

Pas de rupture avec le passé – Commentaire de l'article 80 du code congolais du travail

Par Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi / Gloria Lubaki Sita*

« Pour concevoir la circulation de l'obligation, il faut la détacher de la personnalité de ceux qui l'ont fait naître et l'envisager, non plus comme un rapport inter-individuel, mais comme un élément de richesse (...) »¹

Résumé

Le droit du travail, étant une branche du droit social, énonce des dispositions plus favorables à l'intention des personnes dont la loi a voulu protéger les intérêts, à savoir les travailleurs. L'article 80 du code du travail ne s'écarte pas de cette fonction protectrice, en posant le principe du maintien des contrats de travail en cas de substitution de l'employeur. L'application de ce principe appelle dans la pratique plusieurs éclaircissements, tant les situations impliquant une modification de la situation juridique de l'employeur et les mutations économiques de l'entreprise sont variées. Le présent article analyse minutieusement les dispositions de l'article 80 du code du travail, ce qui inclut le principe de maintien des contrats de travail et ses effets juridiques, le régime particulier appliqué aux entreprises en difficulté économique ainsi que le cas de la force majeure, et enfin le caractère d'ordre public de la cession des contrats de travail.

Introduction

L'article 80 du code du travail traite du régime juridique appliqué à la relation de travail en cas de substitution dans la personne de l'employeur, c'est-à-dire les conséquences juridiques sur l'exécution des contrats de travail. Dans telle circonstance, le droit du travail, se distançant du droit commun des contrats, admet la continuité de plein droit des relations contractuelles, le statu quo des engagements respectifs entre parties sans requérir le consentement des travailleurs dont les contrats sont cédés.

Le droit du travail édicte les normes de protection des travailleurs. Cette fonction protectrice du « droit social » est soutenue par l'idée selon laquelle le contrat de travail impose

* Dr Kumbu ki Ngimbi Jean-Michel, LL.M. (Hamburg) est Professeur Ordinaire en République démocratique du Congo. Il enseigne dans plusieurs universités. Il est aussi professeur invité à l'université de Liège, de Würzburg et à l'université panafricaine au site de Soa, Yaoundé II au Cameroun. Il enseigne le droit du travail entre autres.

Dr. Lubaki Sita Gloria est enseignante et chercheure, agent au ministère des affaires étrangères en République démocratique du Congo.

1 Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, Obligations : Régime général, 5^e éd., Paris, 1997, p. 3.

aux travailleurs des clauses qu'ils n'ont pas eu la pleine latitude de négocier, ce qui crée une situation inégale de négociation². Dans la pratique, le contrat de travail s'apparente à un contrat d'adhésion. Le travailleur souscrit aux conditions stipulées par l'employeur; et cela est d'autant plus vrai dans un pays où la situation économique et la précarité de l'emploi laissent peu de place à la liberté contractuelle (c'est soit à prendre, soit à laisser). L'article 80 du code du travail ne s'écarte pas de cette fonction protectrice en anticipant les conséquences juridiques que peut subir la relation de travail en cas de substitution d'employeur³. La question de la substitution est traitée au travers ses conséquences, à savoir le maintien des contrats de travail en cours⁴, dont l'objectif est d'éviter que les travailleurs ne perdent leurs postes et d'assurer la stabilité de l'emploi. L'article 80 du code du travail applique ainsi le principe du maintien des liens contractuels en matière du travail (exécution d'un contrat successif) lorsque la situation juridique d'un contractant (l'employeur uniquement⁵) vient de subir certains changements (l'employeur originel se retire des obligations contractuelles). Il est la transposition dans le rapport de travail de la conception civiliste de la cession de contrat. La cession de contrat de travail n'est que la conséquence d'un acte

- 2 Le droit du travail est « un droit régissant des rapports de travail potentiellement conflictuels entre deux parties disposant d'un pouvoir inégal » (*Guylaine Vallée*, « Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail? », *Journal relations industrielles*, vol. 54 (2), 1999, p. 279); la relation de travail au travers « la subordination expose le travailleur au risque de pressions de son employeur et ne lui permet, dès lors, pas d'exprimer un consentement libre et éclairé » (*Fabienne Kefer et Nicolas Thiron*, « Les entreprises en difficulté en Belgique- à l'intersection du droit économique et du droit du travail, *Revue juridique Thémis*, Vol.43 (3), 2014, p. 954).
- 3 Il s'agit de la situation de transfert de contrat de travail, au travers de laquelle l'ancien employeur (le cédant) transfère les contrats de travail au nouvel employeur (le cessionnaire), conférant à ce dernier les droits et obligations qu'il avait à l'égard des travailleurs. La substitution est également définie comme l'action, pour une personne, de se mettre à la place d'une autre ou le fait d'agir à sa place (*Gérard Cornu*, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e éd., 2020, p.987). La substitution implique le remplacement, au mieux l'effacement d'un contractant au profit d'une personne, qui était tierce à la relation originelle. Le terme « effacement » a plus d'effets dans la mesure où la personne remplacée disparaît du rapport contractuel. Certains auteurs sont d'accord que le terme substitution ou remplacement convient le mieux que celui de cession : « la formulation retenue (de cession) paraît inappropriée, car c'est une substitution de personne, un remplacement, qui est opérée, plutôt qu'une cession » (*Gael. Chantepie et Mathias Latina*, *Le nouveau droit des obligations- commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, 2^e éd., Paris, 2018, p. 547).
- 4 En droit commun des contrats, le maintien des contrats s'applique aux contrats à exécution successive, pour ne pas libérer une des parties (ou les parties) de l'exécution de son obligation avant la réalisation du terme (au tant pour le contrat à durée déterminée que pour le contrat à durée indéterminée), sans que cela n'empêche les parties in consensus de se libérer de leurs obligations. Le maintien des contrats en cours ne doit pas être assimilé à un renouvellement des contrats, lequel implique un nouveau contrat.
- 5 La substitution du côté du travailleur n'est pas une cession de contrat, mais conduit à la conclusion d'un nouveau contrat, en application principalement de l'article 50 alinéa 1 du code du travail « Le travailleur a l'obligation d'exécuter personnellement son travail, dans les conditions, au temps et au lieu convenus ».

juridique (l'accessoire d'un contrat principal de « cession d'entreprise ») liant le cédant et le cessionnaire (l'ancien employeur et le nouvel employeur), sans lequel le transfert des contrats de travail n'a pas lieu. Pour mettre en évidence le caractère accessoire du transfert des contrats de travail et s'aligner à la pensée du législateur, nous préférons l'emploi des termes de « employeur substitué et employeur substituant » ou ancien employeur et nouvel employeur en lieu et place de « l'employeur cédant et employeur cessionnaire ».

