

DROITS D'ICI / DROITS D'AILLEURS

12

Sous la responsabilité de Pascal Lokiec, Professeur à l'Université Paris 1,
Sophie Robin-Olivier, Professeur à l'Université Paris 1
et Patrick Rémy, Maître de conférences à l'Université Paris 1

REGARDS Entre consolidation du marché et dérégulation : les équivoques d'une réforme du droit du travail au Bénin

Le droit du travail¹ au Bénin a fait peau neuve à la faveur de l'introduction dans l'ordonnement juridique, de la loi fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail². Plus qu'une réforme, il s'agit d'une véritable refondation³, puisque dans ses mœurs, ce que l'on pourrait appeler les principes essentiels⁴ qui caractérisent le droit du travail originel, fils des « conquêtes ouvrières », ont été bouleversés. Du coup, la nouvelle législation cristallise à tort ou à raison des critiques.

Certains considèrent que la nouvelle réglementation introduit une trop grande flexibilité dans les modalités d'embauche et de gestion de la main-d'œuvre par l'employeur, ce qui conduit inexorablement à une précarisation de l'emploi⁵. Ils dénoncent de ce fait, une fracture à l'égard du

droit positif antérieur, tandis que d'autres voient dans la nouvelle loi l'aboutissement d'une (r)évolution du droit du travail⁶.

Loin des lieux communs journalistiques et des critiques qui sont du reste, pour la plupart partisans⁷, il sied de relever que contrairement à ce que l'on affirme couramment, les valeurs qui fondent le droit du travail n'ont jamais été vraiment intangibles. Depuis son origine⁸, et à toutes les latitudes⁹, il s'agit d'une matière où règnent les compromis et leur réversibilité¹⁰. Tout dépend des orientations politiques que l'on entend promouvoir¹¹. La doctrine s'accorde désormais pour affirmer que « le paradigme du droit du travail » n'est plus un modèle imperturbable, un modèle *a priori* fondé sur un système de valeurs typiques du droit naturel, mais un projet en constante évolution, que l'on peut

(1) Qui 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 de 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 ; L'Harmattan, 2000, p. 44).

(2) L. n° 2017-05, 29 août 2017. Dans la présente contribution, elle est désignée par l'expression « la nouvelle loi ».

(3) J. Barthélémy, « Droit social : pourquoi et comment le refonder », *Dr. soc.* 2012. 763.

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

(5) « 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 ».

(6) <https://lc.cx/mhCr> : il s'agit d'un instantané de la page telle qu'elle était affichée le 6 avr. 2018 ; v. aussi, <https://lc.cx/mhCF> : il s'agit d'un instantané de la page telle qu'elle était affichée le 29 mars 2018.

(7) On retiendra avec J. Barthélémy que « les débats sur le droit du travail sont rarement sereins tant est présente l'idéologie qui fait mépriser la rigueur et la raison au profit du manichéisme », J. Barthélémy, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *Dr. soc.* 2017. 737.

(8) A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai et mesure », *Dr. soc.* 1998. 211.

(9) Il ne saurait échapper à l'analyse que la France avec laquelle le Bénin a entretenu une filiation juridique, au nom de la colonisation a connu dans un intervalle quasi insignifiant, une réforme profonde de son droit du travail grâce à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite loi Travail. Dévoilé le 17 févr. 2016, le texte vise à réformer le Code du travail afin, selon le gouvernement, de « protéger les salariés, favoriser l'embauche, et donner plus de marges de manœuvre à la négociation en entreprise ».

(10) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995. Son évolution peut connaître des retournements d'orientation. Des règles ou des opérations juridiques, paraissant jusqu'alors servir les intérêts des salariés, peuvent être mises à profit par les employeurs ; v. aussi, A. Jeammaud, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », *Dr. soc.* 1998. 211.

(11) A. Perulli, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme », *RDT* 2015. 732.

construire, mais aussi déconstruire en fonction des contingences¹².

Les réformes vivement débattues actuellement en Europe¹³ participent de ce côté variable¹⁴ et réversible de la protection des travailleurs. Ces réformes apparaissent même comme le produit d'un changement de paradigme normatif du droit du travail, un changement tel qu'une partie de la doctrine s'interroge sur l'avenir de ce droit¹⁵ tout en tirant la sonnette d'alarme sur l'impératif de le sauver¹⁶.

Le droit du travail du XIX^e siècle ne semble plus adapté aux sollicitations économiques¹⁷ et sociales classiques de la société contemporaine. L'essentiel n'y est plus de rééquilibrer les rapports de pouvoir liés aux contrats du travail¹⁸, mais plutôt de maximiser le bien-être selon les postulats de l'analyse économique du droit¹⁹, de fournir une solution aux répercussions sociales du chômage ou encore d'adapter les structures du droit du travail aux nouvelles valeurs qu'incarnent le marché et l'entreprise.

L'Afrique n'a pas été épargnée par cette dynamique. L'idée de modernisation du droit du travail n'y est pas si nouvelle. L'opportunité économique²⁰ et sociale d'une régionalisation d'un droit du travail modernisé s'est imposée, en

dépît de la circonspection raisonnée d'une partie de la doctrine²¹, comme le moyen d'instaurer « un ordre juridique relativement uniformisé, relativement homogénéisé et suffisamment musclé »²². De plus, le droit social a « une place importante, quoique longtemps sous-estimée, dans l'émergence de politiques incitatives à l'investissement et à la création d'emplois dans l'espace communautaire »²³.

L'article 2 du traité OHADA²⁴ énumère de manière indicative les matières rentrant dans le domaine du droit des affaires et qui doivent être uniformisées. Parmi celles-ci 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)²⁵.

Après moult péripéties, le projet semble avancé²⁶. Le souffle de la libéralisation économique et le vent de la dépénalisation relative du droit du travail sont, malgré les résistances protectionnistes²⁷, les esprits qui habitent le projet d'acte uniforme²⁸.

En dehors de l'initiative communautaire, certains États ont pris individuellement le pari d'assurer davantage de flexibilité dans les rela-

(12) V. J. Attali (dir.), *L'avenir du travail*, Fayard Institut Manpower, 2007.

(13) 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.

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

(15) S. Simitis, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », *Dr. soc.* 1997. 655.

(16) 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.

(17) V. A. Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 », *Ri trav.* vol. 149 (2010), n° 2.

(18) On se souviendra de la formule lapidaire de Lacordaire restée célèbre qui a innervé le droit du travail : « Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Le droit du travail avait là une mission pacificatrice et démultiplicatrice des tensions sociales; v. aussi, B. Amoussou, *Droit béninois du travail. Le contrat de travail et le licenciement*, Star éditions, coll. « Tête fertile », p. 33; H. Groutel, *Droit du travail*, Masson, 1974, p. 13.

(19) V. B. Oppetit, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, 1992, p. 17-28, v. aussi, G. Canivet, « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, n° 99, p. 23-27.

(20) P.-G. Pougoue, « 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.

(21) 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.

(22) K. Mbaye, « L'unification du droit en Afrique », *Revue sénégalaise de droit* 1971, n° 10, p. 67 s.

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

(24) 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 révisé 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 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.

(25) I. S. Miendjiem, « Réflexions sur le champ d'application du droit du travail dans l'espace Ohada », in *De l'esprit du droit africain*, préc., p. 451 s.

(26) Lors de la 29^e réunion du conseil des ministres de l'OHADA tenu à Yamoussoukro (RCI) du 10 au 12 juin 2015, le secrétaire permanent de l'OHADA a informé le Conseil de l'évolution des consultations sur ce sujet. Les experts des États de la CEMAC se sont réunis du 25 au 28 nov. 2015 à Malabo (Guinée équatoriale) et ont convenu de l'opportunité de poursuivre les travaux relatifs à l'harmonisation du droit du travail dans l'espace OHADA. En effet, à l'issue des discussions les représentants des États de la CEMAC ont relevé la nécessité de prendre en compte l'ensemble de leurs préoccupations (les réserves) afin de parvenir à une harmonisation consensuelle du droit du travail dans l'espace OHADA.

(27) 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 allé de même de certains partenaires sociaux (v. not. S. Ousmanou, *Analyse critique – Propositions du GICAM*, 2005, rapport dactyl. 15 p).

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

tions de travail par une relative exacerbation de la liberté contractuelle des partenaires dans l'entreprise²⁹.

Le Bénin, sous l'égide de l'OHADA, s'est inscrit dans un processus de réforme convergente des codes nationaux sous la pression des bailleurs de fonds³⁰, dans le cadre de l'ajustement structurel³¹. C'est dans un tel contexte qu'il a fait le pari de renverser partiellement les structures du droit du travail portées par la loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 et les règlements connexes³², jusqu'ici fondées sur la protection quasi rigide de l'emploi et des conditions de travail.

