees contained in the labour code and enshrine the introduction into Beninese positive law of flexibility, considered by some to be a source of job instability. This is a paradigm shift that reflects the articulation of the adaptability of labour law to the enterprise competitiveness demands. In the Beninese context, flexibility induces ambivalence. Consequently, while it can be noted that the flexibility introduced by the new law weakens the status of the employee, it can also be admitted that the reform has the merits to be a tool for employment promotion: the employee has been made vulnerable in order to offer more opportunities for hiring. Beyond the upheavals it may have caused, the reform will have the merit of bringing about a courageous and necessary legislative revolution.

Resumo

Uma profunda reforma do direito social teve lugar no Benin em Agosto de 2017 com a entrada em vigor da lei que estabelece as condições e o processo de contratação, colocação da mão-de-obra e da rescisão do contrato de trabalho. Nas suas alterações, a nova regulamentação afirma a ruptura com a superproteção do trabalhador contida no código do trabalho e consagra a introdução no direito positivo beninense da flexibilidade considerada por alguns como sinónimo de precariedade do emprego. Na realidade, trata-se de uma mudança de paradigma que testemunha a articulação da adaptabilidade do direito do trabalho às exigências de competitividade da empresa. No contexto beninês, a flexibilidade induz uma ambivalência. Consequentemente, se podemos constatar que a flexibilidade introduzida pela nova lei fragiliza o estatuto do trabalhador, não podemos esconder que a reforma comporta igualmente virtudes que a tornam num instrumento de promoção do emprego: tornou-se vulnerável o trabalhador para criar mais possibilidades de contratação. Para além da turbulência que possa ter suscitado, a reforma terá o mérito de operar uma corajosa e necessária revolução legislativa.

Resumen

En agosto de 2017 se llevó a cabo en Benín una profunda reforma del derecho social con la entrada en vigor de la ley que establece las condiciones y el procedimiento de contratación, colocación de mano de obra y rescisión del contrato de trabajo. En sus mudas, la nueva reglamentación afirma la ruptura con la sobreprotección del trabajador contenida en el Código del Trabajo y consagra la introducción en el derecho positivo beninés de la flexibilidad considerada por algunos como sinónimo de precariedad del empleo. En realidad, se trata de un cambio de paradigma que demuestra la articulación de la adaptabilidad del derecho laboral a las exigencias de competitividad de la empresa. En el contexto beninés, la flexibilidad induce a una ambivalencia. En consecuencia, si bien se puede observar que la flexibilidad introducida por la nueva ley debilita la situación del empleado, no se puede ocultar que la reforma comporta virtudes que hacen de ella un instrumento de promoción del empleo: hicimos vulnerable al empleado para ofrecer más oportunidades en la contratación. Más allá de las turbulencias que ha podido suscitar, la reforma tendrá el mérito de llevar a cabo una valiente y necesaria revolución legislativa.

* * *

La question de l'articulation de l'adaptabilité du droit du travail¹ aux exigences de compétitivité de l'entreprise avec la protection du salarié, est l'une des plus délicates et des plus discutées en droit du travail². Il a d'ailleurs été soutenu en doctrine que le thème de la flexibilité du travail et de l'emploi a envahi les discours économiques et les politiques managériales au point d'apparaître désormais comme une dimension incontournable, naturalisée des sociétés régies principalement, mais pas uniquement, par les rapports marchands³.

Depuis deux (02) ans, l'ordonnancement juridique béninois s'est enrichi à la faveur de l'entrée en vigueur de la loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail⁴. Dans ses mœurs, la nouvelle réglementation consacre l'introduction en droit positif béninois de la flexibilité considérée

¹ Le terme peut être entendu comme l'ensemble des règles d'origine légale, réglementaire, coutumière, conventionnelle ou jurisprudentielle qui ont pour fonction d'organiser les relations entre les demandeurs et les offreurs du travail subordonné en tenant compte des impératifs de protection des travailleurs et des exigences du bon fonctionnement de l'entreprise et des nécessités de paix et de justice sociale dont l'État est garant (v. M. Richevaux, « Le droit du travail face à la dérégulation de l'emploi privé », in B. Lestrade et S. Boutillier (dir.), *Les mutations du travail en Europe*, Acte du Colloque du 18 et 19 mars 1999 à Dunkerque et Boulogne-sur-Mer, Paris, L'harmattan, 2000, p. 44).

² Paul Durand est la figure de proue qui lança les premiers jalons d'une telle controverse. Il soutint que la mission première du droit du travail réside dans la protection du salarié considéré comme partie faible au contrat de travail. Voy. P. Durand, *Traité de droit du travail*, t.1, Paris, Dalloz, 1947, p.113, n°94. La controverse est en effet entretenue par deux principaux courants. Selon le premier, la flexibilité est indexée comme la négation de l'embauche ; Voy. « Loi sur l'embauche au Bénin : illustration de l'insouciance du gouvernement pour les travailleurs au Bénin », *La Nouvelle Tribune*, 14 févr. 2018, <https://lanouvelletribune.info>, consulté le 19 mars. L'article conclut sur un ton excessif au « manque d'humanisme de l'exécutif et du législatif » ; J-E Ray « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *RDS*, n°3- mars 2013 ; Mathieu de Nanteuil-Miribel, après avoir replacé l'émergence de la flexibilité du travail et de l'emploi dans une perspective globale, identifie cinq principaux « dilemmes » : les critères de performance des firmes, la santé et les conditions de travail des salariés ; les liens entre confiance et temporalités dans l'entreprise ; le développement de la précarité, tant matérielle qu'existentielle ; la nécessité et la difficulté de la délibération dans ce domaine. Dans un dernier temps, il esquisse quelques pistes permettant de poser les jalons de nouveaux compromis dans ce domaine, en insistant sur la nécessité de repenser les normes de vie commune, dans l'entreprise comme dans la société. « Les dilemmes de l'entreprise flexible » ; M. de Nanteuil-Miribel *Laboratoire de Sociologie de Changement des Institutions (France)* nanteuil-miribel@rehu.ucl.ac.be Mai 2002, p.1. A rebours de cette thèse, une autre partie de la doctrine considère que plus qu'une évolution, la nouvelle loi est l'aboutissement d'une révolution du droit du travail au profit de l'entreprise. Pour Alain Supiot, « *la dérégulation ou la flexibilisation [...] s'est identifiée à un déplacement du droit du travail de l'hétéronomie vers l'autonomie* ». L'auteur en conclut que « *c'est l'entreprise qui a été la principale bénéficiaire de ce mouvement* » ; Voy. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2011, p. 171 ; Voy. également S.I. B. Guèdègbé, *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1^{ère} éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, pp.2 et 3 ; G. E. Nonnou, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », *RDT06-08-DIDA*, p.12. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2011, p. 67, op.cit.

³ M. de Nanteuil-Miribel, « Les dilemmes de l'entreprise flexible », *Laboratoire de Sociologie de Changement des Institutions (France)* nanteuil-miribel@rehu.ucl.ac.be Mai 2002, p.1, préc. Voy. également A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2011, idem. Selon l'auteur, en effet « *le droit du travail s'institue dans cette réapparition des valeurs non patrimoniales dans un échange marchand* ».

⁴ Il s'agit de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin. Dans la présente contribution, elle est désignée par l'expression « Loi sur l'embauche ».

par certains comme synonyme de précarité de l'emploi⁵. Dans ce sens, la promotion de l'entreprise, notamment, à travers la prépondérance des pouvoirs accordés à l'employeur, constitue le principal étai juridique posé par la réforme béninoise⁶. Ce faisant, la nouvelle loi bouleverse les principes classiquement reconnus comme essentiels en droit du travail⁷, et relance le débat.

Signe des temps, le terme d'« inflexible » traduit avant tout un sentiment de rigidité, de pesanteur, de fermeté voire de clôture sur soi qui semble en décalage complet avec les impératifs de mobilité, d'immédiateté, de souplesse, d'infléchissement, d'adaptabilité caractéristiques de l'époque présente et qui rendent compte du flexible. La flexibilité est l'état de ce qui est flexible, c'est-à-dire souple. En droit du travail, on a estimé que la préoccupation afférente à la souplesse des règles appelées à s'adapter aux nouvelles réalités du marché, devrait intégrer la sécurité du salarié d'où la flexisécurité. La notion de flexicurité est née aux Pays-Bas lors de la préparation d'une loi intitulée «flexibilité et sécurité» à la fin des années quatre-vingt-dix. Reprenant le contenu d'un accord entre les partenaires sociaux, cette loi a introduit une libéralisation du recours aux formes d'emploi flexibles, tout en offrant en contrepartie des garanties sociales nouvelles aux travailleurs précaires, notamment dans le domaine du travail intérimaire⁸. Ainsi, le concept hybride de «flexicurité» est né pour traduire en quelque sorte un compromis permettant d'accroître à la fois la flexibilité dans la gestion de l'entreprise et la sécurité des travailleurs. Selon le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, la protection est l'action de protéger, de défendre quelqu'un ou quelque chose (contre un agresseur, un danger). Il désigne le fait de se protéger ou d'être protégé et incite à l'aide, à l'assistance, à la défense et au secours⁹. Le droit du travail régit les relations entre le salarié¹⁰-personne physique qui met son activité professionnelle sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale moyennant rémunération¹¹-et l'employeur, économiquement et souvent, techniquement plus aguerris, face au salarié perçu comme l'être le plus faible

⁵ Cf. J-E Ray « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », RDS, n°3- mars 2013, p. 196 ; préc. ; « Loi sur l'embauche au Bénin : illustration de l'insouciance du gouvernement pour les travailleurs au Bénin », La Nouvelle Tribune, 14 févr. 2018, <https://lanouvelletribune.info>, consulté le 19 mars. L'article conclut sur un ton excessif au « manque d'humanisme de l'exécutif et du législatif » ; cité par G. E. Nonnou, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », RDT06-08- DIDA, idem.

⁶ On s'en convainc à la lumière, entre autres, des dispositions de l'art. 24, al.2 : « Lorsque la modification émanant de l'employeur est substantielle et qu'elle est refusée par le travailleur, le contrat peut être rompu par l'employeur et cette rupture lui est imputable. La rupture n'est abusive que si la modification proposée n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise ».

⁷ G. Dumortier, L. Pécaut-Rivolier, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », RDT 2016. 79 ; A. Jeamnaud, « Des principes du droit du travail ? », Sem. soc. Lamy 2015, n° 1703, p. 9.

⁸ Pour ces développements, Cf. Susanne Burri, « Evolution des relations entre emploi et protection sociale aux Pays-Bas », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?* ouv. coll. sous la direction de Ph. Auvergnon, P.U de Bordeaux, 2009, p. 169.

⁹ *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, 2018, V° Protection.

¹⁰ Le mot « travailleur est souvent utilisé pour en réalité désigner « salarié ». Le premier a un sens plus large, il recouvre tous ceux qui exercent une activité professionnelle, qu'elle soit salariée ou indépendante ».

¹¹ Cf. article 6 Loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main d'œuvre et de la résiliation du contrat de travail en République du Bénin. Dans le cadre de cette réflexion, nous utiliserons l'expression Loi sur l'embauche.

économiquement¹² qui a besoin d'être protégé. Ceci a reçu confirmation dans une contribution doctrinale des plus significatives soutenant que le rapport de travail étant au premier chef un rapport de subordination, le salarié est obligé d'accomplir le travail non seulement selon les modalités promises mais aussi, selon les directives de l'employeur¹³. Le professeur Savatier considère que « *le travailleur, c'est le salarié* »¹⁴.

Au sein de l'entreprise, une prestation est fournie par l'employé et qui appelle de la part de l'employeur, obligation de rémunération. L'employé c'est alors celui qui exerce un emploi. Le terme d'emploi revêt deux sens. D'une part, et en lien avec le salarié, l'emploi sera défini comme l'occupation, la fonction à laquelle s'applique l'activité rétribuée d'un employé, d'un salarié¹⁵. D'autre part, il sera analysé comme le marché concurrentiel où se rencontre employeurs et demandeurs d'emploi. A cet effet, Jean Mouly faisant de l'emploi un « *objet du développement économique* »¹⁶ affirme que « *la seule manière de résoudre le problème de la conjugaison du développement économique (et donc d'accroissement de la productivité) et du développement de l'emploi semble être de prévoir le recours à la main-d'œuvre dans la plus large mesure possible* »¹⁷. La flexibilité du droit du travail a été considérée comme un dilemme¹⁸. Mais au fond, elle peut être perçue dans le contexte béninois comme le signe évident d'un changement de paradigme¹⁹. Au titre de la sécurité de l'emploi, le temps d'expérimentation de la loi de 2017 indique que le chômage est au paroxysme²⁰. Dans ce sens, certains auteurs expliquent que la sécurité de l'emploi pourra être de moins en moins confondue avec la stabilité. Ils avertissent que ce n'est pas une catastrophe pour autant si

¹² A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2011, op.cit. p. 112, V° La subordination.

¹³ N. A. Gbaguidi, « Liberté religieuse du salarié et pouvoirs de l'employeur en Afrique Noire francophone : le cas du Bénin », RBDJA n°27, 2012, p. 7. Aux termes de l'article 2 de la loi de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main d'œuvre et de la résiliation du contrat de travail en République du Bénin : « *Est considéré comme travailleur au sens de la présente loi, toute personne physique 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* ». Dans le cadre de cette réflexion, les notions d'employé et de salarié seront indifféremment utilisées. Elles seront employées pour désigner des personnes physiques intervenant dans les entreprises privées.

¹⁴ Voy. J. Savatier, « Le travail non marchand », *Dr. soc.*, 2009, p.73.

¹⁵ Voir le *Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, 2018, op.cit.*

¹⁶ J. Mouly, « L'emploi dans la pensée relative au développement économique », *Persée, Tiers-Monde*, tome 15, n°57, 1988. Pouvoir, mythes et idéologies, p.83.

¹⁷ J. Mouly, « L'emploi dans la pensée relative au développement économique », *idem*.

¹⁸ M. de Nanteuil-Miribel, *op.cit.* p.5.

¹⁹ On pourrait alors penser à une sorte de transformation du droit privé dont parlait Léon Duguit (Voy. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, la mémoire du droit, 2008, "V° Avertissement de la première édition"*).