Bien que le législateur congolais ait pris le soin d'énoncer une liste exemplative des opérations qui matérialisent la substitution d'employeur, il n'est pas toujours aisé de comprendre le mécanisme de substitution. C'est ainsi que nous empruntons de la législation européenne⁶, la notion de « cession d'entreprise », laquelle traite les effets juridiques du transfert d'une unité économique. La cession de l'entreprise entraîne la cession des contrats de travail⁷. Le mécanisme de la cession des contrats constitue un instrument de pérennisation du contrat et une alternative à la rupture des liens contractuels⁸. Cette rupture est évitée par la transmission forcée des obligations contractuelles corrélativement à la cession de l'entreprise. Il ressort de la lecture de l'article 80 du code du travail, que le législateur assure la protection de la partie la plus faible en évitant la rupture de la relation de travail.

Plusieurs questions découlent de l'interprétation de l'article 80 du code du travail : quel est le fondement du maintien des contrats de travail? Comment interpréter la notion des contrats en cours ou, plus général, quels sont les travailleurs concernés? Quelle est la marge de manœuvre accordée au nouvel employeur dans l'aménagement de la relation de travail? Les lignes qui suivent constituent une analyse de la fonction protectrice du droit social, en mettant en évidence les particularités de ce droit par rapport au droit commun des contrats (dont référence est faite à plusieurs reprises). Il en découle que la substitution d'employeur n'entraîne pas de rupture avec le passé, du moins dans un premier temps; le contrat s'exécute et continue à produire ses effets comme si aucune situation juridique n'en a perturbé l'exécution.

La portée de l'article 80 du code du travail est vaste, tant les situations impliquant une modification de la situation juridique de l'employeur sont variées. Cependant en se référant à la délimitation opérée par le législateur, nous subdivisons la présente analyse en trois points principaux. Le premier traite du principe de maintien des contrats de travail

6 Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO UE n° L 082 du 22/03/2001 p. 0016 – 0020; La directive s'applique « à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion » (article 1).

7 « Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire » (article 3–1 Dir. 2001/23/CE du 12 mars 2001).

8 *Christophe Broche*, « La cession conventionnelle de contrat existe-t-elle? », *Revue de la Recherche juridique*, 2012. <https://hal.science/hal-01479432v1> (consulté 15.8.2023).

et de ses effets juridiques généraux. Le deuxième analyse le régime particulier appliqué aux entreprises en difficulté économique et de la force majeure. En effet, la situation d'insolvabilité de l'employeur peut conduire à la cession de l'entreprise ou d'une branche d'activité. Dans ces circonstances il peut s'avérer délicat de maintenir tous les contrats en cours. Il faudra alors procéder aux licenciements. Le troisième point explique le caractère forcé de la cession des contrats de travail. Ceci permet de comprendre certaines restrictions imposées aux parties puisqu'il ne s'agit pas d'une cession conventionnelle des contrats.

A. La consécration du principe de maintien des engagements contractuels

La cession de contrat se conçoit comme une opération par laquelle une partie à un contrat en remplace une autre⁹. La substitution d'employeur n'est que la matérialisation de la mutation que subit le contrat de travail, par l'introduction d'un tiers dans le lien contractuel¹⁰, en lieu et place de l'employeur initial. Le transfert de contrat ne s'opère qu'accessoirement à l'acte de cession opérée en amont entre le cédant et le cessionnaire. Le cessionnaire est substitué en droits et en obligations du cédant, qui disparaît de la relation de travail. L'alinéa 1 de l'article 80 du code du travail dispose à cet effet : « lorsqu'il y a substitution d'employeur, notamment par cession, succession, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent entre le nouvel employeur et le personnel ». Le droit au travail étant un droit constitutionnellement garanti, sa mise en œuvre intervient non seulement comme un droit d'accès à un emploi, mais s'étend à la protection des acquis du contrat de travail face aux aléas affectant la vie de l'entreprise. Le législateur n'a pas délimité le périmètre de la circulation du contrat de travail, résultant de la substitution de l'employeur. Cette substitution s'interprète au regard de la cession de la qualité et de la cession d'entreprise (I.1). En outre, le champ d'application de l'article 80 est restreint aux contrats de travail en cours au jour de la substitution, par conséquent seuls les « travailleurs » peuvent prétendre aux bénéfices de la protection (I.2). Le maintien des contrats en cours produit ses effets à la fois dans la relation entre l'employeur substitué et l'employeur substituant qu'entre le substituant et le personnel (I.3).

9 Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2015, p. 215.

10 « Ce tiers devient partie au contrat, de la même manière qu'un héritier » (*Alain Bénabent*, *Droit des obligations*, 15^e éd., Paris, 2016, p. 224). Un des cocontractants disparaît du lien contractuel de sorte qu'il est libéré des obligations futures. « Le cessionnaire, devenu partie au contrat, s'y trouve dans la position qu'occupait le cédant et en prend les avantages et charges en l'état » (*Idem*, p. 227).

I. Les opérations juridiques sous-jacentes à la substitution d'employeur

La réalité sous-jacente à la substitution d'employeur est la modification de l'identité de celui-ci. En général, le changement dans la personne d'une des parties au contrat constitue un bouleversement de l'équilibre initial¹¹ des engagements contractuels. Cette approche essentiellement juridique est la conséquence d'une autre opération portant sur le transfert de l'entreprise que nous qualifions d'approche économique, parce que l'accent est mis sur le transfert d'une activité économique. Nous convenons que l'article 80 du code du travail ne s'applique pas qu'aux employeurs exerçant une activité économique. Il se rapporte à toute relation de travail réglementé par le code du travail, indépendamment de la nature de l'activité exercée par l'employeur. Cependant, les mutations économiques font que les contentieux sont moins nombreux si les travailleurs prestent en dehors du cadre commercial. Par ailleurs, ce que l'article 80 du code de travail n'exprime pas explicitement, c'est qu'à travers la substitution d'employeur s'effectue une opération par laquelle une activité économique est transférée à un nouvel exploitant, l'employeur substituant. Cette modification dans la qualité d'employeur déploie ses effets tant sur le rapport individuel de travail que sur le rapport collectif. Il convient alors d'analyser le concept de substitution utilisé par le législateur selon l'approche juridique de la cession de qualité, et la compléter par l'approche économique de cession d'entreprise.