Dans cette perspective, le Bénin, sans doute inspiré par les réformes initiées en France, en Italie et en Espagne³³, donne l'impression de suivre 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 des personnes au marché, notamment par le biais de mécanismes incitant à l'employabilité³⁴.

Avec ces bouleversements, l'on assistera inévitablement à un « effet domino » qui aura des répercussions sur toute l'exécution des relations entre employeur et salarié et alimentera une conception autoritaire de l'administration des relations de travail. Si l'on considère les effets que les modifications des règles sur le licenciement auront sur l'ensemble des droits dérivant du contrat du travail, le changement de paradigme est donc saisissant de par ses retombées sur tout le système juridique notamment sur le plan du droit positif, mais aussi parce qu'il contraint la communauté scientifique à repenser les points cardinaux de la matière ainsi que, de manière générale, le rôle et la fonction du droit du travail dans le contexte social et économique actuel³⁵.

À ce stade, la question qui se pose est de savoir si le changement de fusil d'épaule idéologique du droit du travail lui permet de conserver sa fonction historique de combinaison des sphères d'intérêts typiques de la liberté d'initiative économique et des droits sociaux. Le rôle protecteur reconnu traditionnellement au droit du travail serait-il conjugué au passé, de sorte que le rapport de travail se présenterait comme un rapport de marché normal dans le cadre d'une prestation exclusivement libérale? Autrement, l'objectif de consolidation du marché du travail justifie-t-il la dérégulation, à tout le moins partielle, du droit du travail opérée?

La consolidation suggère la prise de mesures pour affermir, pour rendre plus solide, plus résistant, plus fort³⁶. La consolidation dont il s'agit ici est celle du marché du travail. Cette consolidation, ou plus exactement, cette dynamisation du marché du travail qui part sur le fondement de la flexibilité³⁷ s'analyse comme l'un des principaux facteurs ayant influencé ces dernières années la configuration du droit du travail jusqu'à le conduire, à travers une démarche approximative, à se doter d'une philosophie d'action nouvelle et à avoir recours à de nouveaux outils conceptuels³⁸.

La dérégulation suppose un assouplissement ou une suppression des dispositions encadrant le régime traditionnel de cette branche du droit³⁹. Au plan juridique, le terme arbore le sens de dérégulation que Gérard Cornu perçoit comme « un allègement du réseau des règles contraignantes qui enserment une activité ». Il désigne également, selon le même auteur, la politique qui, inspirant cette tendance, traduit un retour relatif au libéralisme économique et un recul corrélatif de l'interventionnisme étatique⁴⁰.

Parler d'équivoque revient à évoquer et à relever les contradictions, les doutes qui s'infèrent de la poursuite des ambitions poursuivies et des résultats envisagés sur le fondement de cette loi.

(29) I. Said Wais, « La contractualisation du droit du travail djiboutien », RDT 2017. 352; v. aussi, B. Mohamadou, « La contractualisation du droit sénégalais du travail », Penant 2012, p. 91.

(30) G. Minet et C. Vargha, « Perspectives du droit du travail en Afrique: entre la voie de l'OHADA et les recommandations de la Banque mondiale », *Éducation ouvrière* 2006/2-3, n° 143-144, spéc. p. 76.

(31) P. Auvergnon, « Des esprits présents dans le projet d'acte uniforme OHADA portant droit du travail », in *De l'esprit du droit africain, préc.*, p. 115 s. (32) 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, 485 p.

(33) 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).

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

(35) A. Perulli, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail. Entre néolibéralisme et néolabourisme », RDT 2015. 733, préc.

(36) *Le Petit Larousse illustré*, Larousse, 2017, p. 252.

(37) On ne perdra pas de vue que l'objectif général tel qu'il ressort de l'exposé des motifs de la proposition de loi est de rendre plus flexible le marché du travail et de l'emploi au Bénin.

(38) V. CERC (2005), « La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques », Rapp. n° 5, 179 p.

(39) *Le Petit Larousse illustré*, 2002, p. 320.

(40) G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2011, p. 331.

La mise à jour des équivoques de la réforme repose alors sur un parti pris d'apparence contradictoire. D'un côté, il s'agit d'appréhender les enjeux de cette réforme, c'est-à-dire les rôles qu'elle assume, ce qu'elle produit, au-delà des desseins proclamés. De l'autre, parce que la refondation prend appui sur un champ lexical bien particulier, il apparaît nécessaire de porter une attention aiguë à la lexicographie qui innerve la réforme.

La philosophie de la réforme s'inspire de la conception de la norme juridique du point de vue de son contenu prescriptif et de sa fonction. Elle révèle la prise en compte de deux thèses d'apparence contradictoire qui innervent la nouvelle réglementation.

D'une part, la thèse la plus répandue en économie est que la rigidité de la protection accordée au travailleur, notamment en matière de licenciement, agit négativement sur l'emploi et crée une segmentation du marché⁴¹. Cette thèse postule corrélativement que le contrôle du juge sur la légitimité d'un licenciement et les sanctions prévues en cas de licenciement abusif représentent une ingérence dans la sphère de décision réservée à l'employeur, capable de le dissuader, voire de l'empêcher d'effectuer de nouvelles embauches. Quoique jamais démontrée, statistiques à l'appui, cette thèse s'est imposée comme le *leitmotiv* récurrent d'un courant doctrinal très conformiste.

À rebours de cette thèse, s'est éclose l'idée selon laquelle le droit du travail ayant connu une tendance à l'hypertrophie dans son désir de protection est devenu excessivement complexe, peu lisible, surabondant de normes, ce qui justifie l'intérêt de sa simplification⁴² et de sa rationalisation⁴³.

Sur l'assiette de la réforme, il sied de relever que la nouvelle réglementation a le mérite de corriger certaines insuffisances relevées dans les disposi-

tions de la loi n° 98-004 portant Code du travail. Il s'agit de la définition de certains termes⁴⁴, de la correction de certains écueils institutionnels⁴⁵. De surcroît, elle innove en prévoyant le cautionnement qui s'analyse comme un contrat par lequel un travailleur dépose des numéraires entre les mains de son employeur, à l'effet de garantir la restitution des liquidités que ce travailleur peut perdre ou dissiper à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁴⁶. On peut regretter que la nouvelle loi n'ait prévu aucune disposition pour encadrer la suspension du contrat du travail, de même que les clauses de non-concurrence et de dédit formation.

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. La réforme est assez parcellaire. Beaucoup d'aspects du droit du travail ont échappé à la réglementation. Ce qui laisse envisager que les points qui n'ont pas fait l'objet de réforme dans la nouvelle loi restent en vigueur. 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 ».

Si certaines dispositions contraires à la nouvelle loi sont facilement identifiables en fonction de leur objet, le pari de la légistique⁴⁷ n'est pas totalement gagné comme souvent⁴⁸ dans l'œuvre du législateur entraînant ainsi, par endroit, un manque de lisibilité sur la coexistence entre le droit antérieur et le *corpus* législatif nouveau.

Ainsi en est-il des formalités du visa qui, d'obligatoires qu'elles étaient dans le Code du travail,

(41) V. Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, 1995. *Le rapport du travail dans une économie sans frontières*, Washington, 1995.

(42) La simplification du Code du travail aurait pour vertu de renforcer la sécurité juridique de ses usagers; v. S. Tournaux, « Le Code du travail et ses mœurs », *Dr. soc.* 2016. 680.

(43) Si la sécurisation des rapports juridiques peut s'élever d'un Code, c'est à la condition qu'il énonce des règles claires, complètes et détaillées dont l'interprétation judiciaire n'est pas nécessaire ou, au moins, sera limitée. Juguler l'interprétation judiciaire impose que la loi envisage au plus près le plus grand nombre de situations juridiques pouvant se présenter au juge, que le Code ne s'intéresse pas qu'au général pour prévoir le particulier. Réduction du volume et sécurité juridique sont alors pleinement contradictoires: on veut un code léger mais complet, un code simple mais dont les concepts sont précis.

(44) La loi a défini des notions comme démission, accord partie, le travail intérimaire, etc.

(45) Au nombre de ceux-ci, on mentionnera notamment celle de l'art. 56 de la loi portant organisation judiciaire qui prévoyait que « les tribunaux de première instance statuant en matière de droit du travail s'adjoignent deux assesseurs dans les conditions prévues par le Code du travail et les textes subséquents. Néanmoins, lorsqu'ils ne pourront être constitués conformément aux dispositions du Code du travail faute de personnes susceptibles de figurer sur les listes prévues audit code, ils siègeront sans assesseurs ». Dans la pratique, la dérogation autorisée par loi s'est érigée presque au rang de principe; v. B. Amoussou, « Les assesseurs au Bénin: définition et rôle », *in Justicia*, n° 6, p. 3, B. Amoussou, « Les assesseurs au Bénin: état des lieux », *in Justicia*, n° 9, p. 2; G. E. Nonnou, *L'indépendance du pouvoir judiciaire dans les États d'Afrique francophone: cas du Bénin et du Sénégal*, thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2016, spéc. n°s 128 s.