²⁰ J-E Ray « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », *RDS*, n°3- mars 2013, p. 196. Les employés encore en fonction reconnaissent la possibilité ouverte par la nouvelle loi aux employeurs de se séparer des agents non performants sans grandes difficultés. Ils sont sous la hantise quotidienne de la perte de leur emploi. J. Delors., « Pourquoi ce rapport sur la sécurité de l'emploi ? », in « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », *Rapport n°5 du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale, la documentation française, Paris, 2005, p.5*. Voy. également J. Delors., « Pourquoi ce rapport sur la sécurité de l'emploi ? », in « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », *Rapport n°5 du Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale, la documentation française, Paris, 2005, p.5*. Voy. également J. Delors., « Pourquoi ce rapport sur la sécurité de l'emploi ? », in « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques »,

l'on parvient à sécuriser les mobilités²¹. A l'inverse, les entreprises soulignent le besoin croissant de flexibilité pour s'adapter à l'évolution des technologies qui a provoqué un élargissement de l'espace de la concurrence²². Dans cette perspective, on retiendra que la thèse de protection du salarié jadis défendue par Paul Durand²³ a évolué. En conséquence, désormais, tout concourt à la survie de l'entreprise et tout converge vers elle. Les réformes vivement débattues actuellement en Europe²⁴ participent de ce côté variable et réversible du droit du travail²⁵. Ces réformes apparaissent comme le produit d'un changement de paradigme normatif²⁶ du droit du travail, un changement tel qu'une partie de la doctrine s'interroge sur l'avenir de ce droit²⁷ tout en tirant la sonnette d'alarme sur l'impératif de le sauver²⁸.

L'Afrique n'est pas restée en marge de cette tendance contemporaine. L'idée de modernisation du droit du travail y est prégnante. L'opportunité économique²⁹ et sociale d'une régionalisation d'un droit du travail modernisé s'est imposée à travers le projet d'acte uniforme portant droit du travail, en dépit de la circonspection raisonnée d'une partie de la doctrine³⁰ de l'espace communautaire³¹ OHADA³².

²¹ P. Auer et B. Gazier, *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Paris, éd. Flammarion, 2006, p. 194.

²² J. Delors « Pourquoi ce rapport sur la sécurité de l'emploi ? », op.cit. ; P. Auer, et B. Gazier, idem.

²³ P. Durand, *Traité de droit du travail*, t.1 Dalloz, Paris 1947, p.113, n°94, op.cit. Sur cette référence personnaliste, v. F. Perroux, *La personne ouvrière et le droit du travail*, Esprit, fasc.42. 1^{er} mars 1936, pp.866-897 et du même auteur, *Le sens du nouveau droit du travail*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943 ; V. dans le même sens la déclaration qui ouvre la 2^e du Traité du droit du travail d'A. Brun et H. Galland : « *En droit du travail plus sans doute en aucune autre branche du droit, « le spirituel » doit l'emporter sur le « matériel », l'inspiration humanitaire doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'Homme* » (Paris, Sirey, 1978, t.1., n°1, p. IX).

²⁴ Le Jobs Act en Italie, les modifications allant dans le sens de la dérégulation dans d'autres pays comme l'Espagne, le Portugal ou la France en fournissent la parfaite illustration. Plus globalement, v. A. Jeammaud et A. Lyon-Caen (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Europe*, Actes Sud, 1986.

²⁵ V. N. Claude, *La variabilité du droit du travail*, thèse, Angers, 2010, 355 p.

²⁶ On considère que le droit du travail du XIX^e siècle n'est plus adapté aux sollicitations économiques et sociales classiques de la société contemporaine. Cf. A. Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 », RI T. vol. 149 (2010), n°2.

²⁷ S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », Dr. soc. 1997. 655. Voy. Également M. Michel, « Quel avenir pour le droit du travail ? », *Hommes & Libertés* n°172 décembre 2015.

²⁸ P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail !* Odile Jacob, 2015. Dans le même sens, dans un entretien accordé aux LPA intitulé « Déréguler le travail ne fera pas baisser le chômage » (25 mars 2016, n° 61, p. 4), le même auteur critique le projet de réforme du droit du travail en France et met en garde contre la tendance actuelle à vouloir détricoter le droit du travail.

²⁹ P.-G. Pougoué, « Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) », in P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1321, n° 15.

³⁰ J. Issa-Sayegh, « Questions impertinentes (?) sur la création d'un droit social régional dans les États africains de la zone franc », *Bulletin de droit comparé du travail et de la législation sociale*, 1999, spéc. p. 87 s.

³¹ « Droit africain du travail », *Revue TPOM* n° 930, p. 183.

³² L'article 2 du Traité OHADA énumère de manière indicative les matières rentrant dans le domaine du droit des affaires et qui doivent être uniformisées. Dans l'univers des matières harmonisables figure en bonne place le droit du travail dont la mission cardinale est d'assurer la sécurité physique d'individus soumis aux contraintes de la production et de conférer des droits à des individus assujettis à la volonté d'autrui (employeur ou donneur d'ordre). OHADA est l'acronyme de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle fut instituée par le traité du 17 oct. 1993 révisée à Québec le 17 oct. 2008 et comprenant désormais 17 États avec l'admission de la République démocratique du Congo. Les autres États sont : La République du Bénin, le Burkina

On retiendra que le souffle de la libéralisation économique est, malgré les résistances protectionnistes³³, les esprits qui habitent le projet d'acte uniforme³⁴.

En dehors de l'initiative communautaire, certains États signataires du Traité de l'OHADA dont le Bénin ont tenu le pari d'assurer davantage de flexibilité dans les relations de travail. Depuis 2017, le Bénin s'est inscrit dans un processus de modernisation de la législation sociale en lien avec les tendances actuelles de flexibilité. C'est dans un tel contexte qu'il a été adopté la loi sur l'embauche précitée qui vient compléter la loi n°98-004 du 27 janvier 1998 et les textes connexes³⁵ jusqu'ici fondés sur la protection quasi rigide de l'emploi et des conditions de travail. Dans cette optique, le Bénin, sans doute inspiré par les réformes initiées en France, en Italie, en Espagne et au Danemark³⁶, s'est résolument engagé sur le chemin emprunté par les pays anglo-saxons dans les années 1990, quand les débats autour du droit du travail avaient débouché sur un déplacement sensible du centre névralgique des normes sociales. Le droit du travail était alors perçu comme un outil de modernisation permettant d'obtenir des résultats économiques et une participation soutenue au marché du travail, notamment par le biais de mécanismes incitant à l'employabilité³⁷.

Dans le cadre précisément de la réforme de 2017 au Bénin, les salariés ont le sentiment mesuré à l'aune des statistiques- que la flexibilité est source de précarité généralisée et d'insécurité relativement à leur statut³⁸. Dans cette optique, peut-on dire que la flexibilité mérite d'être regardée comme une politique écartelée entre la sécurité du salarié et la dynamisation de l'emploi ? En d'autres termes, il sied de se demander si la flexibilité du

Faso, la République du Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale Islamique des Comores, la République du Congo, la République de Côte d'Ivoire, la République Gabonaise, la République de Guinée-Bissau, la République de Guinée Conakry, la République de Guinée équatoriale, la République du Mali, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal, la République du Tchad et la République togolaise.

³³ Certains auteurs, dont le professeur P.-G. Pougoué, se sont montrés très critiques vis-à-vis du projet (v. not. Atelier de réflexion sur le projet d'acte uniforme portant droit du travail, organisé par le Centre régional africain d'administration du travail [CRADAT] et le BIT, Yaoundé 10-12 janv. 2006, rapport dactyl. p. 5.) ; il en est de même de certains partenaires sociaux (v. not. S. Ousmanou, *Analyse critique – Propositions du GICAM*, 2005, rapport dactyl. 15 p).

³⁴ P. Auvergnon, « Des esprits présents dans le projet d'acte uniforme portant droit du travail », in *Mélanges P.-G. Pougoué*, op.cit. p. 132.

³⁵ Not. Loi n°90-004 du 15 mai 1990 régissant la déclaration de la main-d'œuvre, les embauches et les résiliations des contrats de travail ; v. B. C. Amoussou, *Code social et jurisprudence*, avec l'appui du BIT-PAMODEC. Voir, à ce sujet, l'article 64 Loi sur l'embauche.

³⁶ Pour une présentation des réformes en Italie et en Espagne, v. les monographies du rapport du Conseil d'orientation de l'emploi, in *Les réformes des marchés du travail en Europe*, 2015 (www.coe.gouv.fr).

³⁷ Cette évolution est bien soulignée par R. Dukes dans l'ouvrage, *The labour Constitution*, Oxford University Press, 2014.

³⁸ Il ressort, en effet, des données enregistrées par la Direction Générale du Travail (DGT) qu'au titre de l'année 2017, sur 2017, 2091 plaintes reçues, 88,9% constitue des plaintes individuelles. En 2018, la Direction a enregistré 276 plaintes individuelles dont 28 demandes d'autorisation de licenciements économiques parmi lesquelles 24 licenciements économiques délivrés (Cf. Rapport des statistiques du travail, éd. octobre 2018 ; en 2016, sur 51 demandes d'autorisation de licenciement économique reçues, le Ministère en charge du Travail a autorisé 24 (Rapport des statistiques du travail, éd. 2019). Au titre de la sécurité de l'emploi, le sentiment d'une insécurité croissante de l'emploi est fort remarquable chez les salariés ; Voy. J-E Ray « Refonder le droit du travail ? A propos de six questions qui fâchent », RDS, n°3- mars 2013, p. 196, préc. Lors des enquêtes, la totalité des salariés interrogés soutient que la loi 2017 met l'employé dans une situation de précarité.

droit du travail constitue un drame ou une vertu pour les salariés et pour l'emploi ? La question mérite d'être posée aussi bien au regard de la lettre que de l'esprit qui innervent les dispositions de la nouvelle loi sur l'embauche.

En effet, dans les lignes de l'exposé des motifs de la nouvelle loi sur l'embauche au Bénin, les partenaires sociaux n'ont pas manqué d'incriminer la rigidité de la loi n°98-004 du 17 janvier 1998 portant Code du Travail en République du Bénin, précitée considérée comme hostile à l'investissement et aux exigences de compétitivité propres aux nouveaux marchés de travail³⁹. Aux détours de la réalité de la réforme⁴⁰, il s'infère pour le salarié le plafonnement tant de l'indemnité de licenciement⁴¹ que de la réparation due à un licenciement abusif⁴². Il ne faut pas occulter les dispositions de l'article 24, al. 2 précitées de la nouvelle loi qui cantonnent les causes de la modification substantielle à l'intérêt de l'entreprise. D'un autre côté, on pourrait être amené à s'interroger, à la suite d'une doctrine autorisée⁴³ renforcée par des données statistiques⁴⁴, sur le point de savoir si la nouvelle loi ne facilite pas l'accès à l'emploi.

³⁹ V. Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, p.3.

⁴⁰ Malgré l'avènement d'une réforme d'envergure du droit du travail notamment dans son paradigme, il serait assez hasardeux de conclure à l'édiction d'un nouveau Code du travail, puisque la loi n°98-004 du 17 janvier 1998 portant Code du travail en République du Bénin est toujours en vigueur et qui s'applique aux côtés de la nouvelle loi, ce qui laisse envisager que les points qui n'ont pas fait l'objet de réforme dans la nouvelle loi restent en vigueur pour les questions non touchées par la loi 2017. Même si la réforme est parcellaire, la profondeur de la révolution qu'elle introduit dans le droit béninois du travail depuis son entrée en vigueur, permet de parler d'un nouveau droit du travail. D'ailleurs, l'on peut lire à l'article 64 de la nouvelle loi que sont abrogées « toutes dispositions antérieures contraires notamment celles de l'article 56 de la loi portant organisation judiciaire et la loi n° 90-004 du 15 mai 1990 portant déclaration de la main-d'œuvre, les embauches et les résiliations de contrat de travail ». On comprend alors aisément l'appel de la Cour Constitutionnelle du Bénin qui, à travers sa décision DCC 17-179 du 10 août 2017, souligne qu' « *il y a lieu de réunir dans un même texte de loi portant code du travail en République du Bénin, les dispositions pertinentes de la loi n°98-004 du 17 janvier 1998 portant Code du travail en République du Bénin et celles de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin* ». La concrétisation de cette entreprise sera l'occasion d'unifier deux lois qui pourtant régissent la même matière. Cet appel a été réitéré par de M. Samson.Igor Bidossessi GUEDEGBE (Voy.M. S.I. B. Guèdègbé, *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1^{ère} éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, p.5 ; op.cit.

⁴¹ Art. 29, loi sur l'embauche, préc.

⁴² Art. 30 loi sur l'embauche, préc.

⁴³ Cf. à ce sujet, l'analyse du préfacier de l'importante contribution de S.I. B. Guèdègbé, *Commentaire article par article de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1^{ère} éd., Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, préface du Professeur Joseph Djogbénou, p.vi-op.cit. Selon le préfacier, « *la loi n°98-004 du 17 janvier 1998 portant code du travail en République du Bénin a fait le lit à un chômage dont le taux excessif et inadmissible ne saurait encore longtemps laisser insensible le législateur. Un déséquilibre caractérise l'offre et la demande d'emploi aux dépens de celle-ci alors que les jeunes de quinze (15) à 35 ans représentent plus de 60% de la production active* ».

⁴⁴ Même si l'on pourrait admettre qu'il est trop tôt d'évaluer la loi qui n'est vieille que de deux ans, les chiffres encore embryonnaires indiquent que la nouvelle loi induit une progression nette du taux d'embauche (Rapport d'activités exercice 2018 de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS), p.13. En considérant l'évolution de l'effectif des travailleurs, on peut noter qu'en 2018, l'effectif total des travailleurs affiliés à la CNSS s'éleva à 341 258 contre 306 896 en 2017, ce qui correspond à une progression de 11%, contre 287 757 en 2016 (cf. p.13) ; on peut dire qu'entre 2016 et 2017, le taux est de 6, 65%.

L'intérêt du sujet est double. Au plan théorique, la question du lien entre la flexibilité du droit du travail et la protection du salarié rencontre un grand intérêt grâce notamment à un contexte global favorable à la fois à l'extension de l'Etat de droit et à la souplesse normative. On notera néanmoins, que la ferveur qu'elle suscite au sein de la doctrine n'atténue pas forcément les quiproquos qu'elle continue d'alimenter souvent. Au plan pratique, à l'égard de l'employeur, mais aussi du salarié, elle contribue à montrer les perspectives qui s'offrent tant au salarié qu'à l'emploi dans la mise en œuvre de cette réforme. C'est que la flexibilité du droit béninois du travail traduit une position ambivalente⁴⁵. De ce point de vue, si l'on peut admettre que la politique de flexibilité introduite par la nouvelle loi fragilise le statut du salarié (I), on ne peut nier qu'elle comporte de grosses vertus faisant d'elle un outil de promotion de l'emploi (II).