1. La cession de la qualité d'employeur¹²

La substitution d'employeur est une opération juridique conduisant au remplacement par une nouvelle personne, physique ou morale, en qualité d'employeur, l'ancien contractant; et qui hérite des droits et obligations attachés à cette qualité.

Le contrat de travail peut être envisagé comme un bien, et en cas de cession, telle une vente qui opère un transfert de propriété avec toutes les attributs, s'opère un transfert de qualité de contractant, « conférant au cessionnaire la qualité de partie avec toutes les prérogatives y attachées »¹³. Le domaine de la substitution exclut de ce fait toute opération juridique qui n'implique pas un transfert de qualité. À ce sujet, dans les situations de représentation et de sous-contrat, il a été conclu que « le représentant ou le sous-contractant n'est pas partie au rapport de droit originaire »¹⁴. Les actes accomplis par le représentant, dit-on¹⁵, engendrent des droits et des obligations non pour le représentant, mais pour le

11 Terme emprunté de A. Bénabent, op. cit., p. 248.

12 L'article 1216 du code civil français énonce « un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». Cet article institue le régime général de la cession conventionnelle des contrats.

13 B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Op. cit., p. 5.

14 *Emmanuel Jeuland*, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, Paris, 1999, p. 8.

15 G. Cornu, Op. Cit., p.896.

représenté qui demeure le créancier ou le débiteur du tiers avec lequel le représentant a traité. Dans le cas du sous-contrat, le lien de droit direct limité entre l'un des contractants originaires et le tiers sous-contractant empêche que cette opération soit qualifiée de substitution. En outre, le sous-contrat met en présence une convention principale sur laquelle s'est calquée une convention secondaire, de sorte qu'on se retrouve en présence de deux contrats distincts : « entre l'une des parties originaires et le tiers sous-contractant se créent des rapports juridiques nouveaux »¹⁶. En ce qui concerne la substitution, nous convenons « qu'il ne s'agit pas d'un acte constitutif d'obligations (*dans le sens d'instituer des nouvelles obligations*) puisqu'aucune obligation n'est créée »¹⁷, c'est le contrat originel qui continue à produire ses effets et le substituant agit en son propre nom et à ses risques.

L'article 80 du code du travail ne contrevient pas à l'effet relatif du contrat¹⁸. En effet, dans la substitution, l'on constate que si l'ancien employeur disparaît du rapport contractuel et devient tiers, le nouvel employeur endosse la qualité de partie contractante sous l'effet de la transmission des droits et obligations. De la sorte, le contrat continue à être exécuté par les travailleurs comme si aucun événement n'en a perturbé le cours, étant donné que ceux-ci (les travailleurs) sont tiers à la cession d'entreprise. Le contrat de travail originel reste la même source des obligations à l'égard de l'employeur substituant et le personnel alors qu'à l'égard de l'employeur substitué les effets sont éteints, c'est-à-dire il n'y est plus lié. Endossant la qualité de tiers, le contrat reste opposable à l'employeur substitué¹⁹. Ce dernier peut également opposer à ses anciens employés cette qualité de tiers en cas de manquement par l'employeur substituant de ses obligations contractuelles après la substitution.

Considérant que la substitution s'opère au regard de la qualité d'employeur, la définition de cette notion est importante dans la compréhension de ladite opération. L'article 7 du code du travail définit l'employeur : « toute personne physique ou morale, de droit public ou privé, qui utilise les services d'un ou de plusieurs travailleurs en vertu d'un contrat de travail ». La substitution opère par conséquent une cession de la qualité. L'objet du contrat reste inchangé. L'employeur substituant devient celui qui exerce son autorité et son pouvoir de direction sur le personnel de l'entreprise²⁰. La définition de l'article 7 ne permet

16 Idem, p.972.

17 E. Jeuland, op. cit., p. 15.

18 Article 63 Décret du 30 juillet 1888 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 21 ».

19 Aussi, l'employeur substitué doit s'abstenir de tout comportement de nature à faire obstacle à la bonne exécution du contrat, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle.

20 Ainsi, c'est à juste titre que le code du travail fait référence à la substitution de l'employeur, entendu comme opération conduisant au remplacement dans la personne d'une partie au contrat, contrairement au droit commun qui énonce une formulation plus générale en parlant de « cession de contrat ». Certains auteurs jugeant le terme « cession » dans le cas d'espèce inapproprié (Voir G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 547).

toutefois pas de faire ressortir de manière concrète le fondement du maintien des liens contractuels. En effet, le droit social met davantage en évidence la personne de l'employeur (l'entité juridique), que sa structure (la forme) au sein de laquelle le travailleur fournit une prestation. Ce qui importe, c'est le maintien des obligations des parties. L'approche juridique permet d'expliquer la transmission des droits et des obligations (du substitué au substituant) et le lien contractuel (entre le substituant et les travailleurs), mais se révèle insuffisante pour justifier le « pourquoi » de la poursuite des engagements stipulés dans le contrat originel. En outre, l'article 80 du code du travail exclut la possibilité pour l'employeur substitué et l'employeur substituant de conclure un deuxième contrat (le premier portant sur la cession de l'entreprise) dont l'objet est la seule cession des contrats de travail. Cette deuxième convention sur la cession de contrat de travail serait une opération autonome, et le caractère conventionnel de la cession laisserait entendre que les travailleurs peuvent être objet d'un contrat²¹.