(46) Art. 45 de la loi.

(47) C. Bergeal, *Rédiger un texte normatif. Manuel de légistique*, 7^e éd., Berger Levrault, coll. « Le point sur », 2012, 433 p.

(48) A. Ouattara, « Prolégomènes pour une épistémologie du droit en Afrique », préc. p. 51; J. Djogbenou, « La réforme de la procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes du Bénin: une légistique impossible? », *in De l'esprit du droit africain. Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué*, WoltersKluwers/CREDIJ, 2014, p. 248; v. aussi P.-G. Pougoué, « L'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats: les tribulations d'un universitaire », *Ohadata D-07-41*; pour l'auteur, les exigences de cohérence et de référence constituent l'âme de toute entreprise législative.

semblent désormais futiles, à tout le moins facultatives. Même si le législateur n'a pas ainsi formellement disposé, l'ambition de flexibilité poursuivie conjuguée avec les objectifs du visa dans le Code rendent plausible une telle interprétation.

Il faut toutefois s'interroger sur le type de rationalisation qu'il convient d'entreprendre, du moment où la réforme de fond entreprise et plus précisément celle encadrant les contrats de travail atypiques, les temps de travail et le droit du licenciement sont de nature à accroître, on peut le présumer, les inégalités et l'insécurité dont sont victimes les travailleurs au détriment de la promotion des droits sociaux fondamentaux. Le recul manifeste de l'ordre public dans la nouvelle loi qui est en balance avec le renforcement du pouvoir conventionnel des parties introduira

sans doute de la flexibilité dans les relations de travail, mais sera également source de précarisation dans l'emploi, l'employeur et le travailleur n'étant guère logés à la même enseigne en termes d'expression de consentement éclairé et de négociation équilibrée⁴⁹.

À cette aune, l'interrogation légitime est celle de savoir comment trouver le juste équilibre entre l'exigence de la flexibilité et la nécessité de préserver la sécurité des travailleurs.

La réponse n'est pas aisée ou plus exactement est ambivalente du moment que la réforme s'appuie sur un parti pris d'apparence contradictoire qui dévoile les équivoques d'une réforme mue par des enjeux économiques quoique le repiquage ainsi effectué par le législateur souffre, à n'en point douter d'imperfection.

UNE RÉFORME MUE PAR DES ENJEUX ÉCONOMIQUES

Dans cette partie, l'objectif est de rechercher la *ratio legis*, les inspirations profondes et les logiques apparentes sur lesquelles la nouvelle loi est bâtie. Sans conteste, la réforme s'inscrit dans un mouvement similaire que celui initié 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 amplifier⁵⁰. L'ambition de la loi n° 2017-05 transparait nettement dans l'exposé des motifs qui a accompagné sa présentation : « rendre plus flexible le marché du travail et de l'emploi au Bénin »⁵¹.

La réforme prend donc le pari d'une dynamisation du marché du travail. Elle reste cependant la source d'une équivoque à double détente.

Le pari d'une dynamisation du marché du travail

L'expression flexibilité est censée rendre compte de la rationalité de ce nouveau modèle choisi par le législateur béninois. Dans la logique des dispositions du Code du travail de 1998 qui permettent une surprotection du salarié, l'emploi est perçu comme une sorte de droit social à vie. Mais dans les entreprises où les effectifs ne sont plus en rapport avec les débouchés, le droit social est illusoire et c'est la précarité qui attend tôt ou tard les salariés. Pour empêcher que le droit ne disparaisse avec l'entreprise qui le porte, il importe que celui-ci assure une fluidité à celles-là pour lui permettre de s'adapter aux pressions du marché concurrentiel et de rester ainsi compétitives. Aussi, la nouvelle loi laisse-t-elle clairement transparaitre l'ambition de renforcer la volonté des parties dans la conclusion et l'exécution de leur relation de travail.

Le dopage du marché de l'emploi par la flexibilité
Le marché du travail au Bénin se caractérise par un profond déséquilibre entre offre et demande d'emploi⁵². L'option du libéralisme économique faite dans les années 1990, à la faveur de la Conférence des forces vives de la nation, devait consacrer la montée en puissance du secteur privé. Mais, ni les politiques publiques ni les programmes d'ajustement mis en œuvre ne sont parvenus à soutenir la croissance économique. Bien au contraire, l'on a relevé une recrudescence du taux de chômage, de même que la prééminence du secteur primaire sur les autres⁵³. Tributaire de la tendance démographique dont le taux d'accroissement intercensitaire est évalué à 3,5 % de 2002 à 2013⁵⁴, le marché de l'emploi du Bénin se caractérise, entre autres, par

(49) F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, thèse, Strasbourg III, 1999.

(50) T. Sachs, « Les fonctions et les mots. La consolidation d'un droit du marché du travail », RDT 2016. 748.

(51) 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.

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

(53) V. A. Gbetoenonmon, *Le Bénin en Afrique de l'ouest, visions, défis et contraintes économiques*, Friedrich Ebert Stiftung, nov. 2013, p. 2.

(54) <https://lc.cx/mhFc>, consulté le 6 mai 2018.

l'inadéquation du système éducatif aux besoins du marché, l'obstacle à la transformation structurelle de l'économie que constitue la baisse de la qualité de l'emploi⁵⁵, la forte progression des activités du secteur informel⁵⁶, le faible accès aux moyens de production, l'exode rural. Une étude réalisée en 2010 par le BIT rapporte que suivant le troisième recensement général de la population et de l'habitat (RGPH), le taux de chômage en 2002 au Bénin était de 0,68 % et est passé à 2,7 % en 2006⁵⁷. L'absence d'un système d'indemnisation du chômage motivant les demandeurs d'emploi à s'inscrire dans des registres officiels et la nécessité d'occuper un emploi à faible revenu seraient à la base de la faiblesse de ce taux. Le sous-emploi a en revanche été observé chez 30 % des actifs du milieu rural et périurbain⁵⁸.

Les réformes menées par les gouvernements successifs n'ont eu que des effets conjoncturels. Elles n'ont pas permis d'anticiper suffisamment sur les variables telles les besoins du marché et la marge de croissance de la population. Le chômage et le sous-emploi demeurent ainsi des problématiques de développement face auxquelles le pays peine à apporter des réponses durables. Face à ce constat, l'État a fait l'option de la flexibilité, pour renforcer l'emploi des jeunes et mieux s'adapter aux réalités du monde du travail.

Le maître mot de la réforme est donc la flexibilité. Il convient, à cet égard, d'appréhender le sens de ce terme. Aussi, importe-t-il de ressortir les marqueurs de la flexibilité dans la nouvelle loi, gage d'une dynamisation du marché de l'emploi. La flexibilité est un concept chargé d'équivoque⁵⁹. Dans le langage courant, le terme est synonyme de souplesse, de malléabilité, d'absence d'intangibilité. On ne peut évoquer en droit, l'expression flexibilité sans recourir à l'icône que fût le doyen Carbonnier avec son célèbre ouvrage *Flexible droit*⁶⁰. Dans cet ouvrage, Jean Carbonnier louait les vertus d'un droit adapté aux réalités sociales et, en un sens, conscient de ses propres limites. Un des instruments de cette flexibilité était, outre les

« réserves d'imagination »⁶¹, 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.

Mais, 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. Et pourtant, l'on assiste à une irrésistible ascension de la « figure contractuelle »⁶² dans le domaine des relations de travail, ce qui a de quoi surprendre en raison des incertitudes attachées à la notion même de contrat.

Plusieurs indicateurs permettent d'appréhender la flexibilité et par voie de conséquence, le dopage du marché du travail. Ainsi, la loi embrasse les aspects qui sont au cœur du droit du travail : le contrat du travail, les conditions de travail et le licenciement bien sûr. Mais la réforme s'est également étendue à des formes atypiques de travail⁶³ qui se développent aujourd'hui à la faveur de facteurs qui convergent vers ce qu'on a appelé la

(55) Près des trois quarts (73,1 %) des jeunes travailleurs occupaient un emploi vulnérable en 2012 comme les jeunes travaillant à leur propre compte (51,7 %) ou les jeunes (non rémunérés) participant aux activités familiales (21,4 %). En outre, seulement un tiers des jeunes salariés (31 %) ont un contrat écrit. V. ETVA, « Work4Youth », Rapport de synthèse, Bénin, ILO/Mastercard fondation, 2015, p. 2.

(56) K. Djade, *L'économie informelle en Afrique subsaharienne*, L'Harmattan, 2011, p. 13 s. ; S. Bissaloue, « L'informel et le droit OHADA », in *Les horizons du droit OHADA. Mélanges en l'honneur du professeur F. M. Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 847 s.

(57) A. Honlonkou et D. Ogoudele, « Les institutions du marché du travail face aux défis du développement : le cas du Bénin », BIT 2010. 24.