I. La flexibilité : une politique de fragilisation du statut du salarié

En concevant la flexibilité comme source de fragilisation du statut du salarié, une partie de la doctrine a soutenu l'excessif renforcement des pouvoirs managériaux de l'employeur⁴⁶. Sur la base de ces analyses, on a pu évoquer la déconstruction progressive, au préjudice des salariés, d'un système traditionnellement protecteur⁴⁷. Pour A. Supiot, les relations de travail doivent toujours être perçues comme un lieu de pouvoir⁴⁸. En droit du travail, la doctrine met en lumière trois pouvoirs qui sont reconnus à l'employeur : le pouvoir réglementaire, le pouvoir disciplinaire et le pouvoir de direction⁴⁹ lesquels se trouvent purement forcés par la flexibilité. Il faut rappeler que la crise économique a mis en avant la nécessité pour le droit du travail de ne plus se contenter seulement de la protection des salariés, mais de rechercher également la sauvegarde et la bonne marche de l'entreprise pourvoyeuse d'emploi⁵⁰. Il convient ainsi de s'intéresser à l'emprise de cette fragilisation (A). A l'épreuve, on note que sur la base du droit comparé, l'ancrage de la fragilisation du statut du salarié participe davantage de la justification de cette fragilisation (B).

⁴⁵ L'ambivalence du droit du travail a été affirmée depuis 1990 par Alain Supiot (Voy. A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail » ? Droit Social, n°6 juin 1990, p. 486. L'auteur soutient que l'analyse des fonctions du droit du travail conduit à souligner que le droit du travail sert les salariés mais aussi les employeurs).

⁴⁶ R. G. David, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », in Rev. Sénégalaise des affaires, n°1, janv-juin 2003, n°16, p.2 ; P. E. Kenfack « Un enjeu inattendu dans le Code du travail camerounais : la protection de l'employeur », Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale », 2006. p.8.

⁴⁷ R. G. David, op.cit. p.15.

⁴⁸ Pour les développements sur la notion, voy. A. Supiot, *Le droit du travail, Que sais-je ?* Paris, PUF, 2004, p.24.

⁴⁹ G. Couturier, *Traité de droit du travail, t. 2, les relations collectives de travail*, coll. Droit fondamental, Paris, P.U.F., 2001, p. 50 et s.

⁵⁰ On a ainsi écrit : « ...Ces diverses préoccupations difficilement conciliables entre elles, aboutissent à un ensemble législatif qui donne au droit du travail camerounais un visage dominé pêle-mêle par le souci de protéger le travailleur, l'exigence de l'emploi et l'efficacité économique », P.G. Pougoué, « Le petit séisme du 14 août 1992 », Revue Juridique Africaine, 1994, p. 67 et s. ; lire également, P.E. Kenfack, *La mobilité du Capital de l'entreprise et le droit social au Cameroun*, thèse, 3ème cycle, Université de Yaoundé II, 1994. 10.

A- L'emprise de la fragilisation

Les secousses ressenties au Bénin à l'avènement de la loi béninoise ont consacré l'affaiblissement du statut du salarié. Cet affaiblissement opéré par le législateur a été la résultante, d'une part, de la vulnérabilité du salarié qui se trouve neutralisé devant l'intérêt de l'entreprise (1) et d'autre part de l'effritement de l'ordre public social (2).

1- La vulnérabilité du salarié face à l'exacerbation de la protection de l'intérêt de l'entreprise

La protection de l'intérêt de l'entreprise en lien avec la vulnérabilité du salarié a été discutée. On a pu parler, s'agissant de la Constitution sénégalaise de 2001⁵¹, de subtil renforcement du pouvoir patronal de direction et de gestion⁵². Le premier intérêt que tire le salarié dans l'entreprise reste le salaire, contrepartie de l'effort fourni pour la production ; le second pouvant être un emploi décent et stable. L'un des pouvoirs reconnus à l'employeur par le législateur reste, en effet, la modification du contrat de travail⁵³. Cette modification peut résulter d'une réorganisation de l'entreprise⁵⁴, en raison de difficultés économiques, d'innovations technologiques ou de nécessités de la concurrence⁵⁵. On toujours distingué entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat de travail. Mais depuis 1996, une nuance a été introduite par la Cour de cassation française⁵⁶. La modification substantielle peut être perçue comme

⁵¹ L'article 25, alinéa 4 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, reconnaît l'exercice du droit de grève mais l'assortit de limites en disposant « qu'il ne peut en aucun cas porter atteinte à la liberté de travail ni mettre en péril l'entreprise ». Cette disposition, en reconnaissant ainsi le droit à la survie de l'entreprise, met en lumière, l'intérêt de l'entreprise.

⁵² G. R. David, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », in Rev. Sénégalaise des affaires, n°1, janv-juin 2003, n°16, ou www. Ohada.com (ohadata D - 04 - 31). On peut alors facilement comprendre les différents mécanismes d'implication des salariés dans la gouvernance de l'entreprise. En ce qui le concerne, le législateur OHADA entend associer les travailleurs à la gestion et au résultat de l'entreprise. Voy. S. Badji, « Les orientations du législateur OHADA dans l'AUSC-GIE révisé, » Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n° 6 - Janvier 2016, Doctrine. L'auteur affirme notamment : « Rendre le prolétariat propriétaire et l'ouvrier boursicotier, voilà une vieille lune qui a la vie dure ». Voilà un bien lointain souhait car les démocraties sont des régimes égoïstes, qui ne se préoccupent pas de l'intérêt des non-citoyens, hier les esclaves, aujourd'hui les étrangers. En droit OHADA, les dispositions de l'article 626-1 AUSC-GIE prévoient que : « L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Les délibérations prises à défaut des rapports prévus au présent alinéa sont nulles... ». Le nombre total des actions attribuées gratuitement ne peut excéder dix pour cent (10%) du capital social à la date de la décision de leur attribution par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas.

⁵³ Art. 24 et 25 de la loi sur l'embauche, préc.

⁵⁴ Art. 25 de la loi sur l'embauche, préc.

⁵⁵ Art. 32 de la loi sur l'embauche, préc. Voy. A. Supiot & alii, *Droit du travail*, 19^{ème} éd. Paris, PUF 1998. p. 377, cité par R.D. Gnanhoui, « Intérêt de l'entreprise et droit des salariés », in Rev. Sénégalaise des affaires, n°1, janv-juin 2003, n°16, ou www. Ohada.com, p.11.

⁵⁶ Depuis quelques années déjà, la Cour de Cassation française a retenu une nouvelle distinction. Elle n'oppose plus les modifications substantielles aux modifications non substantielles, mais distingue la modification du contrat de travail d'avec le changement des conditions de travail. Cf. Soc. 10 Juillet 1996 RJS 8/9 n°900 ; Soc. 17 oct. 1996, Rubin n°3822, WAQUET (D. Ph.), « La modification du contrat

étant « l'atteinte portée à un élément du contrat considéré comme essentiel⁵⁷ au regard des conditions économiques et sociales du moment »⁵⁸. Par ailleurs, l'article 25 de la nouvelle loi précitée dispose qu'en cas de modification fondée sur la situation économique ou la réorganisation de l'entreprise, le travailleur qui refuse cette modification est licencié. Le juge béninois a activement participé au débat relatif à la vulnérabilité du salarié. L'essentiel désormais, c'est qu'une telle modification vise l'intérêt de l'entreprise, prévu à l'article 24 de la nouvelle loi. Cette disposition prévoit *in fine* que la rupture n'est abusive que si la proposition de modification de l'employeur n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Or, l'on sait que l'intérêt de l'entreprise qui est l'instrument de référence⁵⁹ et la principale finalité admissible des décisions prises par l'employeur⁶⁰, est une notion éminemment extensible qui n'a pas encore connu dans la jurisprudence béninoise les efforts de précision prétorienne comme c'est déjà le cas ailleurs⁶¹. On pourrait, sur ce point, craindre une utilisation critiquée pourtant justifiée de la « bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail⁶².

Avant la réforme et en vertu de la surprotection législative de l'intérêt du salarié opérée par le Code de 1998, le juge béninois disposait d'un pouvoir souverain quant à la fixation du montant de la réparation. Pour illustrer cette tempérance, depuis 2006, le juge de la deuxième chambre sociale du tribunal de première instance de Cotonou, après avoir déclaré abusive la rupture du contrat de travail, a fixé les dommages-intérêts pour licenciement abusif à la somme de cinq millions (5.000.000) FCFA⁶³.

de travail ou des conditions de travail », JCP 1997 éd. E, I, 643. A l'instar du législateur sénégalais qui a consacré une disposition à la modification substantielle du contrat de travail (art. L67, al.2 du code de travail sénégalais, le législateur béninois de 2017, l'a consacré à l'alinéa 2 de l'article 24.

⁵⁷ Les éléments essentiels du contrat constituent « le socle contractuel » ; la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer comme constitutifs des éléments essentiels du contrat de travail, la rémunération, la durée du travail, le lieu d'exécution et les attributions professionnelles du salarié. Cf. P.H. Antonmattei « Les éléments du contrat de travail » D.S. 1999, p.331. Néanmoins, il importe de relever que la sphère contractuelle s'élargit au-delà de ces seuls éléments. On estime que certains contractuels parce qu'ils ont été contractualisés. Cela amène à ainsi, dans la recherche des éléments du contrat de travail, à distinguer les éléments contractuels par nature, des éléments contractualisés. Les premiers seraient consubstantiels au contrat de travail, les seconds dépendraient de la volonté des parties. Cf. P.H., Antonmattei « Les éléments du contrat de travail » D.S. 1999, op.cit. p.330 ; Ch. Rade Les limites du « tout contractuel », D.S. 2000, p.828.

⁵⁸ H. Blaise, « Les droits individuels des salariés face à une réduction du temps de travail » D.S. 1985, p.636.

⁵⁹ V.C. Ibikounlé, *Le droit de refus dans l'exécution du contrat du travail*, thèse de doctorat unique en droit, UAC/FADESP, Université de Maastricht, 2014, p. 272.

⁶⁰ V. R. G. David, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », Revue sénégalaise de droit des affaires, juin-janv. 2003, p. 16, OHADA D-04-31.

⁶¹ V.G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les évolutions contemporaines du droit du travail. Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 143. Voy également CA de Dakar arrêt du 31 mars 2000, inédit.

⁶² U. Quentin, « La bonne foi », un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail », in *Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, nouvelle série n°6 2003, PUS, p. 333.

⁶³ Jugement Soc. 2 N°051 du 29 Décembre 2006 SANTOS Eugénie épse SALLON c/ SACOGI (inédit)

Notons qu'avec la réforme, on a, au nom de la flexibilité, fait peser sur les relations contractuelles le spectre de la déjudiciarisation⁶⁴. Le législateur animé par cette tendance⁶⁵, a encadré le pouvoir autrefois reconnu au juge de fixer en toute liberté le montant des réparations dues au salarié⁶⁶. Dans cette perspective, tant les réparations⁶⁷ que les indemnités de licenciement⁶⁸ sont soumises à un plafonnement sévère. Aussi, a-t-il consacré la rupture consensuelle du contrat. C'est en suivant cette dernière procédure que le juge a admis qu'en application des articles 27, 38 et 48 de la loi béninoise, les parties peuvent procéder elles-mêmes à la rupture amiable du contrat de travail⁶⁹.

En matière de réparation du préjudice, le droit commun pose le principe de la réparation intégrale. Dans la compréhension de ce principe, il faut réparer tout le préjudice et rien que le préjudice⁷⁰. Comment dès lors comprendre que la loi qui matérialise une législation spéciale visant à conférer aux salariés une protection négligée par le droit commun cantonne les dommages et intérêts,

⁶⁴ F. GEA, « *Le droit du licenciement économique à l'épreuve de sécurisation de l'emploi* », *Revue Droit Social*, n°3 Mars 2013. *La loi 2017 a sonné une charge, relativement violente, à l'encontre du juge judiciaire. Or, Lacordaire écrivait à ce sujet : « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit ».* Cf. Lacordaire, *Conférence de notre Dame de Paris*, t. 3, p. 473, cité par P. Durand et R. Jassaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947, p. 90.

⁶⁵ Le débat sur la légitimité du juge à intervenir dans la vie et la gestion de l'entreprise est vif. Une partie de la doctrine estime qu'en intervenant dans la gestion de la société, le juge ne dispose que de faibles moyens. Peu ou pas formé aux sciences économiques, il ne pourrait se représenter correctement la réalité de l'entreprise et encore moins apprécier la pertinence des décisions de gestion. Cf. B. Laplane et Q. Urbain, « *Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes* », in A. Lyon-Caen et Q. Urban (Dir.), *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p.8 op.cit. On estime que la jurisprudence devenue trop changeante, imprévisible et donc source d'insécurité pour les dirigeants comme les partenaires sociaux. D'autres auteurs considèrent que le juge donne un sens à la dynamique. Cf. Numéro spécial de la Revue de jurisprudence commerciale, « *Le juge de l'économie* », spéc. L'article de G. Canivet, « *La formation du juge à l'économie* ». La contestation de la place du juge est adossée sur l'incompréhension du rôle du juge. Le juge n'entend pas se substituer au chef d'entreprise dont il ne peut apprécier la performance de sa gestion. « *Défiance* » : le mot est lâché. L'on aurait pu dire : aversion. Ce sont ces termes qui ont été employés dans un rapport réalisé sous l'égide de l'Institut Montaigne, rendu public au mois de décembre, pour décrire la relation des juges (français) à l'économie. La thèse défendue par les auteurs peut se résumer ainsi : les Français auraient une réelle défiance à l'égard du marché et de l'entreprise, et cette défiance serait exacerbée chez les magistrats. Cf. P. Cahuc et S. Carcillo, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, déc. 2012, et, plus spéc. p. 39 s., sur la question des « racines de l'aversion pour l'économie de marché ». Le juge est le baromètre des libertés, des pouvoirs et des droits dans l'entreprise.

⁶⁶ Jugement n°003/2^e CH SOC/19 du 14 février 2019 Victor AHIDOTE c/ Grande Blanchisserie Béninoise. Le juge condamne l'entreprise à verser la somme de FCFA 1000.000 au titre des dommages-intérêts (inédit)

⁶⁷ Cf. art. 30 loi sur l'embauche.

⁶⁸ Cf. art. 29 loi sur l'embauche.

⁶⁹ Jugement contradictoire n°0022/1^{ère} CCS/2019 du 16 janvier 2019 Mme Jocelyne KPEHOUNTON c/ Industrie Laitière du Bénin (inédit). A la base de cette rupture de commun accord, un protocole d'accord homologué par le juge béninois. Dans cette espèce précitée, l'Industrie Laitière du Bénin a saisi le tribunal de première de Cotonou pour voir homologuer le protocole de rupture d'un commun accord d'un contrat de travail intervenu entre elle et son employée le 03 mai 2018.