2. La cession de l'entreprise et la poursuite des activités²²

Pour mieux comprendre la continuation des engagements contractuels avec l'employeur substituant, il convient de prendre comme point d'ancrage également l'approche économique, pas uniquement l'approche juridique stricto sensu. C'est le rattachement des travailleurs à une activité civile ou commerciale qui conduit à la substitution de l'employeur. C'est à l'alinéa de 2 l'article 80 code du travail que le législateur a fait le rapprochement avec l'approche économique, en faisant référence à « la cessation de l'activité de l'entreprise ou de l'établissement ». Le contrat de travail liant les travailleurs à l'employeur trouve son existence dans l'activité exercée par l'employeur; c'est autour de ladite activité que se construit l'activité professionnelle du salarié. S'il y a maintien des contrats de travail, c'est parce qu'il y a continuation de l'activité de l'employeur. Au cas contraire, le maintien des contrats perd toute son essence. L'approche économique délimite dès lors l'étendue de la protection accordée aux travailleurs sous le régime de l'article 80 du code de travail.

Le législateur donne une illustration des situations juridiques permettant au lien de droit de subsister entre le nouvel employeur qui n'a pas eu à négocier les conditions du contrat de travail et le personnel de l'entreprise. Il n'énonce pas de manière claire ce qu'il faut comprendre par « substitution d'employeur ». L'analyse juridique, ci-haut, s'est concentrée sur la qualité de partie au contrat. Nous avons conclu que le remplacement dans la personne du cocontractant laisse inchangée la qualité d'employeur ainsi que les droits et obligations qui s'y rapportent. L'approche économique permet de caractériser l'acte

21 Sous réserve de l'application de l'alinéa 2 de l'article 81 du code du travail. Par principe, « est nulle la clause stipulant que le travailleur s'oblige à passer en cours de contrat au service d'un autre employeur » (al. 1 art. 81 Code du travail).

22 La directive européenne considère « le transfert automatique des contrats de travail comme conséquence du transfert de l'entreprise, en dépit de la volonté contraire du cédant ou du cessionnaire » (F. Kefer et N. Thiron, *Op. cit.*, p. 948).

juridique de substitution quant à ses effets sur la cession des contrats de travail²³. En droit comparé²⁴, l'étude du transfert des contrats et le maintien des droits et obligations est une conséquence du transfert de l'entreprise, de l'établissement ou d'une partie de l'entreprise ou de l'établissement²⁵. La cession des contrats n'est que la conséquence de la cession d'entreprise, ayant pour conséquence juridique notamment de contourner le principe de la relativité des contrats. Par ailleurs, une décision de la Cour de cassation française a conclu que « l'article L.1224 – 1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise (...) »²⁶.

L'article 80 du code du travail ne fait qu'indirectement le lien entre la cession ou le transfert de l'entreprise et le transfert des contrats de travail. Rechercher les éléments caractéristiques de la substitution, c'est relever les effets à l'égard des tiers cédés, ici entendu les travailleurs. Le préalable au maintien des liens contractuels repose sur la poursuite des activités de l'entité économique : il y a maintien et transfert d'une entreprise que s'il y a maintien et transfert de l'activité économique²⁷.

En cas de succession, l'article 80 du code de travail considère l'héritier comme continuant la personne du défunt, particulièrement par le fait de la confusion des patrimoines. La succession répond aux critères de substitution d'employeur et implique la continuité de relation du travail. Elle prend effet avec l'acceptation; en cas de renonciation, l'héritier perd ses droits dans la succession et n'acquiert pas la qualité d'employeur. La cession d'entreprise ou d'établissement est définie comme toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif²⁸.

23 La cession d'entreprise a pour conséquence en transmettant les droits et obligations du cédant au cessionnaire de préserver l'exploitation de l'entreprise. « La technique de cession globale ou partielle dans le redressement vise le maintien de l'activité et corrélativement des contrats qui y sont attachés » (*Aziber Seid Algadi*, « Cession judiciaire et principes contractuels en droit OHADA », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60 (1), 2008, p. 46).

24 Notamment la directive européenne 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissement ou de parties d'entreprises ou d'établissement, JOUE L. 82/16 du 22 mars 2001; l'article L1224-1 du Code du travail français qui se rapporte à la modification juridique dans la situation juridique de l'employeur; et le § 613a BGB en droit allemand.

25 Est donc considéré comme transfert d'entreprise selon l'article 1 de la directive susmentionnée « le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

26 Cour de cassation civile, Chambre sociale, 7 mai 2014, 12–29.041 13–14.291, Inédit (<https://www.legifrance.gouv.fr>).

27 *Jean Pelissier*, « les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42 (1), 1990, p. 154.

28 Art. 131 al. 3 AUPCAP (Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, JO OHADA, n° spécial du 25 septembre 2015).

En cas de fusion, l'on note une transmission universelle de patrimoine d'une société à une autre²⁹. Les articles 579, al. 1 et 191 de l'AUSCGIE³⁰ posent le postulat selon lequel la société absorbée, quoique dissoute, continue d'exister en l'absence de liquidation. La Liquidation constitue une extinction de l'activité économique (pas de continuation). Cette transmission universelle implique la poursuite par la société absorbante des contrats de travail. De même, selon les spécifications de l'acte de scission, la branche d'activité sera transférée avec le personnel y affecté, de sorte que le calcul de l'ancienneté inclut la période prestée avant l'opération de scission. En cas de réduction du personnel après la fusion, motivée par la nécessité d'organisation de l'entreprise, la société unifiée, étant l'employeur substituant, supporte la charge des indemnités à allouer aux salariés.

En cas de transformation d'une société, l'entreprise change sa forme juridique, mais la personnalité morale comme les activités économiques se poursuivent. La transformation avec maintien de la personne morale se conçoit aisément lorsqu'elle s'opère de société à société, même de société civile à société commerciale ou inversement³¹. La transformation ne donne pas lieu à la dissolution ni à la création d'une nouvelle personne morale. Tirant les conséquences de la survie de la personnalité, le droit du travail pose le principe de la continuation des contrats de travail³².

En cas de contestation, le juge doit analyser dans l'affaire sous examen que « la condition de la permanence de l'entreprise, préalable au maintien des contrats en cours soit toujours respectée »³³. En effet, les contrats de travail sont rattachés à l'exploitation de l'entreprise à travers la prestation de service fournie par les salariés.