(58) A. Honlonkou et D. Ogoudele, préc.

(59) 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.

(60) J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001.

(61) J. Carbonnier dans son *Essai sur les lois*, LGDJ, 2^e éd., 2013.

(62) S. Legac-Pech, « La figure contractuelle en droit du travail », D. 2005. 2250.

(63) V. Ngassa, *Les situations atypiques de travail*, thèse, Université de Yaoundé II, 2007.

« décentralisation productive »⁶⁴. Les dispositions sur le contrat de travail à temps partiel, le travail intérimaire et la sous-traitance en sont l'illustration⁶⁵. Elle consacre également la libéralisation du régime de l'essai, qui ne comporte plus d'essai que le nom, le renforcement du pouvoir conventionnel des parties dont la possibilité de renouvellement quasi illimité du contrat à durée déterminée constitue l'épicentre, l'assouplissement des règles du droit du licenciement, l'évitement du recours au juge⁶⁶ et le recours à des dispositifs plutôt techniques qui ouvrent de larges marges interprétatives, non sans critiquer insidieusement, dans le même temps, l'atteinte à la sécurité juridique que constituerait l'interprétation juridictionnelle.

La montée en puissance du pouvoir conventionnel des parties

Dans la nouvelle loi, les marqueurs de la flexibilité sont tracés par le développement de contrats dits atypiques, tendant à renverser le principe du contrat à durée indéterminée dont la rupture elle-même semble désormais échapper à la rigidité du droit du travail classique⁶⁷. La flexibilité rime également avec un renforcement du pouvoir conventionnel des parties dans la conclusion et l'exécution du contrat de travail.

Du point de vue de l'encadrement de l'essai, le législateur a renforcé le pouvoir d'appréciation de l'employeur, au moyen des dispositions de l'article 9 de la loi n° 2017-05. Aux termes desdites dispositions: « 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 ». Elles confèrent ainsi à l'employeur la latitude de déterminer de manière souveraine et en fonction de son niveau de satisfaction, le temps d'essai du travailleur. Si cette disposition renforce les prérogatives de l'employeur à s'assurer des compétences du travailleur avant l'engagement définitif, il n'en demeure pas moins qu'elle expose le travailleur au risque d'être continuellement mis à l'essai. Encore que ce dernier ne pourra en aucun cas se prévaloir d'un quelconque préjudice au terme de l'essai. C'est en tout cas ce qui ressort des dispositions de l'article 10 de la nouvelle loi qui prévoient que, « sauf clause particulière du contrat ou de la convention collective,

l'essai peut cesser à tout moment par la volonté de l'une des parties, sans préavis, ni indemnités, ni réparation ». Il y a cependant lieu de s'interroger sur cette exception à l'indemnisation introduite par le législateur, d'autant que l'essai ne met le salarié à l'abri ni du préjudice, ni des abus. Il n'est pas à exclure par exemple, qu'en raison de la conduite fautive de l'employeur au cours de l'essai, le travailleur soit victime d'un harcèlement sexuel, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. C'est sans doute eu égard à ces considérations que la loi n° 98-004 disposait de dommages-intérêts dont le montant est fixé par le juge, en fonction du préjudice subi.

Par ailleurs, la limitation du formalisme contractuel s'induit de ce que, dans la nouvelle loi, le visa du contrat par l'inspecteur ne semble plus de rigueur.

En ce qui concerne la libéralisation des règles encadrant le contrat à durée déterminée (CDD), elles tiennent à la durée du contrat et à la possibilité de renouvellement systématique du CDD. Sur la durée du contrat, l'article 12 de la nouvelle prévoit: « Le contrat de travail à durée déterminée est un contrat écrit comportant un terme certain fixé par les parties [...] ». Or les dispositions de l'article 13 de la loi n° 98-004 portant Code du travail prévoyaient: « Tout contrat conclu pour une durée déterminée ne peut excéder deux ans renouvelables une fois [...] ». On peut se rendre compte que le néo-législateur du travail n'a pas enserré le CDD dans une durée maximale, ce qui induit par voie de conséquence la possibilité laissée aux parties de fixer un délai beaucoup plus long que la durée maximale de deux ans prévue dans la législation antérieure.

Au demeurant, la mesure phare introduite par la réforme sur fond de dynamisation du marché de l'emploi, de libéralisation ou de flexibilité dans les rapports de travail est sans aucun doute la possibilité de renouvellement infini du CDD. Cette disposition qui marque une fracture sérieuse avec le droit antérieur a son siège à l'article 13, alinéa 1, de la nouvelle loi en ces termes: « Le contrat de travail à durée déterminée peut être renouvelé indéfiniment ».

On peut considérer, par ailleurs, qu'une telle flexibilité est de nature à vaincre la réticence d'une entreprise à recruter, car elle lui offre la possibilité de se défaire du lien contractuel de

(64) A. Lyon-Caen, « Droit du travail, subordination et décentralisation productive », in H. Petit et N. Thévenot (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné*, La découverte, 2006, p. 87-97.

(65) V. art. 14, 17 et 22 s.

(66) La volonté de limiter « l'immixtion » du juge se traduit sous différentes formes: recours à la médiation, réforme des délais de prescription, réforme des sanctions, etc. En réalité, derrière l'argument de la sécurité juridique, c'est la question du pouvoir dans l'entreprise qui est en jeu et la volonté de limiter le contrôle judiciaire ne peut que déboucher sur un renforcement de la sphère des compétences unilatérales de l'employeur.

(67) Art. 28 s. de la nouvelle loi.

travail quand la santé financière de l'entreprise ne permettra point le maintien d'une grande charge salariale. Aussi, peut-on estimer que cette marge de manœuvre de l'employeur met le salarié dans un esprit de compétitivité constante qui favorise l'essor de l'entreprise.

Par ailleurs, l'innovation majeure de la loi réside dans la rupture conventionnelle des parties. En introduisant un processus conventionnel de rupture du contrat de travail, la nouvelle loi quitte une tradition d'unilatéralisme qui imprégnait jusqu'à présent la conception des règles présidant à la rupture du contrat. Le principe d'un tel mode de rupture n'est certes pas nouveau. Depuis le Code Napoléon, l'article 1134 permet la révocation du contrat du consentement mutuel de ceux qui l'ont formé. Mais, ce qui est nouveau, c'est que le droit en organise le déroulement et donne un fond d'ordre public à la procédure des consentements, la loi accompagnant celle-ci de mesures propres à sécuriser la rupture. La nouveauté tient aussi à la promotion qui est faite de la commune volonté comme une troisième voie pour mettre fin à un contrat de travail, à côté de la rupture à l'initiative de l'employeur et de celle à l'initiative du salarié. En cela, la rupture conventionnelle participe de l'idée très en vogue actuellement que le contrat peut être l'instrument de règlements pacifiés en fédérant les volontés sur une solution qui est d'autant mieux reçue qu'elle

a été librement consentie⁶⁸. Dans ce mouvement, la convention, qui réunit les intérêts propres à chacune des parties, se présente comme une alternative à la culture de l'unilatéralisme qui met au pouvoir de l'une une décision subie par l'autre.

L'utilité pratique de la rupture à l'amiable dépend étroitement de la place que celle-ci va progressivement trouver et occuper dans l'architecture générale des modes de rupture du contrat de travail. À l'article 27 de la nouvelle loi, il est dit en effet que le contrat de travail peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord. L'on fait délibérément abstraction de la rupture consécutive à la survenance du terme fixé par les parties, laquelle marque la fin la plus évidente du contrat à durée déterminée.

Ce texte soulève alors deux questions qui comptent dans la détermination du domaine de la rupture conventionnelle. La première est de savoir si toute rupture d'un commun accord doit désormais emprunter le dispositif-cadre de la rupture conventionnelle; la seconde porte sur son articulation avec les modes de rupture unilatérale dont elle peut constituer un substitut avantageux pour l'employeur ou pour le salarié prenant l'initiative d'en proposer la conclusion à l'autre.

Les enjeux économiques de la réforme se révèlent au-delà des marqueurs de la flexibilité dans les relations de travail, à travers l'espérance d'introduire une confiance dans l'entreprise.

La source d'une équivoque à double détente

De la justification de la proposition de loi, l'on peut induire que l'objectif poursuivi est d'insuffler la confiance dans les entreprises, ce qui permettra de développer ainsi l'emploi. À l'analyse, il appert que l'équivoque a élu domicile dans l'articulation des deux propositions et sape le raisonnement. La formule suscite, d'emblée, d'évidentes raisons de douter. La première tient à la récurrence des engagements sans lendemains pris par les organisations d'employeurs chaque fois qu'il s'est agi de justifier des assouplissements du cadre normatif par leurs effets attendus sur des embauches promises par milliers. La seconde vient des enseignements de l'expérience, qui montre que, contrairement à ce qu'enseigne la doctrine dominante⁶⁹, le niveau de l'emploi reste relativement indifférent aux modalités de réglementation de la relation de travail⁷⁰. À la vérité,

l'espérance d'une consécration de la confiance dans l'entreprise est la source d'une équivoque à double détente: équivoque de la confiance dans l'entreprise et de l'entreprise.