⁷⁰ Ch. Radé, « *Préjudices et indemnisation à la croisée des disciplines. Heurs et malheurs du principe de réparation intégrale en droit du travail* », *Dr. ouvrier* 2015. 441 ; G. Couturier, « *Le droit du licenciement dans la loi Macron* », *Dr. soc.* 2015. 793.

sans contrepartie ? On a tenté de justifier cette solution par le caractère excessif des condamnations prononcées par les juges sans égard à l'étendue du préjudice et des possibilités réelles de l'entreprise⁷¹. Dans cette optique, il semble qu'elle s'inscrit dans une logique globale de la nouvelle loi qui, sous couvert de la promotion de l'intérêt de l'entreprise, a entrepris de protéger l'employeur, parfois au mépris des droits des salariés. Se pose alors le problème du nécessaire plafonnement adéquat.

Pour le salarié et pour la doctrine, l'option du plafonnement en vogue dans les pays qui ont inspiré le législateur béninois paraît discutable. Il faudra donc concilier les intérêts des deux parties. Il ne paraît pas intéressant que les dommages-intérêts qui seraient alloués au salarié victime d'un licenciement justifié prononcé au mépris des règles de procédure fassent l'objet d'un plafonnement dérisoire. Toute la question est donc de prévoir un montant maximum qui soit approprié et dissuasif⁷². Or, « *les sanctions auxquelles expose la méconnaissance d'une règle de droit doivent être de nature à inciter au respect de la loi* »⁷³. Comparé à certains Etats⁷⁴, on peut penser à première vue que le législateur béninois se démarque nettement par sa générosité à l'égard du salarié. Au fond, avec deux (2) mois⁷⁵ comme montant maximum, l'indemnité allouée sera parfois en deçà de ce qui serait nécessaire pour réparer le dommage subi par le travailleur. Il n'est pas sûr que dans ces conditions, la sanction de l'inobservation des règles de procédure du licenciement assure efficacement le respect de ces règles. Elle est peu dissuasive pour l'employeur qui subit ainsi une sanction insignifiante après avoir procédé à un licenciement irrégulier en la forme auquel il est d'ailleurs enlevé le caractère abusif⁷⁶. Ceci dit, les règles de procédure du licenciement deviennent une obligation dont l'employeur peut se dispenser pourvu qu'il accepte le risque de payer cette indemnité dérisoire. A cet égard, un auteur relève fort justement que « *l'indemnisation peut donner le sentiment que tout est possible pour celui qui dispose des moyens de payer* »⁷⁷. Et même dans cette hypothèse, la réparation à verser au salarié est comprise entre trois et neuf mois⁷⁸. A travers la consécration de la vulnérabilité du salarié, le législateur béninois de 2017 a sonné le glas de la protection du salarié. En droit français, ce montant maximum pourrait se justifier en raison de ce que l'employeur est également contraint d'accomplir la procédure. Autrement dit, pour le législateur, la condamnation à

⁷¹ P.G. Pougoué, Le petit séisme du 14 août 1992, op. cit.

⁷² S. I. B. Guèdègbé, « La violation des règles de procédure du licenciement en droit du travail béninois », p.28, www.google.fr, consulté le 20 mai 2019 à 10h.

⁷³ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 55.

⁷⁴ L'article 52 de la Loi n° 92-020 du 23 Septembre 1992 portant Code du Travail en République du Mali dispose : « 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 ».

⁷⁵ L'article 29 précité dispose que le licenciement même irrégulier en la forme n'est pas abusif ; l'indemnité y relative ne peut excéder deux (2) mois de salaire brut.

⁷⁶ Art. 29 de la loi sur l'embauche, préc.

⁷⁷ J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, 20^{ème} éd., Paris, Liaisons, 2012, p. 351.

⁷⁸ Art. 30 loi sur l'embauche, préc.

un mois de salaire au maximum et à la reprise de la procédure violée répare le préjudice causé. La doctrine considère que « *L'article L 1235-2 semble d'une logique parfaite car dissuasive* »⁷⁹. Il convient de souligner que ce cumul aboutit à cette inconséquence que le manquement est réparé aussi bien en nature qu'en équivalent. Or, de deux choses l'une : ou on répare en nature le préjudice subi par le travailleur en imposant à l'employeur d'accomplir les formalités inobservées ; ou le licenciement étant par nature par ailleurs régulier s'agissant du fond, on accorde au salarié une réparation en équivalent, sous forme de dommage-intérêts, de l'intégralité formelle et de ses conséquences préjudiciables.

Dans la logique de ce débat, il faut se demander si l'ordre public social continue de garder la place qui lui est classiquement reconnue avec la forte influence de la fragilisation.

2- L'effritement de l'ordre public social

La notion d'ordre public renvoie à l'ensemble des valeurs fondamentales d'une société auxquelles les parties à un acte juridique ne peuvent déroger par des stipulations contraires⁸⁰. En droit du travail, on évoque l'ordre public social pour désigner des règles qui garantissent un niveau minimum de protection aux salariés⁸¹. Au Bénin, l'ordre public social était omniprésent dans le code du travail de 1998. La nouvelle loi consacre une révolution en laissant à l'ordre public social quelques reliques faisant penser à son effritement. On peut même être amené à penser que dans cette révolution, l'ordre public social, qualifié d'ADN du droit du travail⁸² a été assassiné. Partant de cette analyse, on peut dire que la loi assouplit le système normatif du droit du travail au point de transformer l'ordre public social en une coquille vide. A ces préoccupations, une réponse positive n'est pas évidente. La réforme béninoise ne remet pas en cause le maintien d'un ordre public fondamental, socle des règles existantes. Dans cette discussion, on aperçoit la silhouette un conflit entre l'ordre public social et l'ordre public économique. Le législateur fait de l'ordre public économique l'*alpha* et l'*oméga*. A cet effet, il consacre un ordre public conventionnel. Cet ordre public conventionnel fait émerger un nouvel ordre public, référentiel de règles de base sur lesquelles les partenaires sociaux peuvent s'appuyer pour aménager les règles tenant compte des spécificités de leur entreprise, de leur secteur, ou de leur situation. On a pu parler d'étiollement de l'ordre public social⁸³. En réalité c'est bien d'un effritement de cet ordre public dont il s'agit. L'ordre public classiquement caractérisé par l'impérativité enserrée dans la loi a cédé la place à la volonté. En fait, on pourrait affirmer que face aux nécessités de l'économie béninoise, en vue de protéger l'entreprise, le législateur a opté pour l'ordre public économique de protection

⁷⁹ J.-E. Ray, op. cit. p. 316.

⁸⁰ R. Cabrillac, Sous la dir. de, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, Paris, 2018, p. 370.

⁸¹ R. Cabrillac, Sous la dir. de, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, Paris, 2018, op.cit. p. 371.

⁸² V.M. Bonnechère, « Les normes du droit du travail, l'ordre public social et « le principe de faveur », in *Agora des pensées critiques*, septembre 2017, préc.

⁸³ G. E. Nonnou, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », RDT06-08- DIDA, p.24, préc.

en lieu et place de l'ordre public de protection⁸⁴. Ceci s'est traduit, entre autres, par la remise en question de la place antérieurement reconnue au juge. Il est déjà arrivé qu'en application des articles 27, 38 et 48 de la loi béninoise, les parties procèdent elles-mêmes à la rupture amiable du contrat de travail⁸⁵. Deux autres illustrations peuvent être tirées de l'extensibilité de la période d'essai⁸⁶ au gré de l'employeur sous la réserve des « usages » applicables, et de la modification des relations de travail.

En effet, toute modification du contrat de travail fût-elle substantielle ou non n'appelle plus l'intervention du juge pour être légitimée⁸⁷. Ceci a fait dire à certains auteurs que l'ordre public en droit du travail est nécessairement affecté d'une certaine incomplétude⁸⁸. Elle intervient pour trancher des conflits de normes⁸⁹ et opère comme une clef de compétences entre sources institutionnelles du droit du travail⁹⁰.

La cessation consensuelle du contrat de travail rappelle la théorie de l'autonomie de la volonté chère au droit des contrats. La doctrine considère que l'autonomie de la volonté connaît un déclin et que le contrat a cessé d'être considéré comme un espace de justice contractuelle qui résiderait dans l'égalité des parties. Le contrat consacre l'écrasement des faibles par les plus forts. On se souviendra de la formule de Lacordaire à ce sujet « *Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit* »⁹¹. On serait, par conséquent, fondé à penser que la célébration de la volonté à travers la rupture amiable des relations de travail retenue par le législateur béninois n'est pas de nature à protéger les droits des salariés. Or, la nouvelle loi du travail est marquée par la prépondérance du pouvoir patronal. A cet égard, les auteurs conçoivent que se rapprocher de la volonté des intéressés, en droit du travail, c'est aussi se rapprocher du pouvoir patronal⁹². Le déséquilibre est ici le plus grand entre celui qui détient l'emploi et le salarié qui souhaite le pérenniser.

84 Selon Remy Cabrillac, L'ordre public de protection s'attache à limiter la puissance de la partie censée la plus puissante économiquement, protégeant le consommateur contre le professionnel, le salarié contre l'employeur, le locataire contre le bailleur. Voy. R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 13^e éd. Paris, Dalloz, 2018, p. 26, n°21.

85 Jugement contradictoire n°0022/1^{ère} CCS/2019 du 16 janvier 2019 Mme Jocelyne KPEHOUNTON c/ Industrie Laitière du Bénin (ILBB).

86 Le législateur dispose en effet à l'article 9 que « *La durée de la période d'essai, renouvellement éventuel compris pour chaque catégorie de travailleur, est déterminée en fonction du délai nécessaire pour mettre à l'épreuve le travailleur compte tenu de la technicité et des usages de la profession* ».

87 Cf. art. 24 et 25 loi sur l'embauche préc.

88 P. Deumier et T. Revet, v° « Ordre public », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1120.

V. R. G. David, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », *Revue sénégalaise de droit des affaires*, juin-janv. 2003, p. 16, OHADA D-04-31, op.cit.

89 S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1120. V. F. Favennec-Héry, « L'ordre public », JCP S 2017. 1126.

90 V. F. Favennec-Héry, « L'ordre public », JCP S 2017. 1126.

91 Cf. Lacordaire, *Conférence de notre Dame de Paris*, t. 3, p. 473, cité par P. Durand et R. Jassaud, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947, p. 90.

92 E. Dockès, « Perte du sens et effritement du droit du travail », in *Revue Projet* 2008/1 (n° 302), pp 21 à 28, n° 24.

C'est au demeurant parce que ce déséquilibre est intense et général que l'ordre public social ne doit pas être confiné à la seule volonté de l'employeur et de l'employé sans la protectrice intervention du juge, classiquement considéré comme gardien de l'ordre public. Faire descendre le niveau d'édiction de la règle, c'est la soumettre davantage au bon vouloir des employeurs. Le mécanisme de rupture consensuelle réussit la prouesse de défendre l'accroissement du pouvoir au nom de « l'autonomie » qui lui sert d'outil.

En outre, les normes favorables aux salariés combinant l'ordre public et le principe de faveur⁹³ sont souvent portées par des instruments infralégislatifs que sont les conventions et accords collectifs. Il apparaît très clairement dans la réforme entreprise que le principe de faveur, vecteur de l'ordre public de protection a connu un net recul. On pourrait logiquement penser à la suite du Professeur Roch Gnahoui David, que le droit du travail qui s'est construit sous le signe de l'ordre public social, passe aujourd'hui sensiblement sous celui de l'ordre public économique, et évolue vers le droit de l'emploi⁹⁴. A l'aune de l'analyse, on s'aperçoit que les causes de la fragilisation du statut du salarié sont à rechercher essentiellement dans l'ancrage de cette fragilisation opérée par le législateur béninois. Ce qui pourrait conduire à un nécessaire rajustement, à un rééquilibrage des données.

B- L'ancrage de la fragilisation du statut du salarié

Les soubassements de la fragilisation notée du statut du salarié méritent d'être recherchés. Dans cette optique, en prenant comme prémisses les expériences comparées, la réforme béninoise souffre aussi bien du défaut d'intégration de la flexicurité (1) que de son incomplétude quant à la politique l'employabilité (2).

1- Le défaut remarquable de la flexicurité

La doctrine considère à juste titre que « *la règle de droit peut être vue elle-même comme un modèle* »⁹⁵. Il est avant tout « *un modèle normatif* » qui définit un cadre. Sur la base de ces considérations, il a été retenu qu'un modèle de normes peut servir de référence, être cité en exemple, imité, voire transposé, grâce à ses caractéristiques ou ses qualités, vraies ou supposées⁹⁶. Lorsque l'on aborde la question de la flexibilité introduite par la loi sur l'embauche, on pourrait être porté à penser que le législateur s'est inspiré du modèle de droit danois. Ce modèle est si souvent convoqué parce qu'il paraît idéalement allier la flexibilité et la sécurité (flexicurité). Il est surtout basé sur un système de sécurité sociale particulièrement protecteur. Au titre de la flexisécurité, le droit danois se présente

⁹³ G. Couturier, « L'ordre public de protection. Heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 113 ; T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », RDT 2017. 586.

⁹⁴ G. R. David, « Intérêt de l'entreprise et droits des salariés », in *Rev. Sénégalaise des affaires*, n°1, janv - juin 2003, n°16, ou www.ohadata.com (ohadata D - 04 - 31).

⁹⁵ A. Jeammaud, « *La règle de droit comme modèle* », *Rec. Dalloz* 1990, Chr. 199.