II. La protection des contrats de travail

Le maintien des contrats en cours est une conséquence indissociable de la substitution d'employeur, car l'objet du contrat n'est pas modifié, ni dans sa validité ni dans ses effets. Si l'article 80 du code du travail cherche avant tout à protéger la situation des travailleurs, c'est parce que le déclencheur de son application est la qualification de « contrat de travail »³⁴. La notion de contrat de travail permet de circonscrire le champ d'application personnel de la disposition. Il est également important de ne se limiter qu'à la relation de

29 Art. 189 AUSCGIE; Maurice Cozian, Alain Viander et Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 32^e éd., Paris, 2019, p.781. La fusion conduit à la disparition de la société annexée, ayant disparue, il y a transmission universelle de son patrimoine.

30 Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO OHADA, n° spécial du 04 février 2014.

31 Philippe Merle, *Droit commercial – sociétés commerciales*, 3^e éd., Paris, 1992, p. 99.

32 M. Cozian, A. Viander et F. Deboissy, *Op. Cit.*, p.297.

33 Samara Nasreddine, « Modification de la situation juridique de l'employeur et sort du contrat de travail », *Revue du chercheur*, n°1, 2002, p. 2.

34 Emmanuel Dockès, « Notion de contrat de travail », *Revisat direito das Relações sociais e trabalhistas*, 2 (2), 2016, p.128.

travail existante, à savoir les contrats de travail en cours. La question est de savoir qui peut prétendre bénéficier de cette protection sociale. Pour ce faire, il convient d'exclure les rapports contractuels dont les caractéristiques ne correspondent pas à la qualification de contrat de travail, dans un premier temps; ensuite de ne considérer que les contrats de travail encore valides.

1. Les éventuelles contestations sur la qualification de contrat de travail

Qu'est-ce qui relève de l'article 80 et qu'est-ce qui est exclu de son champ d'application? Qui sont concernés par les effets de l'article 80 et qui ne peuvent pas prétendre du bénéfice de maintien de leurs contrats? Ces questions en apparence bénignes sont cependant lourdes de conséquences car permettant de délimiter le champ d'application matériel et personnel de la protection accordée par le législateur.

Si auparavant la conception traditionnelle déterminait le contrat de travail au regard du lien de subordination et au regard de la rémunération comme contrepartie de la prestation du travailleur, l'évolution technologique et les mutations sociales ont transformé le rapport de travail. Certaines formes d'emploi se font précisément en marge des manifestations usuelles de la subordination, ce qui crée des incertitudes sur leur assujettissement aux lois du travail³⁵. Les frontières de la relation de travail ne sont plus clairement identifiables et déterminables comme dans le passé. Les relations de travail modernes se distancient de plus en plus de la conception traditionnelle du travail; et depuis plusieurs années déjà sont apparues différentes modalités d'exécution de contrat de travail : « travail autonome, travail à domicile, à temps partiel, occasionnel... »³⁶.

Le lien de subordination est le critère classique de qualification d'une relation de travail, le travailleur étant toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, « sous la direction et l'autorité » d'une autre personne physique ou morale dans les liens d'un contrat de travail. C'est ce lien de subordination, élément manifeste du caractère non-égalitaire du contrat de travail qui fonde la fonction protectrice du droit social. Il s'agit comme à l'exemple du droit de la consommation de protéger la partie la plus faible. Le législateur n'a toutefois pas déterminé des critères qualitatifs pour mesurer une prestation fournie « sous la direction et sous l'autorité » d'un employeur. Cependant, au regard de la nature spécifique de leur contrat avec l'entreprise, certaines personnes sont facilement identifiables comme exclues de l'article 80 et du droit du travail en général. Il s'agit des personnes liées avec l'entreprise par un contrat de mandat. Il en est ainsi des dirigeants sociaux.

Les dirigeants sociaux, puisqu'ils accomplissent une fonction d'administration et de gestion, ne peuvent être considérés comme parties au contrat de travail, même s'ils agissent

35 G. Vallée, art. cit., p. 281.

36 Idem, p.277; Déjà à l'époque l'auteur se posait la question « les moyens mis en œuvre en droit du travail pour assurer la protection des travailleurs sont-ils appropriés pour régir efficacement ces « nouveau » statuts de travail ».

par représentation au nom et pour le compte de la société, le véritable employeur³⁷. Ils sont mandataires et de ce fait ne supporte pas personnellement les risques liés aux engagements de l'employeur. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils agissent au nom et pour le compte du mandant. C'est le régime de la représentation qui s'applique et non celui de la substitution. En matière de substitution de personne, le substituant n'agit pas au nom du substitué mais pour son propre compte³⁸. Le dirigeant social s'expose à une action en responsabilité personnelle s'il apparaît qu'il a agi dans son propre intérêt.

Le contrat de travail établit un rapport de subordination juridique direct, implicitement, une subordination également économique. La notion juridique de la subordination est caractérisée dans le code du travail par les concepts « direction et d'autorité ». Le travailleur subordonné est ainsi défini comme un travailleur soumis aux ordres, aux directives, au contrôle et aux sanctions de son employeur³⁹. Cette catégorie de travailleurs englobe aussi bien les apprentis, les intérimaires que les stagiaires. La subordination juridique se concrétise aussi à travers les conditions d'accomplissement de la tâche ou les conditions dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs⁴⁰. Cependant dans la pratique, dans du débat sur la qualification de contrat de travail, il s'agit de prouver une subordination de fait, un état de subordination, et non un lien de droit, une subordination juridique⁴¹. Cela revêt un intérêt particulier pour les travailleurs indépendants et ceux fournissant une prestation à domicile (home office). Le travailleur indépendant disposant d'une autonomie dans l'organisation de son travail et/ou dans la gestion de son temps de travail reste subordonné à l'employeur si celui-ci est en mesure d'imposer une sanction disciplinaire, comme mécanisme de contrôle de l'exécution de sa prestation. Il s'agit de déterminer le degré d'autonomie du travailleur, le contrôle de l'employeur ainsi que le pouvoir de sanction corrélatif, et inclure les hypothèses d'une subordination indirecte. Il ne suffit pas que le contrat soit nommé « contrat de travail » pour qu'il en soit ainsi dans le fait. Par ailleurs, le législateur ne mentionne pas nommément dans les dispositions du code du travail l'expression « lien de subordination ». C'est dans l'exposé des motifs que nous lisons « il est généralement admis que le travailleur qui signe un contrat préétabli par l'employeur se trouve placé dans une situation de subordination et de faiblesse vis-à-vis du détenteur du capital ». Pour déterminer le degré d'autonomie du travailleur, le juge est alors appelé à qualifier le contrat de travail en appréciant sur les comportement des parties.