L'équivoque de la confiance dans l'entreprise

Le credo du législateur postule en effet que le développement de l'emploi découlerait du développement de l'entreprise par un effet d'entraînement quasi mécanique. L'assertion s'appuie pourtant sur une vision de l'entreprise qui n'en intègre pas tous les avatars. Le développement « naturel » de l'entreprise, l'accroissement en volume de sa production ou l'extension (géographique ou sectorielle) de son activité à d'autres marchés, considérée comme consubstantielle à son objet même, à sa vocation première, relève d'une conception « classique » qui en fait un

(68) G. Loiseau, « Rupture du troisième type: la rupture conventionnelle du contrat de travail », Dr. soc. 2010. 297.

(69) V. par ex., R. Boyer, *La flexibilité du travail en Europe*, La découverte, 1986.

(70) S. Roux, « Les gains de la flexibilité d'emploi pour les entreprises: le travail à temps partiel et de courte durée », *Reflets et perspectives de la vie économique*, tome XLVI, n° 2, 2007, p. 117.

ensemble d'actifs mobilisés pour produire des biens ou des services. L'accroissement de l'activité peut, alors, induire un accroissement du volume de l'emploi nécessaire pour y faire face, sinon mathématiquement proportionnel. Emportant une profonde mutation non seulement de l'organisation de l'entreprise, mais de sa conception même, la financiarisation de l'économie vient perturber ce schéma, non plus regardée comme la réunion d'éléments matériels et humains asservis à un objectif de production : elle devient en effet un bien cessible sur un marché globalisé⁷¹.

Il est devenu trivial de souligner comment la montée en puissance des investisseurs institutionnels et autres fonds de pension a fait que nombre d'entreprises sont aujourd'hui détenues, via de puissantes *holdings*, par un nouveau type d'actionnaires dont les objectifs ne sont plus d'ordre patrimonial ou commercial, mais financier⁷². Loin de s'en remettre aux dirigeants pour déterminer la politique industrielle et commerciale à mettre en œuvre pour les atteindre, ces actionnaires n'hésitent pas à peser sur les orientations stratégiques de l'entreprise, y compris sur les décisions sociales, la soumettant ainsi à la pression d'objectifs de rentabilité à court terme. Si bien qu'à un principe de fonctionnement fondé sur un schéma d'accumulation progressive de capital, se substitue celui fondé sur la création aussi diligente que possible de valeur, cette création de valeur n'étant pas directement attendue des résultats de l'activité de l'entreprise mais bien plutôt de sa réorganisation. Car en visant prioritairement une contraction des coûts, notamment salariaux, cette réorganisation est évidemment le prélude à la cession de l'entreprise ainsi valorisée par l'accroissement de la profitabilité de son activité. Suivant une telle logique, les stratégies de rentabilité à court terme et de compression de la masse salariale sont évidemment aux antipodes des objectifs vertueux de développement de l'emploi que la rhétorique législative prête aux entreprises.

L'exemple allemand révèle de profonds changements du marché de l'emploi sous l'effet de la flexibilisation, entre 2006 et 2008⁷³. L'impulsion a cependant été donnée par la croissance économique. En effet, la période 2006-2008 a été marquée par une forte croissance économique avec des taux de 6,9 % et de 6,6 %. Parallèlement, les réformes du marché de l'emploi entrées en

vigueur peu de temps auparavant commencent par déployer leurs premiers effets. Si l'on compare ces années avec la période de croissance 1999-2001, on observe des différences significatives qui révèlent les effets des réformes du marché de l'emploi. Entre 1999 et 2001, le nombre d'actifs occupés a augmenté de 3,7 % avec la création d'emplois, mais beaucoup plus à temps partiel, c'est-à-dire de petits boulots de type « mini-jobs ». Dans le même temps, le nombre d'emplois à temps plein diminuait. Dans la période 2006-2008, le nombre d'actifs occupés a connu une augmentation substantielle, passant à 3,8 %. Cette évolution revêt un caractère très différent, avec la création d'un nombre considérable d'emplois à temps plein. L'évolution du marché de l'emploi a donc été dans l'ensemble plus positive que lors de la période 1999-2001.

Aussi, entre 2006-2008, le nombre total d'heures travaillées et rémunérées a-t-il connu une hausse beaucoup plus forte (+3,7 %). La croissance économique a visiblement incité les entreprises à augmenter le volume d'heures travaillées nécessaire à la production de biens et de services. Elles ont largement créé des emplois à temps plein. En effet, la confiance des entreprises dans le caractère durable de la croissance était plus solide que durant la période 1999-2001. Elle était entretenue notamment par la modération salariale des années précédentes ainsi que par d'importants progrès en matière de flexibilisation du travail et les diverses réformes engagées au niveau du cadre des activités.

Ainsi, les enquêtes menées auprès des entreprises ont révélé qu'il leur était plus facile de pourvoir des postes vacants depuis que le marché du travail avait fait l'objet de réformes⁷⁴. Car les chômeurs sont plus clairement incités au retour à l'emploi et se montrent plus actifs aussi dans la recherche d'un emploi. Et dans le même temps, sous l'effet notamment de la levée des rigidités du marché de l'emploi, la progression du coût du travail est restée inférieure à celle de l'inflation.

L'on peut s'apercevoir au regard de l'exemple allemand que la hausse de l'embauche n'est pas intrinsèquement et exclusivement liée à un assouplissement de normes sociales mais dépend tout autant sinon davantage d'un certain nombre de mesures pris au plan économique pour relever la productivité. Or l'économie générale des réformes engagées ne permet pas une prédiction

(71) A. Jeammaud (dir.), « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », in *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 15 s.

(72) Pour des études d'ensemble, v. P. Grosjean, *Fonds de pension et marchés financiers internationaux*, LGDJ, 2006, préf. A. Martin-Serf ; S. Montagne, *Les fonds de pension. Entre protection sociale et spéculation financière*, Odile Jacob, 2006.

(73) V. E. Spitznazel et S. Wanger, « Flexibilité et différenciation du travail en Allemagne », *Regards sur l'économie allemande*, n° 104, 2012, p. 5.

(74) V. E. Spitznazel, « Un marché de l'emploi en mutation », *Regards sur l'économie allemande*, n° 91, 2009.

systématique de la croissance économique⁷⁵. Sous cette vue, l'on peut légitimement craindre que l'effet de dopage du marché du travail attendu par la mise à l'aise des employeurs produise, dans le contexte béninois, un contre-effet. Cette situation est de nature à accréditer l'illusion d'une confiance de l'entreprise.

L'équivoque de la confiance de l'entreprise

Il s'agit ici d'évoquer la confiance que l'entreprise puise dans la « qualité » de l'environnement juridique dans lequel son activité s'éclôt notamment les normes en matière sociale. L'on a bien perçu que l'idée fondamentale ou – la *doxa* – de la réforme est que l'amélioration de cette qualité devrait favoriser le déclenchement de la décision d'embaucher. Serait-ce faire preuve de mauvais esprit d'observer que du point de vue des employeurs, la qualité de la réglementation du travail pourrait aussi bien favoriser la décision de licencier? Au-delà de la boutade, il s'agit de souligner que la qualité de cette réglementation s'apprécie bien sûr différemment, au moins quant à son contenu, selon les intérêts propres de chacune des parties au contrat de travail⁷⁶.

C'est sans doute pour écarter le soupçon, précisément, d'une approche partisane que les employeurs insistent fréquemment sur la qualité particulière de prévisibilité que devrait revêtir la législation du travail⁷⁷. Parce que cette qualité apparaît totalement indépendante du contenu de la législation en cause, il est ainsi sous-entendu qu'elle bénéficierait également et symétriquement aux deux parties. Plus explicitement, la prévisibilité de la règle de droit applicable serait globalement favorable à la vie des affaires et, partant, au développement de l'emploi. Là encore, le raisonnement n'apparaît pas univoque. En réalité, la confiance que l'entreprise puise dans la qualité de sa semence juridique ne dépend que très secondairement de la prévisibilité de la règle de droit, du moins entendue comme se déduisant de sa stabilité dans le temps. Au contraire, cette pérennité apparaît antinomique de l'objectif d'adaptabilité de la règle aux évolutions des marchés et des contraintes économiques: synonyme de rigidité lorsque l'entreprise est soumise à l'*imperium* du droit légiféré, elle complique alors les arbitrages que ces évolutions imposent.

Le besoin de prévisibilité ne s'exprime, en réalité, que lorsque l'entreprise subit les à-coups d'une excessive instabilité des normes.