⁹⁶ F. Petit, « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, Wolters Kluwer, CREDIJ 2014, p. 627.

comme l'illustration la plus aboutie. En fait, le modèle danois de flexisécurité repose sur trois piliers, communément qualifiés de « *triangle d'or danois* »⁹⁷: le premier repose sur une grande flexibilité du marché de l'emploi : l'embauche et le licenciement sont peu réglementés, depuis l'accord social historique de septembre 1899 ; il n'existe en principe ni salaire minimum, même s'il peut être fixé dans chaque branche par des conventions collectives, ni durée légale du travail, en dépit d'une durée communément acceptée de 37 heures par semaine. Le deuxième s'accommode avec un niveau élevé de prestations en cas de chômage : le taux de compensation de la perte de salaire est élevé, au plus 460 euros par semaine, soit 70% du précédent salaire en moyenne, jusqu'à 90% pour les bas salaires. La durée d'indemnisation peut atteindre deux ans, le relais étant pris en fin de droits par une aide sociale versée en partie par les municipalités. Le troisième est incarné par une politique énergique d'activation des demandeurs d'emploi fondée sur un équilibre entre droits et devoirs des personnes en recherche d'emploi. À ces trois piliers, viennent s'ajouter d'autres caractéristiques propres au Danemark : un taux de syndicalisation élevé : 67,9% en 2009, des conventions collectives couvrant 85% du marché du travail en 2007, 100% dans le secteur public, 77% dans le secteur privé, une tradition de concertation et d'accord entre partenaires sociaux qui fait conserver à la législation un caractère subsidiaire, et enfin un système de formation continue permettant de développer la polyvalence des salariés dans tous les secteurs d'activité. L'ensemble de ces éléments expliquent la très forte mobilité de la main-d'œuvre constatée dans le pays : chaque année, 30% des Danois (soit 700 000 personnes) changent d'emploi. Selon les statistiques fournies par Eurostat, les danois occupent ainsi en moyenne six emplois différents au cours de leur vie professionnelle⁹⁸. Les résultats du modèle danois de flexisécurité sont aussi dus à des dispositifs complémentaires de protection sociale, qui maintiennent hors du marché du travail une partie de la population active. Il s'agit du système de congé maladie, de pension d'invalidité, ou encore des dispositifs de préretraite. Il s'en dégage un réel sentiment de sécurité des salariés⁹⁹. Malgré la forte mobilité induite par le modèle social, les avantages des salariés danois en termes de sécurité de l'emploi, est supérieur à celui des salariés français¹⁰⁰. Selon l'avis « *Flexicurité* » du Conseil économique et social européen de mai 2006, le cas du Danemark est lié au paradigme social innovant de ce pays : « *La clef pour comprendre la flexicurité à la danoise réside dans le fait que flexibilité et sécurité ne sont pas nécessairement contradictoires. [...] La flexicurité apporte à la population un degré élevé de sécurité sur le plan économique et social, du fait qu'elle inverse les paradigmes habituels en remplaçant par exemple la « sécurité du poste » par la « sécurité de l'emploi »* et le

⁹⁷ C.f. J.C. BARBIER, « Apprendre vraiment du Danemark : réflexion sur le « miracle danois Documents du Centre d'étude de l'emploi, février, 2005 ; R. Boyer, La flexibilité danoise. Quels enseignements pour la France ? éd. Rue d'Ulm, 2007. ABRAHAMSON, « L'orientation active de la politique sociale danoise », in *Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?* op. cit p. 133.

⁹⁸ Ch. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité des relations de travail*, thèse, Université de Nice Sophia Antipolis laboratoire GREDEG CNRS, 2014, p.251.

⁹⁹ idem.

¹⁰⁰ Idem.

« *moins risque* » par « *de nouvelles chances personnelles* », dans le contexte de la mondialisation et de la délocalisation des emplois. Bien entendu, face à l'évidence du risque de la perte d'emploi, le « *filet de sécurité social* » garanti à chacun des moyens de subsistance à court terme, et les mesures actives du marché du travail associées au taux élevé d'emploi augmentent, pour le long terme, la probabilité que l'intéressé(e) parvienne à trouver un nouvel emploi.

S'inspirant du modèle danois, le législateur béninois a, à travers la nouvelle loi précitée, consacré la flexibilité du droit béninois du travail. Dans cette démarche, il a omis les mesures cardinales consubstantielles à la flexicurité ; ce qui conduirait à penser que la nouvelle loi comporterait un goût d'inachevé.

Mais l'absence de certains critères engage à penser au caractère incomplet de la politique d'employabilité.

2- L'incomplétude de la politique d'employabilité prévue

Dans la logique d'une politique d'employabilité souhaitée, les critères de l'employabilité sont posés et se singularisent par une grande flexibilité du marché du travail, une protection sociale généreuse incluant des mesures transitionnelles¹⁰¹ et des politiques très actives de l'emploi et de la formation professionnelle¹⁰² telle qu'on pourrait penser à l'avènement du travail décent¹⁰³. Dans certaines législations, les marchés transitionnels constituent une passerelle vers l'emploi normal¹⁰⁴. Ils permettent de bâtir des passerelles entre l'emploi et les marges de l'emploi, de sorte que ceux qui se trouvent dans ces marges (en formation, en congé parental, en préretraite, en stage, etc.) puissent, s'ils le souhaitent, réintégrer le cœur du marché du travail, sous forme d'un véritable emploi. Ils consistent en la mise en place, au sein même du marché, de dispositifs permettant à chacun d'acquérir des compétences susceptibles d'intéresser des employeurs.

¹⁰¹ D. Clerc, « Les marchés transitionnels au secours du plein-emploi » in *Alternatives Economiques*, 1 nov. 2000 n°186, p. 1.

Le terme allemand *Übergänge* a été traduit par deux expressions : « marché transitoire » et « marché transitionnel ». Cette dernière dénomination paraît actuellement l'emporter.

¹⁰² C.f. J.C. Barbier, « Apprendre vraiment du Danemark : réflexion sur le « miracle danois », Documents du Centre d'étude de l'emploi, février, 2005 ; R. Boyer, *La flexibilité danoise. Quels enseignements pour la France ?* éd. Rue d'Ulm, 2007.

¹⁰³ Le travail décent, tel que défini par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et approuvé par la communauté internationale, est la possibilité pour chaque femme et chaque homme d'accéder à un travail productif dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité. Il regroupe divers éléments :

- possibilité d'exercer un travail productif et convenablement rémunéré ;
- sécurité au travail et protection sociale pour les travailleurs et leur famille ;
- amélioration des perspectives de développement personnel et d'intégration sociale ;
- liberté pour les êtres humains d'exprimer leurs préoccupations, de s'organiser et de participer à la prise de décisions qui influent sur leur vie ;
- égalité de chances et de traitement pour l'ensemble des femmes et des hommes. Voy. notamment pour ces développements, A. S. Sounon Tamou, *Le travail décent dans les pays de l'espace OHADA : cas du Bénin et du Togo*, thèse de doctorat soutenue le 20 mai 2017, FADESP/UAC, p.19, n°3.

¹⁰⁴ D. Clerc, art. préc., P. 3.

A l'instar de l'inspirant modèle danois, il importe pour le législateur béninois d'intégrer à la politique de l'emploi, le dispositif d'employabilité et de sécurité y subséquente. Par ailleurs, même si le législateur de 2017 affiche sa volonté d'une part, d'« *instaurer une dynamique de création d'emplois intensifs et durables qui réduisent le taux du chômage endémique des jeunes* et d'autre part, « *de permettre aux entreprises d'accroître leur productivité et leur compétitivité* »¹⁰⁵, il est difficile d'affirmer l'existence dans les faits d'un arrimage entre l'esprit du texte et les dispositifs pratiques qui permettent d'y aboutir. Dans cette perspective, on peut envisager l'assurance professionnelle qui poursuit l'objectif de sécurisation de la trajectoire des salariés¹⁰⁶. Y concourent également les dispositifs visant à développer l'employabilité¹⁰⁷ des salariés, grâce à des outils collectifs ou individuels, et à leur offrir des possibilités d'évolution par la diffusion de l'accès à la formation professionnelle. Ils participent aussi à la création d'une économie de la connaissance.

Le développement de l'employabilité et de la formation professionnelle constitue un enjeu personnel pour les salariés qui connaissent des parcours de plus en plus discontinus¹⁰⁸ et dont l'intégration ou le retour sur le marché du travail peut se trouver facilité par un renouvellement de leurs compétences. Il s'agit aussi d'un enjeu de taille pour les entreprises, leur permettant, grâce à l'amélioration constante de la qualification de leurs salariés, de rester compétitives dans une économie de marché mondialisée. Les outils actifs de formation professionnelle, de maintien des savoir-faire et de requalification des salariés ont, en effet, un impact positif sur la création d'emploi et la dynamique économique.

C'est l'arrêt « EXPOVIT » qui a cristallisé l'obligation pour les entreprises de veiller à l'adaptation des compétences de leurs salariés tout au long de leur vie professionnelle¹⁰⁹. Elle a été imposée en 1992 par cet arrêt resté célèbre

¹⁰⁵ V. Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, p. 4, op.cit.

¹⁰⁶ Au Danemark, l'activation a été longtemps compensée par un haut développement de politiques actives accordant une large place à la formation (0,5 % du PIB est consacrée à la formation des personnes connaissant un problème sur le marché du travail, cf. D. Méda « La flexicurité peut-elle encore constituer une ambition pour l'Europe » ? Formation emploi, n°113, 2011, 98. Le concept de flexicurité avait privilégié la mobilité plutôt que la stabilité, l'employabilité et la sécurité prenant appui dans les transitions plutôt que dans le poste ou l'emploi, la facilité à se détacher d'un emploi donné.

¹⁰⁷ LJORF n°105 du 5 mai 2004 l'employabilité est « la capacité d'évoluer de façon autonome à l'intérieur du marché du travail, de façon à réaliser, de manière durable, par l'emploi, le potentiel qu'on a en soi... L'employabilité dépend des connaissances, des qualifications et des comportements qu'on a, de la façon dont on s'en sert et dont on les présente à l'employeur », Ministère du Travail, 2010. « L'employabilité est « l'aptitude de chacun à trouver et conserver un emploi, à progresser au travail et à s'adapter au changement tout au long de la vie professionnelle » ; Organisation Internationale du Travail (OIT), 2007.

¹⁰⁸ Cass.soc ; 31 mai 1956, D.O. 1956, p. 340, (Arrêt Brinon) : « L'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le code du travail ».

¹⁰⁹ Cass. Soc. 25 février 1992. Pour une étude générale de cette obligation, se reporter à l'article d'A. AFABRE, « L'obligation d'adaptation à la croisée des chemins : entre autonomie et diversification »,

de la chambre sociale de la Cour de cassation française¹¹⁰. Cet arrêt enseigne que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi* ». En France, cette obligation, reprise par la loi qui lui a conféré une portée générale, figure à l'article L. 6321-1 du code du travail, aux termes duquel « *l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* »¹¹¹.

On peut dès lors se poser la question de savoir quels sont les dispositifs mis en place par les pouvoirs publics à la suite de l'introduction de la flexibilité dans les relations de travail pour amortir les aléas de la mobilité de l'emploi. Ces dispositifs et ces stratégies qui constituent en droit comparé l'indemnité de chômage, d'assurance sociale pour l'emploi, etc., sont connus sous le terme « *d'amortisseurs sociaux* »¹¹². Pour contrer les éventuels effets néfastes de la flexibilité, d'autres mesures ont consisté en droit européen à renforcer l'efficacité de l'évaluation du personnel par des personnes extérieures ou l'augmentation de la productivité du travail avec un système de primes ou encore l'amélioration de la transparence des données relatives aux services rendus et l'accessibilité de ces données au grand public¹¹³. À la vérité, la réforme du droit du travail au Bénin ne s'est pas accompagnée de mesures similaires. Or la recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité dans les relations de travail reste un défi majeur du droit du travail contemporain afin d'éviter d'accentuer la précarité des statuts¹¹⁴. En définitive, les résultats d'une mauvaise flexibilité seront l'affermissement de l'emploi précaire à l'opposé de la bonne flexibilité qui est de nature à encourager les investissements et la croissance des entreprises¹¹⁵. Elle risque d'affaiblir la compétitivité de l'entreprise et d'avoir ainsi une incidence négative sur sa capacité d'embauche¹¹⁶ et la dynamisation de l'emploi dont la lettre a suscité tant d'euphorie.

Cette situation semble s'expliquer, entre autres, par certaines lacunes visibles au niveau de la loi. En effet, animé de la « *passion légiférante* »¹¹⁷, le législateur

Revue de droit du travail, 2008, p. 33 et s.

¹¹⁰ Cass.soc 25 février 1992 « C'est avec l'arrêt EXPOVIT (préc.) qu'est née une obligation générale d'adaptation à la charge de l'employeur. C'est-à-dire, plus précisément, adapter le salarié à l'évolution de son emploi (nouvelles technologies, évolution des techniques, changements de logiciel).

¹¹¹ Ch. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité des relations de travail*, thèse, Université de Nice Sophia Antipolis laboratoire GREDEG CNRS, 2014, p.305.

¹¹² A. Perulli, « Un nouveau paradigme du droit du travail... », préc.

¹¹³ C. Erhel, « Les politiques de l'emploi en Europe : quelles réactions face à la crise ? », Centre d'études de l'emploi, Document de travail n° 129, 2010.

¹¹⁴ C. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité dans les relations de travail*, thèse, Université de Nice, 2014, op.cit. p.367.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ A. Euzéby, Les charges sociales et l'emploi : allègement ou rationalisation ? Revue internationale du travail, vol. 134, n° 2, 1995 p. 249 ; du même auteur : L'allègement des charges sociales patronales ; quel espoir pour l'emploi ? , Dr. soc. 2000 p. 368. V. aussi, H. Amouri, L'incidence des cotisations patronales de sécurité sociale sur l'emploi : faux problèmes ou vrai enjeu ? Rev. tunisienne de droit social, n° 10, 2004, p. 129.

¹¹⁷ J. Carbonnier, « Droit et passion du droit sous la V^e République », Paris, Flammarion, 2008, p.24 ; cité par J. Djogbénu « La réforme de la procédure civile, commerciale, administrative, commerciale et

béninois n'a pas prévu d'incitation financière pour les entreprises désormais soumises à ladite loi. Par cette finalité, le droit à la sécurité sociale se présente aujourd'hui comme l'une des composantes indissociables de l'ensemble des droits de l'homme¹¹⁸. Cette affirmation est d'autant plus actuelle que les mutations profondes engendrées par la privatisation et la libéralisation des échanges à l'échelle nationale et internationale ont rendu la sécurité sociale plus que jamais sollicitée dans sa fonction de garde-fou contre les effets néfastes d'une mondialisation déshumanisée. La précarité est élevée au rang de « paradigme social »¹¹⁹ et englobe un « champ » de fragilités¹²⁰. On peut en conclure que, appliquée dans son état actuel, la banalisation, la vulnérabilité du salarié est pour lui source d'insécurité.

L'enjeu de la réforme du droit du travail incite après l'épreuve de la fragilisation du salarié, à orienter les réflexions sur les vertus sociales inhérentes à la flexibilité du droit du travail au Bénin.

II. La flexibilité : un outil de « promotion de l'emploi »¹²¹

L'emploi a fait l'objet de débats économiques très vifs. Le professeur Jean-Paul Maréchal évoquant le plein-emploi issu de la remarquable création d'emploi flexible¹²², constate que le travail constitue l'une des interfaces majeures entre l'économique et le social¹²³. En paraphrasant le Professeur Alain SUPLOT, on

des comptes : Une légistique impossible ? », in *De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUE*, Wolters Kluwer, CREDIJ, 2014, p. 245. Selon ce dernier auteur, en plus d'être législateurs, les membres des assemblées parlementaires et en particulier des commissions des lois se doivent d'être des législateurs.