37 Il en est de même pour les associés et actionnaires. Pour les dirigeants sociaux, il faut également prendre en considération la possibilité d'un cumul de mandats avec un contrat de travail.

38 Rappel E. Jeuland, op. cit., p. 59 et ss.

39 E. Dockes, art. cit., p. 129. Selon l'auteur, le lien de subordination juridique s'analyse sous le rapport triptyque « direction-contrôle-sanction ». Il tire cette conclusion de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation française, notamment les arrêts Labanne et Barrat.

40 Ibidem.

41 Idem, p. 131.

2. L'interprétation de la notion de contrat en cours

La fonction protectrice de l'article 80 du code du travail est pleinement assurée lorsque, malgré la modification intervenue dans la qualité de l'employeur, les emplois sont maintenus⁴². Le maintien des contrats signifie que les travailleurs conservent les mêmes avantages contractés avec l'ancien employeur, dans la mesure où leurs contrats sont transférés dans leurs formes et leurs contenus du substitué au substituant. La substitution d'employeur n'a d'intérêt que pour les travailleurs dont le contrat est en cours, et non ceux dont les contrats sont déjà résiliés.

La question ne se pose pas en ce qui concerne la relation de travail suspendue ou interrompue. La notion de contrat en cours n'est pas synonyme des prestations en cours d'exécution. Par maintien des liens contractuels, il faut comprendre que le contrat présente et conserve son caractère obligatoire, et qu'aucune partie ne peut s'en délier en invoquant la cession sans commettre une faute contractuelle⁴³. Il est de ce fait question des contrats en cours de validité, et ce même si l'exécution des obligations est suspendue ou interrompue. Le contrat en cours se rapporte à la fois « aux contrats en cours d'existence, qui n'ont pas totalement épuisé leurs effets, et aux contrats en cours d'exécution »⁴⁴. Pour ceux dont les conditions de travail sont en cours de négociation ou ceux qui sont encore dans le processus de recrutement, puisque le contrat n'est pas encore conclu, ils ne sont pas concernés par les effets de la substitution d'employeur intervenue avant la conclusion. Il faut se placer au moment de la substitution pour apprécier la qualité de travailleur⁴⁵. Le principe du maintien des contrats en cas de changement dans la qualité de l'employeur ne vaut que pour les contrats qualifiés de travail au moment du remplacement d'employeur.

En d'autres termes, la substitution d'employeur conduit à une prorogation des contrats de travail, ce qui implique le maintien de ses effets. Il faut alors que le contrat existe afin d'être maintenu. Il n'est pas nécessaire que cette existence soit prouvée par un écrit; ce qui importe, c'est le maintien du lien juridique ou de fait établissant la relation employeur-travailleur. C'est dans la notion des contrats en cours que l'article 80 trouve son essence, pour signifier que c'est le même contrat qui se poursuit sans le soumettre à un formalisme particulier. La prorogation s'effectue de facto, il n'y a pas de rupture de lien de droit, tant dans l'exécution des obligations que dans la jouissance des droits.

Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée sont couverts par la même protection. Le nouvel employeur est tenu de faire attention aux délais, faute de quoi le

42 « Le maintien dans l'emploi est normalement l'expression du maintien du contrat de travail; il se traduit donc par le maintien des droits contractuels » (J. Pelissier, art. cit., p. 151).

43 A. Bénabent, *Op. Cit.*, p. 260; « la substitution de personne permet, en réalité, de respecter l'effet obligatoire de l'obligation » (E. Jeuland, *op. cit.*, p. 17).

44 Guide juridique Dalloz, t. 1, Paris, 2018, v° Notion de contrat en cours (Entreprise en difficulté).

45 A comparer avec le libellé de l'article 3.1 de la Directive 2001/23/CE du 22 mars 2001 « Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ».

juge peut requalifier le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée⁴⁶, et sanctionner l'employeur substituant pour rupture abusive⁴⁷. En outre, le nouvel employeur est tenu de respecter le délai de préavis accordé au travailleur avant que ne s'opère la substitution. Le non-respect de ce délai rend la rupture brusque et constitue un abus de droit générateur de droit à une indemnité⁴⁸. Il faut aussi noter que le salarié en période d'essai au moment de la substitution d'employeur est en situation juridique d'incertitude. La rupture en période d'essai n'est pas assimilée à un licenciement et ne donne aucun droit au versement d'indemnité.

III. Les effets du maintien des contrats de travail

L'article 80 du code du travail produit des effets qui sont perceptibles dans la relation entre les employeurs substituant et substitué, et celle entre l'employeur substituant et le personnel, qu'il s'agisse du rapport individuel du travail que dans le rapport collectif du travail.

1. Le caractère translatif et subrogatoire de l'article 80 du code du travail⁴⁹

La substitution peut être cause d'inquiétudes quant à la garantie d'une bonne exécution du contrat par le nouvel employeur. En effet, la crainte est de voir les travailleurs se retrouver dans des conditions de travail moins favorables avec le nouvel employeur par rapport à l'ancien employeur.

Dans le rapport entre les deux employeurs, la substitution a un effet libératoire à l'égard de l'ancien employeur. La substitution dans la qualité de l'employeur entraîne l'élimination du substitué dans le rapport juridique. La disparition du substitué conduit à l'extinction à son égard des obligations y attachées⁵⁰ et l'empêche de revenir dans le rap-

46 Application de l'article 41 du code du travail alinéa 2 « Aucun travailleur ne peut conclure avec le même employeur ou avec la même entreprise plus de deux contrats à durée déterminée ni renouveler plus d'une fois un contrat à durée déterminée (...) »; alinéa 3 « L'exécution de tout contrat conclu en violation des dispositions du présent article ou la continuation de service en dehors des cas prévus à l'alinéa précédent constituent de plein droit l'exécution d'un contrat de travail à durée indéterminée ».