Quant au salarié, la stabilité de la règle de droit ne lui bénéficie qu'à la double condition, non seulement qu'elle s'insère dans un système normatif privilégiant, à l'inverse, le droit légiféré, mais qui assure au surplus le plein effet du principe de faveur⁷⁸. Seule la stabilité de la règle issue d'un tel système normatif, qui fixe dans la durée le cadre contraint de relations contractuelles non dérogeables, le met en effet à l'abri des régressions de son statut. À l'inverse, dans un cadre normatif où le droit négocié se répand en se libérant du principe de faveur, la stabilité disparaît et le salarié a tout à craindre de négociations qui peuvent à tout moment remettre en cause ses conditions d'emploi, tandis que l'entreprise recouvre à l'inverse la capacité d'appliquer un calcul économique libéré des contraintes réglementaires.

Ainsi la prévisibilité – comme condition de la confiance – qui découle de la permanence de la règle n'est-elle finalement qu'une qualité relative et aléatoire. Celle, en réalité, que l'entreprise revendique au premier chef, c'est celle qui découle sinon de la certitude du moins des assurances données quant au contenu de la règle de droit, quant à son interprétation, à sa portée et à sa sanction. C'est finalement la prévisibilité qui lui permettrait de s'affranchir de l'intervention du juge, tant il est vrai qu'il est dans sa fonction même d'interpréter et de sanctionner⁷⁹. C'est bien, d'ailleurs, pour revendiquer le privilège d'immunité qui le mettrait à l'abri de l'aléa judiciaire que le « monde de l'entreprise » (terminologie adoptée dans l'étude d'impact de la loi « Macron ») en présente les incertitudes sinon comme incompatibles avec la vie des affaires, du moins comme gravement perturbatrices des calculs économiques qui la rythment.

Or la présente loi ouvre en perspective de larges manœuvres interprétatives⁸⁰ dans l'office du juge pour ce qui est de l'application du texte. L'on sait l'incidence d'une telle pratique sur la sécurité juridique⁸¹. C'est sous cette situation que réside l'équivoque de la confiance de l'entreprise.

La mise à jour des différentes équivoques relevées *supra* traduit l'imperfection du repiquage effectué par le législateur dans sa réforme.

(75) Bénin, *Le plan Talon à l'épreuve du marché de l'UEMOA*, JeuneAfrique.com.

(76) P. Henriot, « Les fonctions et les mots. Confiance dans et de l'entreprise: à quel prix? », RDT 2016. 764.

(77) V. Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 73, n° 3, p. 715.

(78) M. Bonnechère, « Les normes du droit du travail, l'ordre public social et le "principe de faveur" », *Silo. Agora des pensées critiques*, silogora.org, consulté le 2 mai 2018.

(79) O. Dufour, « Réforme du droit du travail: le juge aux oubliettes », *Gaz. Pal.* 12 sept. 2017, n° 30, p. 5.

(80) V. H. Rabault, *L'interprétation des normes. L'objectivité de la méthode herméneutique*, L'Harmattan, 1997, p. 41.

(81) En droit français, v. par ex., F. Ost et M. Van de Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

L'IMPERFECTION DU REPIQUAGE EFFECTUÉ

On l'a vu, le Bénin a fait l'option de la flexibilité comme approche d'intervention, face à la question du chômage et du sous-emploi. Pour l'essentiel, la flexibilité s'est traduite par l'ambition d'une part de dynamiser le marché du travail et d'autre part, de renforcer le pouvoir conventionnel des parties. Si les résultats des réformes

tendant à la flexibilité ont connu des résultats encourageants dans les États du nord, il importe cependant de prêter une attention particulière aux éléments de contexte⁸². Car l'avènement de la flexibilité dans notre droit positif actuel laisse transparaître des insuffisances aux conséquences pourtant prévisibles.

Les insuffisances de la réforme

La question se pose légitimement de savoir si les succès apparents de la flexibilité en droit comparé en font un modèle définitivement transposable. La réponse à cette interrogation mérite d'être nuancée d'autant qu'il faut se garder de l'abus de la comparaison et s'assurer de l'effectivité de mesures compensatoires telles que la sécurité.

L'abus de la comparaison

Le cadre juridique et institutionnel des États africains est assurément marqué par de nombreuses similitudes avec les régimes élaborés dans tous les secteurs à l'extérieur du continent. Il ne s'agit pas là d'une spécificité du Bénin ou de l'Afrique car le mimétisme ou ce que l'on qualifie ainsi est un aspect prégnant de la standardisation juridique à cette ère de mondialisation⁸³. Dès lors, le discours actuel sur la flexibilité procède par la comparaison. La référence aux systèmes étrangers dans lesquels la flexibilité va de pair avec un niveau d'emploi élevé tient une place centrale dans le débat sur la réforme du droit béninois du travail, au nom de l'emploi. Le faible taux de chômage aux États-Unis n'est-il pas déterminé par le principe du licenciement *at will*⁸⁴? Et du coup, la démonstration n'est-elle pas faite, d'un regard porté sur le droit du travail américain, qu'il convient de faire une place à cette théorie dans les pays où le taux de chômage est devenu insupportable? Indéniablement, la recherche, dans le droit étranger, de « remèdes », de « recettes », susceptibles d'être greffés dans un autre système est une tentation forte. Pourquoi ce qui a fonctionné

dans un pays ne pourrait-il pas (ne devrait-il pas) être transposé avec succès dans un autre, peut-on s'interroger légitimement. Pourtant, les comparatistes ne cessent de mettre en garde contre cette tentation parce qu'un dispositif juridique ne peut être isolé du système juridique, politique et social qui le porte⁸⁵. Ainsi, le taux de chômage aux États-Unis masque-t-il des différences très significatives dans la protection des salariés contre le licenciement, qui dépendent d'une variété de facteurs: l'existence d'une convention collective dans l'entreprise, la législation de l'État d'implantation de l'entreprise, la « race »⁸⁶... De même, le droit danois, si souvent convoqué parce qu'il paraît idéalement allier la flexibilité et la sécurité (flexicurité), doit être considéré avec une grande prudence s'il s'agit d'y trouver des « solutions », car il repose sur un système de sécurité sociale particulièrement protecteur⁸⁷. L'argument de la comparaison, destiné à convaincre de la nécessité d'une flexibilité plus grande dans la rupture des contrats de travail, suppose une « méthode comparative » ou du moins une vigilance, une prudence, nécessaire à l'acquisition d'une connaissance par la comparaison. Sans elles, la comparaison trompe davantage qu'elle n'éclaire. En réalité, la comparaison joue ici le jeu d'un discours idéologique. Les preuves économiques du lien entre la flexibilité et l'emploi sont en effet fort minces et la référence aux systèmes étrangers sert à en compenser la faiblesse⁸⁸.

Quand on présente la réussite du Danemark, on évoque peu les syndicats puissants, la fisca-

(82) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XIX, 5, *Œuvres complètes*, t. II, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, p. 559; v. égal. XIX, 21, p. 571. Rousseau suit Montesquieu dans cet éloge: on obéit spontanément aux lois lorsqu'elles conviennent aux mœurs.

(83) V. J. du Bois de Gaudusson, « Le mimétisme postcolonial, et après? », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 45.

(84) Concept américain qui symbolise la relation d'emploi « de gré à gré ». Cette forme de relation de travail limite l'interventionnisme étatique et semble protéger l'employeur contre toute action en justice et contre le paiement de dommages-intérêts à un employé licencié.

(85) P. Lokiec, « Le discours sur la flexibilité, le droit du travail et l'emploi », *RDT* 2006. 49.

(86) C. Sauviat, « États-Unis. Flexibilité et performance du marché du travail: une relation équivoque », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 155, sept. 2016.

(87) J.-Y. Naudet, « Flexisécurité: la leçon danoise », un article de l'Aleps, <https://lc.cx/mhFb>.

(88) En ce sens, v. K. Klare, « Horizons of Transformative Labour Law », in *Labour Law in an Era of Globalization, Transformative Practices and Possibilities*, J. Conahan, R. M. Fischl et K. Klare (ed.), Oxford, 2002, p. 9.

lité élevée ou la faible tension salariale!⁸⁹ Pas plus que l'on ne fait allusion à la sortie vers l'inactivité ou l'invalidité des salariés les moins employables dans ce pays.

Au regard de ce qui précède, l'on peut aisément s'apercevoir que le succès des réformes entreprises ailleurs pour assurer la flexibilité des normes en matière du travail est plus ou moins tributaire de certains éléments de contexte. Le professeur Philippe Auvergnon a pu relever dans une contribution bien inspirée que la recherche de modèle en droit social doit s'entourer de précautions minimales. Il considère que la norme juridique, particulièrement en droit social, tout en constituant une réalité autonome, « est le produit d'une histoire, d'un contexte socio-économique et culturel »⁹⁰ et véhicule une organisation des relations professionnelles, mais aussi une idée, un modèle.