¹¹⁸ J. Rivéro, Sécurité sociale et droits de l'homme, *Rev. Fr. des affaires sociales*, juillet-septembre 1985, p. 37. 4

¹¹⁹ S. Paugam, *Le salarié de la précarité : les nouvelles formes de l'intégration professionnelle*, Paris, éd. Presses universitaires de France, 2000.

¹²⁰ Idem. L'auteur considère que la notion est d'un apport heuristique important même si sa théorisation est difficile.

¹²¹ D'abord, la « promotion » de l'emploi au titre de « concept opérationnel » dans le domaine de la stratégie du développement exige un effort d'affinement et d'approfondissement. On découvre en effet seulement maintenant toute la difficulté de cerner l'idée même dans toute sa richesse et sa complexité. Les efforts dans cette voie commencent à porter leurs fruits. Ensuite, dans la mesure où la réflexion aura affiné le concept, il faudra parvenir à une meilleure connaissance de la réalité, dans un domaine où, présentement, la documentation quantitative aussi bien que qualitative, est insuffisante. Mais le rassemblement des données et leur traitement exigera des ressources considérables, en hommes et en ressources matérielles. Reconnaîtra-t-on toujours l'urgence de l'effort ? Il conditionne cependant l'action. Enfin, la planification de l'emploi- mais il vaut sans doute mieux dire la « planification de la mise en valeur des ressources humaines » - est une technique encore jeune, car elle ne résulte (sauf exception) que d'une prise de conscience récente, au moins dans les économies de marché. Elle reste donc encore rudimentaire et appelle à des efforts renouvelés. Elle consiste, d'ailleurs, moins en une succession d'opérations qui doivent être menées « à côté » de la planification (tout court) du développement, qu'en une nouvelle façon de concevoir cette planification du développement. Mais cela implique, sans doute, des révisions déchirantes, que seul le temps permettra de mener à bien. C'est pourtant là la condition d'une humanisation de l'économie, à laquelle il faudra bien parvenir. (Voy J. Mouly « L'emploi dans la pensée relative au développement économique », *Persée*, Tiers-Monde, tome 15, n°57, 1988. Pouvoir, mythes et idéologies, p.85, préc.

¹²² J- P. Maréchal « Le travail et l'analyse économique », *revue- études* 2001, p.1.

¹²³ P Maréchal « Le travail et l'analyse économique », *revue- études* 2001, p.2. L'analyse économique

pourrait inscrire cette réflexion « [...] dans une double perspective juridique et économique », le sujet semblant difficilement pouvoir supporter l'économie d'un éclairage économique¹²⁴. L'un des paris du législateur béninois de 2017 a été bien évidemment le plein emploi. L'outil pour y parvenir est de rendre flexible le droit du travail. Il convient donc d'y rechercher les marqueurs de la flexibilité, gage d'une dynamisation du marché de l'emploi. Il se dégage de la lecture de l'exposé des motifs justifiant l'élaboration de la nouvelle loi béninoise¹²⁵ et des dispositions elles-mêmes de ladite loi qu'en instituant la flexibilité, le législateur béninois a en vue l'employabilité (A) et la modulation du travail (B).

A- L'employabilité : finalité de la flexibilité de la loi sur l'embauche

Dans la conception comme dans la mise en œuvre de la flexibilité, il est tentant de rechercher les traits saillants de l'employabilité. Celle-ci exige au préalable de clarifier certains repères essentiels pour dissiper quelques illusions ou confusions afin d'amorcer une réflexion en profondeur à la fois sur les fondements et les finalités de la loi béninoise sur l'embauche (1). A la lumière de ces repères, il y a lieu d'apprécier les marqueurs de l'employabilité dans la réforme du droit béninois du travail initiée dans le sens d'une meilleure adaptation du droit du travail aux mutations économiques et sociales (2).

1- Les attermoissements de la doctrine à propos des notions à contenu variable

La notion de flexicurité a été discutée. Dumez la conçoit comme un modèle intégré¹²⁶. Selon la définition retenue par la Commission européenne¹²⁷, la flexicurité est « une stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail », qui repose sur le principe que la flexibilité et la sécurité ne sont pas antagonistes en soi, à l'instar de l'équilibre économique et social trouvé au Danemark. Le professeur A. Moreau, quant à lui, conçoit la flexibilité comme un concept chargé d'équivoque¹²⁸. Dans le langage courant, le terme est synonyme de souplesse, de malléabilité, d'absence d'intangibilité. Les

doit impérativement, si elle veut éclairer le débat public, proposer une démarche apte à appréhender l'agir humain et, partant se préoccuper de la construction de notre vivre-ensemble.

¹²⁴ A. Supiot, *Critiques du droit du travail* Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, p.XI ; cité par Chr. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité dans les relations de travail*, Thèse, Faculté de droit de Nice, 2014, p.9.

¹²⁵ Loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin, préc.

¹²⁶ Ch. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité des relations de travail*, thèse, Université de Nice Sophia Antipolis laboratoire GREDEG CNRS, 2014, p. 253, op.cit.

¹²⁷ Communication de la Commission européenne de juin 2007 « Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité », voy. Ch. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité des relations de travail*, thèse, Université de Nice Sophia Antipolis laboratoire GREDEG CNRS, 2014, p. 253, op.cit.

¹²⁸ Sur les risques que présente le flou du concept de flexibilité, v. M.-A. Moreau, « Évolution du droit du travail, flexibilités et cohésion sociale : vers la recherche de nouvelles voies pour soutenir les restructurations et les transitions », in *Flexibilité et cohésion sociale*, colloque organisé par le Conseil de l'Europe, 17-18 nov. 2005.

juristes doivent la notion de flexibilité à une icône : le doyen Carbonnier avec son célèbre ouvrage *Flexible droit*¹²⁹. Dans cet ouvrage, l'auteur louait les vertus d'un droit adapté aux réalités. Un des instruments de cette flexibilité était, outre les « *réserves d'imagination* »¹³⁰, l'introduction dans la règle elle-même de notions à contenu variable ou indéterminé : intérêt de l'enfant, intérêt de l'entreprise, clause d'exceptionnelle dureté, conséquences d'une particulière gravité, etc. Il appartient au juge d'adapter, le cas échéant, la règle pour en faire une application juste, au-delà d'une juste application. Avec Carbonnier donc, flexibilité s'oppose, non pas à « *rigueur* », même si on pourrait le penser, mais à rigidité. Le droit souple est celui qui permet d'assurer une juste balance entre les intérêts en présence. Il permet, au besoin, de faire exception à la généralité de la règle sans remettre en cause la règle elle-même. Certes, on dira qu'il n'y a plus de généralité de la règle si elle ne s'applique pas à tous ; qu'il n'y a plus d'impérativité de la règle si elle peut être écartée dans un cas particulier. La flexibilité est liée d'une part, à la montée en puissance des droits et libertés de l'individu qui appellent une nouvelle façon de concevoir le droit, moins dogmatique, et d'autre part, à l'exacerbation de l'autonomie de la volonté dans la relation contractuelle. Il importe d'indiquer que le contrat de travail n'est pas un contrat quelconque. Il est quadrillé par l'interventionnisme de l'État pour limiter les abus auxquels peut donner lieu la volonté des parties, notamment de l'employeur. Ainsi, il est admis que tout n'est pas contractuel dans le contrat de travail en raison de sa soumission à un ordre public social. Tout en étant fréquemment utilisé par les spécialistes du droit du travail, le concept de flexibilité n'est guère juridique¹³¹. Pour mesurer la souplesse ou la rigidité d'un système, les juristes distinguent habituellement entre les normes impératives et les normes supplétives. Dans le premier cas, la norme ne tolère de la part des particuliers aucune dérogation, alors que dans le deuxième cas elle n'intervient qu'à défaut d'une solution contraire exprimée par la volonté des parties. Au fond, une dimension juridique se dégage souvent à travers le discours sur la flexibilité de l'emploi ; à savoir le degré de permissivité, de dérogation et d'autonomie dont dispose l'entreprise dans la gestion des ressources humaines.

Abordant l'employabilité, l'on conçoit de toute évidence, que le problème du chômage touche tous les jeunes du monde, et que les statistiques sur le nombre de jeunes qui ne travaillent pas abondent. Cependant, il est un aspect, et non des moindres de ce phénomène que l'on aborde le moins, leur capacité à faire valoir leurs compétences sur le marché du travail, c'est-à-dire leur employabilité. L'employabilité a fait l'objet de moult débats. Elle est perçue comme un concept aux dimensions variées¹³². Dans une vision interactive, elle est étudiée comme « la capacité relative que possède un individu d'obtenir un emploi satisfaisant

¹²⁹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001.

¹³⁰ J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2001.

¹³¹ V. G. Lyon-caen, « Quelle flexibilité ? Pour quel droit du travail ? », *Revue tunisienne de droit social*, n°2 et 3, 1987, p. 113.

¹³² E. Mercier, « Développer l'employabilité des salariés : rhétorique managériale ou réalité des pratiques », Université Nancy2 CEREFIGE ISAM-IAE Nancy Cahier de Recherche n°2011-06, p.3.

compte tenu de l'interaction entre ses caractéristiques personnelles et le marché du travail »¹³³. Plus généralement, chez les économistes du travail, le concept d'employabilité s'inscrit dans une évolution de la relation d'emploi et du salariat.

Si le concept d'employabilité s'entend de prime abord de « *la capacité d'un individu à être employé* », elle prend des dimensions et des contours assez variés selon les auteurs et les champs disciplinaires.

On considère qu'il trouve sa pertinence dans l'évolution des marchés du travail. Selon l'OIT, l'employabilité est « *l'aptitude à trouver et conserver un emploi, à progresser au travail et à s'adapter au changement tout au long de la vie professionnelle* »¹³⁴. Rapportée au chômage des jeunes diplômés, quelles pourraient être les implications ? La question est pertinente, en ce sens que vu le taux de chômage particulièrement élevé des jeunes diplômés béninois « *diplômés chômeurs* », l'idée qu'il ne suffit plus d'avoir un diplôme pour obtenir un emploi est devenue un lieu commun¹³⁵. En fait, l'employabilité se mesure au comportement du marché du travail. Un marché de l'emploi devenu de plus en plus concurrentiel exige plus de compétences (techniques et managériales) et d'expériences professionnelles, en vue de se préparer à ce que Boltanski et Chiappello ont si bien qualifié : « *cette adaptabilité et cette polyvalence qui rendent [l'individu] employable, c'est-à-dire, dans l'univers de l'entreprise, à même de s'insérer dans un nouveau projet* ». C'est dans cette veine qu'il convient de comprendre le « *rapport Supiot* » qui proposait d'élaborer un « *état professionnel des personnes* » qui aurait garanti « *la continuité d'une trajectoire plutôt que la stabilité des emplois* » en protégeant le travailleur dans les phases de transition entre ces emplois¹³⁶. Vue sous cet angle, l'employabilité en tant que stratégie intègre la « *flexicurité* » qui est de plus en plus diffusée comme l'objectif ultime de politique économique et sociale. Il s'agit de reconfigurer la protection de l'emploi, les politiques de l'emploi et les politiques sociales afin d'affronter la nouvelle donne de l'économie mondiale et ce, en liaison avec d'autres politiques dans le domaine de la macroéconomie et de l'innovation.

¹³³ Canadian Labor Force Development Board, Gazier, 1999), cité par Estelle Mercier, « Développer l'employabilité des salariés : rhétorique managériale ou réalité des pratiques, Université Nancy 2 CERFIGE ISAM-IAE Nancy, Cahier de Recherche n°2011-06 p.5.

¹³⁴ OIT, *Rapport de la Commission de mise en valeur des ressources humaines*, 88^e session, Genève, 30 mai-15 juin 2000. Voy. Ch. Dumez, *La recherche d'un équilibre entre flexibilité et sécurité des relations de travail, thèse*, Université de Nice Sophia Antipolis laboratoire GREDEG CNRS, 2014, idem

¹³⁵ A. Honlonkou et D. Ogoudele, « Les institutions du marché du travail face aux défis du développement : le cas du Bénin », BIT 2010. 23.

¹³⁶ A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, , 1999 ; pour une présentation générale de ce rapport : « Le rapport Supiot », *Droit social*, 1999, p. 431-473; pour une appréciation critique: T. Coutrot, « 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux : du mauvais usage des bonnes idées », *Droit social*, 1999, p. 659- 668; notes de lecture sur « Le nouvel esprit du capitalisme » de L. Boltanski et E. Chiappello, *Travail et Emploi*, n° 83, 2000, p. 162 ; J. Lojkine, « À propos du rapport Supiot », *Droit social*, 1999, p. 669-672 ; C. Ramaux, « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? », *Droit social*, 2000, p. 66-76.

La seule manière de résoudre le problème de la conjugaison du développement économique (et donc d'accroissement de la productivité) et du développement de l'emploi est donc de prévoir le recours à l'employabilité seule mesure qui favorise l'emploi de la main-d'œuvre qualifiée dans la plus large mesure possible, à condition de l'utiliser de façon productive, pour accélérer le développement économique. Cette utilisation raisonnée de la main-d'œuvre comme substitut du capital permettrait, sans négliger la productivité, d'augmenter la production dans des proportions plus fortes encore et de répartir plus largement dans la population active un revenu plus élevé. Cette prise de conscience s'est d'ailleurs traduite de façon éclatante sur le plan international. Plus loin, la stratégie suggère que tout pays en voie de développement « *devrait formuler ses objectifs nationaux en matière d'emploi de façon à absorber une proportion croissante de sa population active dans des activités de type moderne et à réduire de façon appréciable le chômage et le sous-emploi* »¹³⁷. C'est en fait toute la famille des organisations des Nations Unies¹³⁸, qui s'efforce de réorienter son action dans cette direction nouvelle¹³⁹.

Des précisions apportées par la doctrine, on notera que le plein-emploi ne signifie pas absence de chômage¹⁴⁰, puisque, dans une économie de marché, l'appareil productif ne cesse de se transformer, de s'adapter, de subir des chocs imprévus qui engendrent licenciements, reconversions, restructurations et destructions, mais aussi créations d'emplois. Il importe dès lors de mesurer les marqueurs de l'employabilité dans la réforme intervenue au Bénin.