47 Application de l'article 63 du code du travail : « La résiliation sans motif valable du contrat à durée indéterminée donne droit, pour le travailleur, à une réintégration. A défaut de celle-ci, le travailleur a droit à des dommages-intérêts fixés par le Tribunal du travail (...) ».

48 A. Bénabent, op. cit., p. 266.

49 Art. 293 al. 1 Code du travail : « Dans le cas de substitution d'employeur, le nouvel employeur est subrogé aux droits et obligations de l'employeur précédent »; « Le transfert des contrats de travail s'accompagne d'un transfert des obligations qui incombait à l'ancien employeur à la date de la modification de la situation de celui-ci » (Jean Francois Martin, « Redressement et liquidation judiciaire », In Lamy droit commercial, Paris, 1994, p. 1307).

50 Selon un auteur, « la substitution n'est pas un acte translatif car celui-ci (l'acte translatif) implique la continuation d'une personne par une autre et non pas leur coexistence » (E. Jeuland, op. Cit.,

port juridique en exerçant par exemple une action en justice en qualité d'employeur ou être tenu responsable de la mauvaise exécution d'une obligation après la substitution⁵¹. L'effet translatif permet à l'employeur substituant de se comporter comme s'il était employeur *ab initio*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat de travail. Si la substitution conduisait à la coexistence de deux personnes dans la qualité d'employeur (l'ancien et le nouveau), ces deux personnes, étant des parties contractantes, seraient tenues solidaires de l'exécution des engagements contractuels. Or, l'article 80 du code du travail implique que le nouvel employeur s'approprie tous les droits et obligations exercés auparavant par l'ancien employeur et empêche que l'ancien employeur redevienne partie active au contrat. Il n'y a donc pas coexistence de plus d'une personne dans la qualité d'employeur.

Dans sa qualité d'employeur, le substituant répond seul de la bonne exécution du contrat dont l'ancien employeur n'est point garant. En théorie, la substitution fait perdre à l'ancien employeur sa qualité d'employeur, par conséquent il perd les droits y attachés tel que le pouvoir de direction et d'autorité. La cession de contrat de travail impose au nouvel employeur de payer les dettes relatives au contrat de travail, considérant que ladite cession cumule à la fois les effets attachés à la cession de créances et ceux relatifs à la cession de dettes. Ce faisant, le transfert de contrat de travail a un effet rétroactif⁵². C'est ainsi que les droits des travailleurs sont protégés notamment en maintenant l'ancienneté acquise auprès de l'employeur substitué. Le substituant entre dans la relation de travail sans plus d'obligations ni moins d'obligations que le substitué. Si un travailleur se trouvait en procédure de licenciement, il est tenu de prêter le préavis conformément aux dispositions légales. Les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent en l'état entre le nouvel employeur et le personnel. Et l'employeur substituant est en droit d'opposer aux travailleurs les fautes ou les négligences professionnelles commises par eux alors qu'ils se trouvaient sous l'autorité et le contrôle de l'ancien employeur, mais découvertes après la substitution.

p. 83). Cette affirmation ne s'applique pas s'agissant de l'article 80 du code du travail qui par ailleurs implique la continuation de la personne de l'employeur (Voir ci-haut sur continuation de l'activité). Parce que précisément l'article 80 du code du travail exclut toute possibilité de coexistence d'employeurs dans le lien juridique, c'est-à-dire du maintien de l'ancien employeur dans la relation de travail; et qu'en outre le législateur congolais n'a pas tenu l'ancien employeur solidairement responsable à l'égard des travailleurs. En effet, l'on peut dénier le caractère pleinement translatif si la cession des contrats a lieu par voie contractuelle, laquelle hypothèse nécessite d'une part le consentement du cédé; et d'autre part, de protéger le cédé face aux risques d'inexécution des obligations par le cessionnaire en tenant solidairement responsable l'ancien et le nouvel employeur. Comme nous le verrons ci-après, l'article 80 du code du travail instaure une cession forcée des contrats de travail avec comme conséquences l'absence de consentement des travailleurs et l'impossibilité pour eux de s'opposer à cette cession sauf exercice de la faculté unilatérale de résiliation de contrat.

51 E. Jeuland, *op. cit.*, p. 83.

52 « Le régime concernant l'effet de la substitution doit être celui qui aurait été applicable si le substituant avait lui-même agi » (E. Jeuland, *Op. Cit.*, p. 249).

La question se pose aussi de savoir si le nouvel employeur ne bénéficie d'aucun recours contre l'ancien employeur. La substitution permet la continuation des obligations, éteignant la créance à l'égard de l'ancien employeur et opérant le transfert du passif et de ses suites au nouvel employeur. Le nouvel employeur prend la place de l'ancien employeur, et reprend les créances telles qu'elles existaient au moment de la substitution. C'est dire que s'il y a eu licenciement avant que ne survienne le changement d'employeur et que ce licenciement a donné lieu à un recours administratif ou judiciaire; et pendant que la procédure administrative ou judiciaire est en cours il y a eu substitution d'employeur, les actions dirigées contre l'ancien employeur seront redirigées contre le nouvel employeur, notamment pour ne pas préjudicier l'intérêt économique des travailleurs. Est mis en avant l'unicité de la personne de l'employeur et la continuité de l'activité économique. Réfléchir autrement c'est conclure qu'il y a eu rupture préalable des liens contractuels, c'est-à-dire les contrats ne sont plus en cours. Or l'article 80 du code du travail dispose clairement que « tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent entre le nouvel employeur et le personnel ». Notre position est de considérer de manière large la notion de contrat en cours. Ainsi, pour un travailleur réintégré dans l'entreprise après qu'il avait été établi que la résiliation de son contrat était sans motif valable, devra être assimilée à une période de suspension le laps de temps écoulé entre la notification du licenciement (abusif dans ce cas) et la réintégration à son poste (ordonnée par le tribunal). Le débat reste toutefois ouvert, considérant également que les cas suspensifs de l'exécution sont strictement délimités à l'article 57 du code du travail et l'hypothèse énoncée n'en fait pas partie.

Au-delà de la substitution dans la qualité d'employeur, la cession d'entreprise a pour effet général le remplacement dans la qualité de créancier⁵³ dans le rapport entre l'ancien employeur et ses débiteurs.