Au-delà des insuffisances inhérentes à l'inspiration induite de la comparaison, la réforme « pêche » par l'option de la flexibilité qu'il a faite sans la prévision des amortisseurs sociaux.

La flexibilité sans la sécurité

Les nouvelles réformes en droit du travail font un alliage de la flexibilité et de la sécurité, ce qui donne la flexicurité. Il s'agit d'une notion⁹¹ pourtant floue qui émerge de la nécessité de combiner de façon négociée et équilibrée les besoins de flexibilité des entreprises et les besoins de sécurité des travailleurs⁹².

Selon ses promoteurs, l'équilibre entre flexibilité et sécurité se concrétise dans quatre composantes: des « dispositions contractuelles souples et sûres » dans le droit du travail, des « politiques actives de l'emploi efficaces », des « stratégies de formation tout au long de la vie » et des « systèmes de sécurité sociale modernes ».

De ce qui précède, on peut s'apercevoir que la flexicurité est une stratégie politique qui vise de façon simultanée et négociée à augmenter la flexibilité des marchés du travail, de l'organisation du travail et des relations industrielles d'une part, et à augmenter la sécurité et la protection sociale, en particulier pour les groupes les plus vulnérables dans et hors du marché du travail, d'autre part⁹³.

La question légitime que l'on pourrait se poser dans le contexte béninois est de savoir quels sont les dispositifs qui ont été 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 constitués, en droit comparé, d'indemnités de chômage, d'assurance sociale pour l'emploi, etc., sont connus sous le terme « d'amortisseurs sociaux »⁹⁴.

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 public⁹⁵.

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 statuts⁹⁶. Car 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 entreprises⁹⁷. À l'aune de ces paramètres, l'on peut anticiper les conséquences prévisibles du repiquage effectué.

Les conséquences prévisibles

Né d'interventions législatives rompant avec l'individualisme du Code civil afin de protéger les ouvriers et employés des excès du libéralisme

économique, le droit du travail serait tout entier orienté vers la protection et la promotion des travailleurs. Dressant obstacle à toute exploitation

(89) C. Meiland, « Danemark, le modèle de flexicurité: continuité ou rupture », *Chronique internationale de l'IRES*, n° 155, sept. 2016.

(90) P. Auvergnon, « Modèles et transferts normatifs en droit du travail de pays africains », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p. 117.

(91) J.-C. Barbier souligne la distinction entre « notion » et « concept » dans les langues française et anglaise: « La distinction n'est pas étanche, mais en français, elle est plus forte, si bien que l'on y réservera plutôt le terme de « concept » à quelque chose de vraiment scientifiquement établi, ce qui n'est pas le cas en anglais où les deux termes sont plus interchangeable »; v. J.-C. Barbier, « Remettre la comparaison internationale sur l'ouvrage et dans ses mots », in J.-C. Barbier et M.-T. Letablier, *Politiques sociales. Enjeux méthodologiques et épistémologiques des comparaisons internationales*, Peter Lang, 2005, p. 32.

(92) T. Wilthagen et R. Rogowski, « The Legal regulation of transitional labour markets », in G. Schmid et B. Gazier (ed.), *The dynamics of full employment. Social integration through transitional labour markets*, Edward Elgar Publishing, 2002, p. 205.

(93) T. Wilthagen et F. Tros, « The concept of "flexicurity": a new approach to regulating employment and labour markets », *Transfer*, n° 2, 2004, p. 169 – traduction personnelle.

(94) A. Perulli, « Un nouveau paradigme du droit du travail... », préc.

(95) 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.

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

(97) *Idem*, p. 141.

du travail, il aurait radicalement transformé les relations sociales et organisé l'entreprise sur un modèle qui n'a plus rien d'autocratique. Ainsi depuis le code béninois du travail de 1998, cette représentation d'un droit unilatéral pour les salariés reste dominante malgré quelques variantes. Avec la nouvelle loi, le curseur a été sensiblement déplacé dans la perspective d'une démocratisation de l'entreprise plus adéquate au capitalisme. L'idée nouvelle qui nimbe la loi est que le droit doit protéger les travailleurs des excès tout en libéralisant les normes de relations de travail. Une telle logique conduit irrévocablement au dépérissement du statut protecteur de ce droit, lequel est révélé en l'occurrence par l'étiollement apparent de l'ordre public social et la fragilisation du droit du licenciement.

L'étiollement apparent de l'ordre public social

Avant la réforme, l'ordre public était omniprésent en droit du travail, la nouvelle loi accomplit une petite révolution en cantonnant l'ordre public à quelques dispositions seulement. Est-ce à dire que la loi assouplit le système normatif du droit du travail, au point d'éluder le caractère impératif de la protection due aux travailleurs? Une réponse positive n'est pas évidente. Le droit nouveau ne remet pas en cause, d'abord, le maintien d'un ordre public fondamental, socle des règles existantes. Il crée ensuite un ordre public conventionnel qui révèle le recul de la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité. 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.

La notion d'ordre public ne recouvre pas en droit du travail la même réalité qu'en droit civil. Elle présente des traits singuliers qui laissent conclure à sa spécificité. L'ordre public en droit du travail est en effet nécessairement affecté d'une certaine incomplétude⁹⁸. Elle intervient pour trancher des conflits de normes⁹⁹ et opère comme une clef des compétences entre sources institutionnelles du droit du travail¹⁰⁰. L'ordre public social est innervé par le principe de faveur et laisse prospérer des normes qui dérogent dans un sens plus

favorable aux salariés¹⁰¹. Ces normes favorables aux salariés sont souvent portées par des instruments infralégislatifs que sont les conventions et accords collectifs. Or à l'heure actuelle, une péréquation n'est pas encore réalisée entre la nouvelle loi et ces instruments de sorte que tout employeur aura une inclination spontanée à proposer des contrats aux salariés de son entreprise en se conformant exclusivement aux dispositions de la loi bâtie sur un présupposé qui lui est favorable. Une fois appréhendé, il sera intéressant de montrer qu'en dépit du recul que semble marquer la nouvelle loi sur le terrain de l'ordre public, il reste que l'existence d'un socle de droits fondamentaux non perméable à la convention des parties permet d'affirmer le maintien de l'ordre public social¹⁰².

S'il est vrai que le noyau dur de l'ordre public n'a pas été affecté notamment en ce qui concerne le respect des prescriptions en matière de salaires, des règles d'hygiène et de sécurité, l'atteinte ou l'entrave à la liberté syndicale, il reste que la réforme a rendu perméable la volonté des parties et notamment de l'employeur dans des sphères longtemps rétives à celles-ci. Deux exemples pour illustrer: l'extensibilité de la période d'essai au gré de l'employeur sous la réserve des « usages » applicables, et la modification des relations de travail. En effet, toute modification du contrat du travail fût-elle substantielle ou non n'appelle plus l'intervention du juge pour être légitimée. L'essentiel désormais, c'est qu'une telle modification suive la procédure décrite 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 référence¹⁰³ et la principale finalité admissible des décisions prises par l'employeur¹⁰⁴ 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 ailleurs¹⁰⁵. Aussi, les enseignements de la théorie économique ne doivent-ils pas occulter le fait que le rapport de travail est régi par le principe de l'intangibilité des engagements¹⁰⁶. Si l'employeur peut faire évoluer le rapport de travail, c'est dans

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

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

(100) T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail: une notion dégradée », RDT 2017. 586.

(101) 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.

(102) V. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, thèse, Paris 1, LGDJ, 2007, n° 45.

(103) V. C. Ibikounlé, *Le droit de refus dans l'exécution des contrats du travail*, thèse, Maastricht, 2014, p. 272.

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

(105) V. G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les évolutions contemporaines du droit du travail. Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143.

(106) Sur la double dimension du rapport du travail, V. A. Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 299.

la mesure où il ne remet pas en cause ce qui a été contractuellement convenu avec le salarié¹⁰⁷. En d'autres termes, le pouvoir de l'employeur devrait s'arrêter où commencent les droits contractuels. L'examen de la jurisprudence sociale de la Cour de cassation française conforte cette idée¹⁰⁸. 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. Tout se passe comme si l'introduction de la flexibilité dans les relations de travail en vient en quelque sorte à obérer progressivement le lien contractuel qui unit employeur et salarié¹⁰⁹. Cette réalité à elle seule éclaire sur la conséquence prévisible d'une fragilisation du droit du licenciement.

La fragilisation du droit du licenciement

Ce que l'on peut appeler le droit du licenciement¹¹⁰ est proprement indissociable du droit du travail tout entier, dont il dessine les linéaments et exprime les aspects essentiels¹¹¹.