2- Les marqueurs de l'employabilité fixés

Dans le contexte béninois, *la ratio legis*, les inspirations profondes et les logiques apparentes sur lesquelles la nouvelle loi est bâtie sont largement exposées. Sans doute, la réforme s'inscrit dans un mouvement similaire que celle initiée en France, avec la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 dite de modernisation du marché du travail que celle de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 est venue amplifier¹⁴¹. L'ambition de la loi n°2017-05 transparaît nettement dans l'exposé des motifs qui a accompagné sa présentation : « *rendre plus flexible le marché du travail et de l'emploi au Bénin* »¹⁴². La réforme prend donc le pari d'une dynamisation du marché du travail. D'ailleurs, le titre de ladite loi est assez révélateur de l'esprit du législateur. Il s'agit de la loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin dont le titre rime à merveille avec le

¹³⁷ Cf. § 18, al. a.

¹³⁸ O.I.T., F.A.O., U.N.I.D.O., UNESCO, C.N.U.C.E.D., B.I.R.D., etc.

¹³⁹ Pour plus de détails, voy, *Employment Policy in the Second Development Decade United Nations Family Approach*, Genève, B.I.T., 1973.

¹⁴⁰ D. Clerc, « Les marchés transitionnels au secours du plein-emploi » in *Alternatives Economiques*, 1 nov. 2000 n°186, p.1, préc.

¹⁴¹ T. Sachs, « Les fonctions et les mots. La consolidation d'un droit du marché du travail », RDT 2016.748.

¹⁴² V. Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, p. 4, op.cit.

contexte qui l'a sous-tendue. On retiendra, au titre du contexte, que l'Afrique subsaharienne comptera chaque année 500.000 jeunes âgés de plus de 15 ans supplémentaires au cours des deux prochaines décennies¹⁴³. Cette jeunesse de la population africaine pourrait représenter un énorme atout économique pour le continent, à condition de mener des réformes de grande envergure visant à améliorer le climat des affaires et accroître la productivité et la compétitivité des entreprises privées. Il est révélé par une étude que les jeunes à l'âge de 15 à 35 ans occupent une proportion de 60% de la population active.

Les rapports « *Doing Business* » 2013-2014-2015¹⁴⁴ et même 2019¹⁴⁵ montre que le Bénin occupe une place peu honorable dans le classement mondial des Etats. En Afrique, il ne dispose pas de la meilleure Politique nationale de l'emploi pour se repositionner parmi les pays de la sous-région. Pour empêcher que le droit ne disparaisse avec l'entreprise qui le porte, il importe que celui-ci assure une fluidité à celle-là pour lui permettre de s'adapter aux pressions du marché concurrentiel et de rester ainsi compétitives dans un contexte où la loi béninoise de 1998 entretenait un profond déséquilibre entre l'offre et la demande d'emploi¹⁴⁶. Cette nécessaire compétitivité est élucidée par l'exposé des motifs soutenant la loi, puisque la principale ambition du législateur a consisté à opérer une rupture nette avec la rigidité entretenue par la loi béninoise de 1998 en « *instaurant une dynamique de création d'emplois intensifs et durables qui réduisent le taux du chômage endémique des jeunes* », puis, partant « [...] *permettre aux entreprises d'accroître leur productivité et leur compétitivité ; le tout dans le strict objectif de faire reculer le taux du chômage* »¹⁴⁷.

Pour témoigner de cette ambition déclinée dans l'exposé des motifs, le législateur de 2017 a fait l'option de la flexibilité. Ceci se justifie : pour rendre accessible l'emploi aux jeunes et mieux s'adapter aux réalités du monde du travail il faut « *embaucher* » ; or pour procéder à l'embauche, il faut nécessairement « *résilier des contrats de travail* ». Il convient, à cet égard de retenir que le maître mot qui se dégage de la trame de cette réforme c'est bien la flexibilité, laquelle communique avec l'employabilité, en l'occurrence à travers l'objectif d'adaptabilité affichée dans l'exposé des motifs et qui sont également visibles dans l'articulation de la loi.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, op.cit. p.2.

¹⁴⁵ Le Bénin occupe la place 153^e / 190 Etats V^o World Bank Group Doing Business 2019, données clés : Afrique subsaharienne, le point sur le classement.

¹⁴⁶ AFD, Danida, « Évaluation du Plan décennal de développement du secteur de l'éducation du Bénin (PDDSE 2006-2015) », 2011.

¹⁴⁷ V. Exposé des motifs de la proposition de loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail, p. 4, op.cit. On notera qu'en France, le rapport *L'emploi à vie est mort, vive l'employabilité !* fruit des échanges d'une commission de travail créée en 2013 sous la présidence de Jacques Gounon, PDG du Groupe Eurotunnel, énonce une série de propositions visant à permettre une meilleure employabilité selon de trois grands leviers d'actions : l'anticipation de l'évolution des métiers, un recrutement davantage centré sur les compétences que sur les diplômes et la mobilité géographique.

C'est plutôt l'adaptabilité et la polyvalence qui transparaissent dans la réforme et qui se présentent désormais comme une exigence de l'entreprise à l'égard du salarié. Cette condition imposée à la main-d'œuvre est issue de la contrainte de compétitivité à laquelle l'entreprise elle-même se trouve confrontée sur un marché concurrentiel cherchant à cumuler efficacité et performance. On assiste ainsi au dopage du marché de l'emploi par la flexibilité¹⁴⁸. Il faut surtout noter que ce dopage se pose et se meut par l'employabilité ; laquelle ramenée à l'essentiel, se résume à la nécessaire adaptabilité du salarié : l'entreprise devant faire le choix entre exister ou disparaître. Pour répondre à ce *diktat*, en effet, le législateur béninois a inscrit au cœur de la réforme des dispositions visant à banaliser la rupture des relations contractuelles. Pour le dire, à l'article 29 précité, le législateur dispose que le licenciement même irrégulier en la forme n'est pas abusif ; l'indemnité y relative ne peut excéder deux (2) mois de salaire brut. Pour y prétendre, l'employé devra justifier d'une année de travail effectif.

Dans la même optique, l'employeur dispose du pouvoir de procéder à un licenciement abusif. Même dans cette hypothèse, la réparation à verser au salarié est comprise entre trois (3) et neuf (9) mois¹⁴⁹. Il s'infère pour le salarié le déplacement visible du centre d'intérêt qui cesse d'être la rupture intéressée, comme c'était le cas sous l'empire de la loi de 1998 précitée dont la première caractéristique était l'absence de plafonnement tant de l'indemnité de licenciement, que de la réparation, mais la polyvalence source de l'adaptabilité recherchée. La loi 1998 précitée qui donnait à l'emploi une protection presque inamovible, n'était pas le gage de prospérité économique des entreprises. On pourrait en induire une contre-performance. Avec la nouvelle loi, l'adaptation du salarié aux exigences constituerait à son profit une chance pouvant lui permettre d'être maintenu au sein de l'entreprise. L'argument le plus souvent avancé par les Etats qui y inspirent pour justifier la flexibilité était que le caractère excessif de la protection de l'emploi avait l'effet de la dissuasion¹⁵⁰. Les condamnations au versement de la réparation dans les hypothèses de licenciement abusif achevaient de les dissuader de l'abandon du licenciement projeté, pourtant indispensable au rayonnement de l'entreprise. Dans le même objectif de compétitivité de l'entreprise, en janvier 2006, un nouveau motif de licenciement a été introduit par les juges européens : « *la sauvegarde de la compétitivité* ». Dans un arrêt, la Cour de cassation française a considéré que des difficultés financières à venir pouvaient justifier des licenciements économiques. « *Dans cet arrêt, les juges ont estimé que la pérennité de la société était menacée* »¹⁵¹.

¹⁴⁸ G. E. Nonnou, « Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin », RDT06-08- DIDA, p.16.

¹⁴⁹ Art. 30 loi sur l'embauche, préc.

¹⁵⁰ Pour ces développements Voy. B. Gazier, « Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative », Travail et emploi, janvier-avril 2008 : Flexicurité et réforme du marché du travail, p.1.

¹⁵¹ S. Fontana-Bérard, « Licencier un salarié pour motif économique. Des difficultés économiques ? Il peut être nécessaire de « couper » dans les effectifs ». www.google.fr, Publié par le 1^{er} juin 2007.

Autrement dit, la réorganisation et les licenciements y subséquents se sont révélés nécessaires pour permettre à l'entreprise de s'adapter aux évolutions prévisibles de son environnement concurrentiel, même en l'absence de difficultés économiques avérées au moment des licenciements. L'employabilité se présente alors comme la prime du salarié dans la flexibilité du droit béninois du travail. Il fallait tenir le travail comme la valeur la plus élevée, dont la qualité de l'exécution est finalement le critère essentiel de maintien de l'emploi et de survie de l'entreprise.

En considérant l'employabilité comme une politique sociale, l'une des particularités de la réforme engagée par le législateur béninois de 2017 s'est opérée entre autres, par la modulation du travail et une meilleure réorganisation du capital humain¹⁵².

B- La modulation du travail : un procédé flexible d'embauche

Le législateur béninois, après avoir maintenu la *summa divisio*¹⁵³ devenue classique en droit du travail, a introduit une utile et opportune innovation en modulant le travail¹⁵⁴. Celle-ci s'est surtout traduite par la gamme de procédés prévus en faveur de l'embauche. La jurisprudence française a admis cette forme rythmique du travail depuis 2010. Il a été ainsi retenu que les entreprises sont soumises à deux contraintes différentes d'adaptation de l'emploi : moduler le volume de travail pour faire face aux fluctuations temporelles de la demande d'une part¹⁵⁵, adapter la qualité de la main-d'œuvre aux évolutions des techniques de production ou de gestion comme aux évolutions qualitatives de la demande, d'autre part¹⁵⁶. Celle-ci peut recourir soit à la flexibilité en vue de varier ses effectifs en fonction de ses besoins en main-d'œuvre (1), soit à la flexibilité interne lorsqu'elle raisonne en effectifs constants tout en cherchant à adapter les ressources humaines et matérielles disponibles aux activités et aux besoins de production (2).

¹⁵² Si les économistes ont l'intuition que la qualité du travail exerce une influence sur la croissance, la théorie économique n'en considère pas moins pendant longtemps le travail comme un simple facteur de production, appréhendé exclusivement dans sa dimension quantitative. Il faudra attendre les années 60 pour que Theodor Schultz et Gary Becker, deux économistes de l'école de Chicago, développent le concept de capital humain. La théorie qui émerge énonce que toute dépense susceptible d'améliorer le niveau de formation d'un individu augmente sa productivité, et par conséquent ses revenus futurs, d'où le nom de capital humain.

¹⁵³ Cf. les articles 11, 12 et 13 de la loi sur l'embauche. Le droit du travail a habitué les juristes à la grande subdivision du contrat de travail : contrat à durée déterminée (CDD), contrat à durée indéterminée (CDI).

¹⁵⁴ La modulation du travail rappelle plus précisément la « *flexibilisation de l'organisation du travail* » évoquée par Alain Supiot, Cf. A. Supiot, *Le droit du travail*, PUF, 2004, p.110.

¹⁵⁵ Cass. Soc., 28 septembre 2010 Arrêt n° 1774 FS-P+BN° 08-43.161. La doctrine considère qu'en France, ces dernières années, des réformes législatives successives du temps de travail (2003, 2004, 2005, 2008, 2009, 2015, 2016) ont instrumentalisé la norme juridique légale pour favoriser l'augmentation de la durée du travail, réellement pratiquée, et la subordination juridique des travailleurs salariés aux "besoins" des entreprises (mesure du temps de travail, heures supplémentaires, forfaits en jours, travail dominical). cf. M. Miné, « Quand le droit favorise l'augmentation et la flexibilité du temps de travail, La nouvelle revue du travail, novembre 2017. Haut du formulaire

¹⁵⁶ A. Jeammaud, « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Droit ouvrier*, 1998, pp. 240-248.

1- La flexibilité externe : signe de modulation

Pour l'entreprise, le besoin de flexibilité en matière d'emploi se traduit, d'abord, par la liberté d'embauchage, c'est-à-dire la liberté laissée à l'employeur de créer ou de ne pas créer des postes d'emploi (embaucher ou ne pas embaucher) ; la liberté de choisir ses futurs salariés ainsi que la liberté de choisir la forme d'emploi en fonction du poste de travail à pourvoir. Ces trois composantes de la liberté d'embauchage sont relativement consacrées par le droit positif. La liberté d'embaucher ou de ne pas embaucher ne pose aucune difficulté sur le plan juridique. Depuis 2017, la loi a consolidé cette liberté en modifiant les dispositions du Code du travail dans l'esprit d'une plus grande souplesse par l'allègement de l'intervention administrative. Il s'agit de personnes exposées à des difficultés particulières d'insertion ou de réinsertion professionnelle, tels que les primo-demandeurs d'emploi, les personnes handicapées et les travailleurs ayant fait l'objet de licenciement pour motif économique. Le Bénin a suivi les pas des Etats qui ont opté pour un système plus souple en consacrant la coexistence entre les bureaux publics de placement et les agences d'emplois privées. C'est la solution adoptée, par exemple, en France¹⁵⁷ et au Maroc¹⁵⁸. D'ailleurs, les normes internationales du travail sont marquées aujourd'hui par une grande souplesse en la matière dans la mesure où elles autorisent une telle coexistence entre les deux systèmes de placement public et privé¹⁵⁹.

La liberté d'embauchage postule, ensuite, la faculté pour l'employeur de choisir ses futurs salariés. Sur la question, le législateur béninois adopte, aussi, une attitude très souple permettant à l'entreprise de bénéficier d'une large liberté de sélection des candidats à l'emploi. Sous réserve du respect du principe de non-discrimination inscrite dans la loi fondamentale¹⁶⁰, l'employeur dispose alors d'une grande liberté pour choisir ses futurs collaborateurs qui sont sélectionnés grâce à des méthodes d'évaluation variables, librement adoptées par l'entreprise. Certes, cette liberté demeure aussi limitée par le nécessaire respect des règles de la concurrence. Un employeur ne doit pas, en effet, se faire le complice de l'inexécution fautive d'un engagement contracté par le salarié auprès d'un autre employeur. Mais cette règle consacrée par l'article 61 du Code du travail depuis 1998¹⁶¹, ne vise pas à protéger le salarié. Elle est destinée plutôt à assurer une certaine loyauté dans le fonctionnement du marché du travail et s'inscrit dans ce que l'on peut appeler l'ordre public libéral¹⁶². La liberté d'embauchage peut se manifester, enfin, au niveau du choix entre les différentes formes d'emploi.

¹⁵⁷ Art. L 5321-1 et s. du Code du travail français

¹⁵⁸ Art. 475 et s. du Code du travail marocain.

¹⁵⁹ Notamment la convention de l'OIT n°181 sur les agences d'emploi privées (1997).

¹⁶⁰ L'article 8 de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution en République du Bénin dispose que l'Etat assure à ses citoyens l'égal accès à la formation professionnelle et à l'emploi.

¹⁶¹ Aux termes de l'art. 61 de la loi n°004 du 27 janvier 1998 portant code du travail en République du Bénin, précitée « *Le travailleur doit toute son activité professionnelle à l'entreprise sauf dérogation stipulée au contrat...* ».

¹⁶² G. Lyon-caen, «La bataille truquée de la flexibilité », Dr. soc. 1985, p. 801.

A cet égard, une distinction classique demeure essentielle entre deux catégories de contrats de travail : les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. Sur la question de l'option en faveur du contrat à durée déterminée ou du contrat à durée indéterminée, aujourd'hui les entreprises béninoises préfèrent, le plus souvent, recourir au contrat de travail à durée déterminée, considéré comme étant la modalité d'emploi qui répond le mieux au besoin de flexibilité. En effet, le salarié sous contrat à durée déterminée est considéré juridiquement comme un salarié occasionnel dans la mesure où il est exposé à perdre facilement son emploi par le simple refus de la part de l'employeur de renouveler le contrat à l'expiration du terme convenu. Les salariés, quant à eux, se sentent mieux protégés par le contrat à durée indéterminée qui comporte l'obligation du préavis¹⁶³. Il faut en induire que la réforme n'a pas mis fin à la liberté de choix entre l'embauchage à durée déterminée et l'embauchage à durée indéterminée. Les articles 11, 12 et 13 ne font que consacrer cette liberté de choix en définissant chacun de ces types de contrat. La loi continue, ainsi, à mettre sur un pied d'égalité ces deux formes d'emploi. Elle ne semble pas privilégier le contrat à durée indéterminée comme contrat de droit commun et ne fait pas du contrat à durée déterminée un contrat dérogatoire auquel le recours ne serait autorisé qu'à titre exceptionnel. A cet égard, l'attitude du législateur béninois est plus souple que celle adoptée par plusieurs autres législations étrangères où le contrat à durée indéterminée constitue la règle, ou l'idéal type d'emploi, par opposition à ce que l'on appelle « les contrats de travail atypiques » dont l'illustration est le contrat à durée déterminée¹⁶⁴.

Certes, la liberté de choix entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée, consacrée par le législateur béninois, n'est pas totale. En effet, la loi ne se limite pas à autoriser le recours au contrat à durée déterminée, elle offre la possibilité du renouvellement indéfini dudit contrat et l'assortit d'une contrainte. C'est ainsi qu'à compter du quatrième terme du contrat à durée déterminée, toute décision de non-renouvellement est précédée d'un préavis¹⁶⁵. La souplesse de la loi va encore plus loin puisque l'employeur peut décider librement de ne pas maintenir le salarié dans son emploi à l'expiration de la période retenue, sans être tenu de justifier sa décision. Dans ce cas, il pourra même recruter un autre salarié par contrat à durée déterminée, dans la limite de la même période, pour occuper le même emploi. Il en résulte qu'un poste de travail permanent peut être indéfiniment occupé par des travailleurs temporaires.

¹⁶³ Arts. 11 loi sur la procédure d'embauche.

¹⁶⁴ C'est le cas dans la plupart des législations européennes. Ainsi, en droit français, par exemple, la loi énonce comme principe que le contrat de travail est conclu à durée indéterminée (art. L1221-2 C.T.). Corrélativement à cette règle, elle pose une interdiction de principe selon laquelle le contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Voy. également J. Freyssinet, « Nouvelles formes d'emplois et précarité : comparaisons internationales », *Dr. soc.* 1989, p.293. Art. 13, 2^{ème} al. loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁶⁵ Art. 13, 2^{ème} al. loi sur la procédure d'embauche, préc.

La flexibilité recherchée par l'entreprise se traduit, par ailleurs, par un phénomène de plus en plus répandu aujourd'hui, à savoir l'externalisation de l'emploi¹⁶⁶. Ce concept exprime un changement profond des modes d'organisation productive et de gestion de l'emploi dans l'entreprise moderne. Celle-ci «n'est plus un monde clos où s'activent ses seuls salariés»¹⁶⁷. Elle s'entoure souvent de partenaires externes auxquels elle confie certaines opérations afin de pouvoir concentrer ses efforts sur le développement des activités stratégiques, diminuer les frais de structure et gérer d'une manière plus souple la force de travail. Pour atteindre ses objectifs, l'entreprise préfère alors extérioriser une partie de ses tâches, en concluant des contrats de prestation de services, de sous-traitance¹⁶⁸ ou encore de mise à disposition qui lui assurent le bénéfice d'une main-d'œuvre extérieure. Elle va pouvoir ainsi disposer d'une force de travail sans avoir la qualité d'employeur au sens juridique du terme. Il en découle, souvent, une sorte de relation de travail «triangulaire» entreprise dans le cadre du travail intérimaire¹⁶⁹ mettant aux prises le fournisseur de main-d'œuvre, le salarié et l'entreprise utilisatrice de la force de travail. Dans l'optique de rendre plus complète l'externalisation du travail, le législateur a prévu l'emploi de la main-d'œuvre étrangère¹⁷⁰. L'expression «externalisation de l'emploi» englobe en réalité des formes très variées, la plus ancienne étant la sous-entreprise de main-d'œuvre connue en droit tunisien¹⁷¹ mais aussi en droit béninois et qualifié de tâcheronnat¹⁷².

Il importe de chercher à savoir l'articulation entre la loi béninoise sur l'embauche et la flexibilité interne.

2- La flexibilité interne : symbole de modulation

Cette forme de flexibilité évoque surtout la possibilité pour l'entreprise d'ajuster le temps de travail, la rémunération du personnel ainsi que son affectation en fonction des besoins de la production et des résultats de l'activité. La réforme du droit du travail adoptée en 2017 a permis d'introduire à ce niveau certaines mesures de flexibilité.

¹⁶⁶ J. De Maillard, P. Mandroyan, J.P. Plattier et Th. Hiesthley, «L'éclatement de la collectivité de travail : observations sur les phénomènes d'extériorisation de l'emploi», Dr. soc. 1979, p. 323 ; J. Freyssinet, «L'extériorisation de l'emploi, la dimension économique du problème», Dr. ouv. 1981, p.11, F. Gaudu, «Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l'entreprise», Dr. soc. 2001, p.971.

¹⁶⁷ H. Blaise, « A la frontière du licite et de l'illicite, la fourniture de main-d'œuvre », Dr. soc. 1990, p. 418.

¹⁶⁸ A noter que le contrat de sous-traitance est une des innovations de la loi béninoise de 2017, inscrite aux articles 22 et 23.

¹⁶⁹ Articles 17 et suivants loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷⁰ Art. 16 loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷¹ N. Mzid, « Droit de travail, entreprise et flexibilité de l'emploi », Droit social n°2 et 3, 29 novembre 2013, p.9, n°20.

¹⁷² Aux termes de l'article 75 de la loi n°98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du travail, en République du Bénin : « *Le tâcheron est un sous-entrepreneur recrutant lui-même la main-d'œuvre nécessaire, qui passe avec un entrepreneur un contrat écrit pour l'exécution d'un travail déterminé ou la fourniture de certains services moyennant un prix négocié...* ».

Relativement à la modulation du temps de travail, la loi a maintenu la durée maximum à 40 heures de travail par semaine¹⁷³. L'une des innovations de la loi a été de prévoir le dépassement de ce délai par application des règles relatives aux équivalences, aux heures supplémentaires ou à la récupération des heures de travail perdues¹⁷⁴. De même, pour répondre aux demandes des travailleurs ou aux besoins de l'entreprise, le législateur accorde à l'employeur l'importante faculté de déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et à pratiquer des horaires individualisés¹⁷⁵. La loi semble donc autoriser une modulation du temps de travail permettant de faire face aux fluctuations d'activité.

La plupart des pays disposent aujourd'hui d'un cadre législatif souple où les limites journalières et/ou hebdomadaires imposées sur le temps de travail (fixé par voie légale ou conventionnelle) peuvent être dépassées dans la mesure où des horaires normaux sont maintenus¹⁷⁶. Mais le principe de base est le même en ce sens que le temps de travail est établi en fonction d'un nombre d'heures travaillées au total sur une période de référence (d'un an ou moins), et non en fonction d'un nombre d'heures donné par semaine, comme dans les systèmes traditionnels. Les régimes d'horaires annualisés sont souvent associés à diverses autres formes d'aménagement du temps de travail tels que le modèle «à fourchette», les comptes de temps de travail ou les banque d'heures¹⁷⁷ usités en droit français.

La flexibilité du temps de travail peut se traduire aussi par le recours au régime de travail à temps partiel¹⁷⁸. Relativement à cette prise de position, on a démontré que la flexibilité du temps de travail peut correspondre à certains besoins personnels du salarié et s'exercer à son avantage. Le phénomène est en particulier lié au développement du travail féminin, dans la mesure où il est acquis que beaucoup de femmes aspirent à occuper un emploi qui ne leur impose pas de contraintes incompatibles avec leur vie de famille ; mais des considérations semblables peuvent aussi jouer pour d'autres catégories de travailleurs jeunes, âgés ou handicapés. De manière plus générale encore, certains changements intervenus dans la mentalité et le comportement des salariés, le souci de se réserver plus de temps disponible (notamment pour les loisirs), le désir de travailler dans des conditions moins pénibles et une infinité d'autres facteurs sociaux ou psychologiques expliquent le souhait assez répandu d'obtenir un assouplissement des règles normalement imposées par le Code du travail et d'utiliser les possibilités offertes par le « travail à temps choisi»¹⁷⁹.

¹⁷³ Art. 39, al.1^{er}, loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷⁴ Art.39, dernier al. loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷⁵ Art. 40 loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷⁶ N. Mzid, « Droit de travail, entreprise et flexibilité de l'emploi », Droit social n°2 et 3, 29 novembre 2013, p.19, n°34, préc.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Arts. 14 et 15 la loi sur la procédure d'embauche, préc.

¹⁷⁹ Suivant l'expression introduite en droit français par l'ordonnance du 26 mars 1982. Pour les développements sur cette notion, Voy. X. Blanc-Jouvan « La flexibilité du temps de travail » Voy. -La flexibilité dans l'intérêt du salarié-, R.I.D.C. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990, p.698.

L'employeur n'est donc pas en mesure d'imposer unilatéralement à un salarié le passage du régime de travail à temps plein à celui du travail à temps partiel. D'autre part, la loi consacre le principe d'égalité de traitement des salariés à temps partiel et des salariés à plein temps, sous réserve des dispositions particulières relatives au régime du travail à temps partiel, notamment la règle de proportionnalité en matière de rémunération.

La flexibilité interne évoque également l'idée de mobilité du personnel en fonction des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, de la conjoncture économique et sociale et des aptitudes professionnelles des salariés. Cette mobilité peut revêtir, surtout, la forme d'une mutation professionnelle ou celle d'une mutation géographique. En réalité, cette forme de mobilité du salarié impliquant une modification de son contrat de travail, n'est pas nouvelle. Par exception au principe de la force obligatoire du contrat, il a déjà été affirmé que l'employeur est en mesure, dans le cadre de son pouvoir de direction, d'imposer au salarié une modification de son contrat, affectant son poste ou sa catégorie professionnelle, lorsque l'intérêt de l'entreprise le justifie¹⁸⁰.

Les modalités en matière de modulation de la relation de travail ont été renforcées par le nouveau législateur béninois. Dans ses linéaments, la réforme béninoise porte en elle un dessein : il fallait restaurer la vie au sein de l'entreprise par l'envie de recruter par la souplesse des dispositions relatives à l'embauche et à la rupture du contrat de travail. Il fallait aussi offrir des solutions nouvelles aux sociétés d'intérim à travers l'encrage juridique qui leur manquait¹⁸¹.

La vieille controverse connue ailleurs sur la flexibilité du droit du travail en lien avec la protection du salarié et la promotion de l'emploi s'est transportée au Bénin à la faveur de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin, et le débat sur la flexibilité s'est imposé. A la réflexion, on découvre que la nouvelle loi revêt une ambivalence. A cet égard, on peut retenir que même si la flexibilité fragilise le statut du salarié, loin de constituer un drame, elle doit plutôt être analysée comme un moyen de promotion de l'entreprise et de l'emploi. Il faut se résoudre à considérer que dans le contexte des Etats africains en construction qui, à l'instar du Bénin, sont enserrés dans des exigences économiques, démographiques et sociales, le tort est plus grand de perpétuer des dispositions qui empêchent le plus grand nombre d'accéder à l'emploi au moyen d'une factice protection du statut du salarié.

¹⁸⁰ Sur la modification du contrat de travail en droit tunisien, Voy. N. Mzid et M. Tarchouna, *Revue de Droit du travail*, n°4, 2009, p. 268. En droit béninois, Voy. les articles 24 et 25 de la loi sur l'embauche préc.

¹⁸¹ S.I. B. Guèdègbé, *Commentaire article par article de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin*, 1^{ère} éd. Cotonou, Les éditions du CREDIJ, juillet 2019, préface du Professeur Joseph Djogbénou, op.cit. p.x.

Si l'on pourrait concevoir qu'il faudra encore plus de temps pour éprouver la réforme, les données empiriques élaborées abondent déjà dans le sens de la satisfaction des ambitions nourries par le législateur, à savoir, la dynamisation du marché de l'emploi.

En faisant de la promotion de l'emploi la référence fondamentale de la mue législative opérée en droit béninois du travail, le législateur entend rompre avec la logique de la surprotection du salarié¹⁸² dont la loi de 1998 était la résultante. Convaincu de sa logique de faciliter l'accès à l'emploi qui s'est affiché comme son écrin privilégié, le législateur a fait le choix de fragiliser le statut du salarié. Cette position des temps nouveaux rappelle la pensée du Professeur Philippe Vivien selon laquelle, seule l'entreprise crée des richesses et de l'emploi : « *On considère le chef d'entreprise comme un homme à abattre, ou une vache à traire. Peu voient en lui le cheval qui tire le char* »¹⁸³. Au-delà des remous qu'elle a pu susciter, la réforme aura le mérite d'opérer une courageuse révolution législative des plus significatives dans un contexte mouvant où le droit du travail est condamné à s'adapter. On l'aura noté, le législateur béninois a procédé à un nécessaire changement de paradigme¹⁸⁴.

¹⁸² J. C. Nchimi, « La négociation en droit du travail camerounais », R.J.A. 1992, p. 115 et s.

¹⁸³ Ph. Vivien « Les procès-durs de licenciement économique : un droit protecteur ou contre-productif ? », RDS, n°3 – mars 2013, p. 223

¹⁸⁴ J-Y. Kerbourc'h, « De la protection de l'emploi à la protection des transitions professionnelles : les changements de paradigmes du droit du travail », Cahiers philosophiques, 2008/4 n°116, p.26.