Dans la plupart des États, le droit du licenciement s'articule traditionnellement autour de quatre piliers. La rupture du contrat de travail doit en principe avoir une cause; elle est soumise à une procédure qui permet notamment l'expression du motif de licenciement et l'implication des représentants des travailleurs selon des modalités plurielles; une compensation financière est accordée dans l'hypothèse de la perte de l'emploi; enfin, les salariés doivent pouvoir avoir un accès à un juge (ou à une autre autorité indépendante) qui sera chargé de contrôler le motif du licenciement et de sanctionner l'employeur en cas de licenciement abusif. À des degrés divers, chacun de ces quatre éléments semble aujourd'hui remis en cause.

Des termes des dispositions issues de la réforme, l'on peut relever un amoindrissement des sanctions consécutives à l'abus du pouvoir de l'employeur de licencier dans le cadre du licenciement individuel et une malléabilité des règles encadrant le licenciement économique.

Cet amoindrissement des sanctions s'infère d'une part, de l'appréciation indifférenciée du motif et de la procédure de licenciement et de la « barémisation » et plus exactement du plafonnement impératif des indemnités de licenciement¹¹². S'il est vrai que le plafonnement institué peut permettre une prévisibilité des conséquences de la rupture du contrat, l'on peut craindre que cette réforme constitue par ailleurs un obstacle au principe de la réparation intégrale du préjudice¹¹³ lorsqu'il serait prouvé par ailleurs que la rupture intervenue serait illégitime.

Dans le droit antérieur, l'on a noté quelques hésitations de la jurisprudence au Bénin liées au fait que la législation sociale béninoise, contrairement à celle d'autres pays africains tels le Togo, le Mali, ou le Sénégal, ne fait pas expressément la distinction entre le licenciement irrégulier en la forme et le licenciement irrégulier au fond¹¹⁴.

La doctrine¹¹⁵ avait considéré que ces hésitations et contradictions de la jurisprudence béninoise¹¹⁶ appelaient une intervention législative, en vue de la prévisibilité des solutions des litiges en droit social; la persistance des disparités pouvant constituer un véritable frein à l'investissement. Le néo-législateur social a répondu favorablement à cet appel, conforme du reste, au projet d'acte uniforme portant droit du travail, qui a entrevu la distinction formelle entre la violation des conditions de forme et l'existence d'un motif sérieux de rupture¹¹⁷.

Avec la nouvelle réglementation, ces mesures dissuasives de licenciement sont peu ou prou retenues, puisque l'exigence de la légitimité du motif de licenciement et le respect d'une procédure minimale contradictoire respectant les droits de la défense du salarié sont maintenus¹¹⁸.

Cependant, un axe majeur qui tenait lieu de bouclier pour le salarié est la force de la sanction attachée au licenciement dont la procédure est irrégulière, la force des garanties procédurales se mesurant à la sévérité de leur sanction.

(107) A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 52, p. 236.

(108) V. à titre indicatif, Soc. 21 févr. 1962, Bull. civ., n° 210; 9 déc. 1964, Bull. civ., n° 832.

(109) M. Despax, « Stabilité de l'emploi et mobilité de la main-d'œuvre », D. 1960. 234.

(110) G. Couturier, « Quel avenir pour le droit de licenciement? Perspectives d'une régulation européenne », Dr. soc. 1997. 75.

(111) L'on a beaucoup illustré cette lapalissade par l'image d'une grosse toupie tournant sur sa pointe: le droit du travail serait la toupie ventrue et le droit du licenciement la pointe, aiguë mais indispensable. Dans le droit de licencier on retrouve en effet, les prérogatives de l'employeur, son rôle dans la gestion économique, son pouvoir disciplinaire, tandis que le régime de ce droit montre la relativité de son pouvoir et les limites qui sont mises à ces prérogatives. C'est ainsi que les règles qui commandent la rupture du contrat de travail retentissent en réalité sur l'ensemble des relations de travail, de sorte que c'est tout le droit du travail qui évolue quand le droit du licenciement évolue ou est révolutionné.

(112) S. Lauloum, « La fragilisation du droit du licenciement: approche comparée », Dr. soc. 2016. 499.

(113) V. C. 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.

(114) V. Recueil de jurisprudence sociale au Bénin, *Projet d'appui à la mise en œuvre de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail (PAMODEC)*, 2011, p. 511.

(115) *Ibid.*

(116) V. par ex. Cour suprême, ch. judiciaire, 29 nov. 1996, n° 02/CJ-S, *Compagnie Air Afrique c. Lokossou Benoît*.

(117) Art. 29 de la nouvelle loi.

(118) Art. 28 de la nouvelle loi.

Avec la nouvelle loi, il est prévu que si le licenciement est survenu pour un motif légitime sans observation de la formalité de notification de la rupture ou de l'indication du motif, ou sans que le travailleur n'ait eu la possibilité de s'expliquer, ou pendant le congé, ce licenciement irrégulier en la forme ne peut être considéré comme abusif ¹¹⁹. Pour compenser cette irrégularité, il est prévu que la juridiction du travail accorde au travailleur une indemnité pour sanctionner l'inobservation de ces

règles sans que le montant de cette indemnité ne puisse excéder deux mois de salaire brut. L'option ainsi choisie dans la nouvelle loi est de faire respecter les garanties disciplinaires et institutionnelles sans absoudre le salarié fautif. Cette distinction aura l'avantage de contribuer au rôle pacificateur de la décision par l'atténuation des colères respectives, car un excès de formalisme peut nuire aux rapports dans le monde du travail ¹²⁰.

* * *

Si la réponse à la question « quelle est la meilleure loi » ¹²¹ est, selon la sage réponse d'un auteur, d'un maître, intimement liée aux exigences de conditions et de méthode ¹²², il est aujourd'hui une constance, que le droit du travail est une technique réversible. Ses normes peuvent être élaborées et mises en œuvre dans une perspective d'émancipation de la personne du travailleur ou au contraire au profit d'une gestion optimale de l'entreprise. Ses deux dimensions peuvent, bien entendu être combinées, en intégrant des parts variables de chacune suivant différents thèmes.

Au nom de l'emploi, la réforme introduite marque un renforcement conséquent du pouvoir de l'employeur et une volonté d'atténuer le contrôle, notamment judiciaire, de l'exercice de ce pouvoir. Cette orientation politique est masquée par des argumentaires économiques, pourtant contestés, et par un recours circulaire au droit comparé. L'affaiblissement des protections des salariés, internes à l'entreprise, qui découle des mutations du droit du licenciement peut également, à terme, avoir des conséquences sur l'organisation collective et notamment sur les capacités des syndicats à s'organiser au sein des entreprises.

Or le droit du travail est protecteur ou il n'est pas. Il puise en effet les raisons de son autonomie dans le caractère par nature déséquilibré de la relation contractuelle entre l'employeur et le salarié ¹²³. Il a donc comme fonction d'en corriger les effets par des avantages spécifiques et de

concevoir les moyens permettant au contrat de faire la loi des parties. Du fait de ce déséquilibre structurel et de la suspicion qui peut en résulter à l'égard du consentement éclairé du travailleur, le droit du travail ne saurait être sacrifié ni à l'efficacité économique ni même aux objectifs de l'emploi dès lors qu'il n'est pas – pas que – un droit de l'emploi. Qu'à cela ne tienne. En dépit des critiques que la nouvelle peut cristalliser, le néo-législateur aura eu le mérite d'aligner en certains points la teneur de son droit du travail aux exigences induites par l'économie d'un monde globalisé à l'époque contemporaine. Une appréciation lucide de l'œuvre du législateur ne pourra se faire raisonnablement qu'à l'aune du temps car la passion du droit, « c'est encore la mesure de son identification sociale, de sa capacité à prendre les couleurs locales » ¹²⁴. Si l'espérance est que la nouvelle loi se pare des couleurs locales très rapidement et sans difficulté, il sied de rester prévenant aux sages avertissements de Portalis dans son célèbre *discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Il disait: « S'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux » ¹²⁵.

Gildas Enagnon Nonnou
Docteur en droit privé

(119) Art. 29 de la nouvelle loi

(120) Recueil de jurisprudence sociale au Bénin, préc., p. 527.

(121) « À Solon, homme d'État, législateur et poète athénien, considéré au siècle des Lumières comme le modèle du législateur accompli, l'on posa un jour la question de savoir: "quelle est la meilleure constitution?". Avec dextérité et recul, il répondit: "Dites-moi d'abord pour quel peuple et pour quelle époque" », v. Plutarque, « Vie de Solon », in *Vies parallèles*, trad. A. M. Ozanam, Gallimard, coll. « Quarto », 2001, p. 203.

(122) J. Djogbenou, « La réforme du code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes du Bénin: une légistique impossible? », préc., p. 245.

(123) V. not. G.-H. Camerlynck, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation à la notion statutaire de licenciement », *SJ/G* 1958. I. 1425; v. aussi, H. Sinay, « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972. 241.

(124) *Idem*, p. 267

(125) Portalis, *Discours préliminaire du premier projet du Code civil*, Confluences, préf. de M. Massanet, 2004, p. 14.