2. La mise en œuvre des obligations nées du contrat de travail par le nouvel employeur

L'employeur substituant met en œuvre les obligations inhérentes à sa qualité d'employeur, notamment le pouvoir d'organisation et de direction en son nom propre. Contrairement à la novation⁵⁴, la substitution de personne ne modifie pas l'objet du contrat. Il n'y a ni extinction des obligations ni création des nouvelles obligations. Dans la mesure où la substitution n'a pas d'effets sur l'objet du contrat, il faut, pour définir ce qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'employeur, apprécier selon que la modification porte sur l'aménagement des conditions de travail ou si la modification transforme les engagements des parties. L'article 80 n'interdit pas au nouvel employeur de modifier les conditions de travail, si cette modification est l'exercice par lui de son pouvoir de direction et d'organisation.

53 L'effet général de la cession d'entreprise est la substitution de créancier, entendu comme le remplacement d'un créancier à la place d'un autre.

54 La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

a) L'intangibilité du contenu des contrats de travail

« Les contrats subsistent » signifie qu'après la substitution les parties poursuivent son exécution dans les mêmes conditions qui ont prévalu avant la substitution, sauf réaménagement ultérieur justifié par la nécessité d'organisation de l'entreprise⁵⁵. Considérant que l'employeur substituant exécute des obligations nées du contrat initial, cette « mise en œuvre »⁵⁶ ne peut conduire à la création des nouveaux engagements ni à leur modification substantielle. La logique est que « la cession d'un contrat n'altère pas son contenu, car ce dernier est, en principe, préservé dans sa formulation initiale »⁵⁷. De ce fait, le cédé n'a pas plus de droit vis-à-vis du cessionnaire qu'il n'en a ou n'avait vis-à-vis du cédant⁵⁸. Et le cessionnaire est obligé de respecter le contrat cédé dans ses stipulations⁵⁹. Par modification du contrat de travail, il faut comprendre le changement des droits et obligations nés du contrat, proposé (le changement) par l'employeur usant de son pouvoir de direction et soumis (le changement) à l'acceptation du salarié. Il existe une différence de régime entre le changement des conditions de travail et la modification substantielle du contrat (les stipulations contractuelles). Le premier relève de l'exercice du pouvoir reconnu à l'employeur de décider de manière unilatérale de l'organisation du travail, le second est une conséquence du caractère consensuel du contrat. Puisque le contrat est né des consentements des parties, la modification des stipulations dont a hérité le nouvel employeur n'est admise qu'après l'accord du travailleur lié par le contrat. La modification du contrat de travail, si elle crée des nouveaux droits et obligations sans mettre fin aux prestations des travailleurs, nécessite à nouveau le consentement des parties. Il s'agit d'un consentement donné individuellement par chaque travailleur. La logique considère que le changement survenu dans la qualité d'employeur n'emporte pas modification du contrat de travail, puisque le contrat a été conclu entre une unité économique (l'employeur) et un prestataire de service (le travailleur).

La délimitation de la notion de modification du contrat de travail permet de circonscrire le champ d'application du régime qui lui est attaché⁶⁰. En cas de rejet par le travailleur du projet modifiant son contrat, l'employeur substituant est tenu de se conformer à ce refus. Si malgré le refus, l'employeur persiste à imposer ses modifications, le travailleur est en droit de demander la résiliation du contrat, valant résiliation à l'initiative de l'employeur.

55 « (le nouvel employeur) peut seulement apporter des aménagements afin d'adapter le contrat aux conditions de fonctionnement de l'activité qui lui a été transférée » (J-F. Martin, art. cit., p. 1307).

56 Expression empruntée de E. Jeuland, op. cit., p. 19; comme l'auteur explique « l'expression mise en œuvre de l'obligation comprend aussi bien l'exécution de l'obligation prise au sens de devoir que l'exercice du droit ».

57 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 53.

58 Julie Colliot, « La cession de contrat consacrée par le code civil », *Revue juridique de l'Ouest*, 2016, p. 52.

59 « Il est tenu de respecter le contrat selon les conditions initiales, même si elles lui sont défavorables ». (Idem, p. 56).

60 Voir « Contrat de travail- Modification », Guide juridique Dalloz, Tome 1, Paris, 2016.

Le refus des modifications ne constitue pas un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, mais peut le devenir si les modifications sont justifiées par les nécessités de fonctionnement ou pour des raisons économiques. L'employeur devra alors respecter le régime applicable à cet effet. Nous considérons en effet que s'applique également aux modifications des contrats de travail l'alinéa 3 de l'article 78 du code du travail. Pour les modifications des contrats fondées sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, l'employeur est tenu de consulter les représentants des travailleurs pour recueillir leurs suggestions.

Ainsi, si l'employeur substituant ne peut pas imposer des modifications sur les éléments essentiels du contrat, il peut néanmoins apporter certains changements dans le mode d'exécution du travail⁶¹. Un licenciement intervenu à la suite d'une modification non substantielle des conditions de travail refusée par le salarié devrait par conséquent être considéré comme valable. Il en est ainsi d'une réaffectation du travailleur à un autre poste, si ce dernier conserve le même grade et mêmes avantages.

b) L'application du régime commun de résiliation des contrats de travail

Le salarié mécontent de la substitution n'est pas tenu de demeurer dans le lien contractuel avec le nouvel employeur. Si le salarié ne peut s'opposer à la cession de l'entreprise ni au changement de son cocontractant, il lui reste l'exercice du droit de résilier unilatéralement le contrat de travail⁶². De la sorte, le travailleur retire son consentement à prester auprès de l'employeur substituant⁶³. La rupture unilatérale est acquise à l'initiative du salarié, étrangère (la rupture) à tout manquement de l'employeur⁶⁴. De même, le nouvel employeur peut unilatéralement rompre la relation du travail. Il doit pour ce faire justifier d'un motif

61 « Le domaine des conditions de travail est seul dans le cadre duquel l'employeur peut changer unilatéralement certains aspects de la relation de travail » (Guide juridique Dalloz, 2016).

62 Art. 61 code du travail « Tout contrat de travail peut être résilié à l'initiative soit de l'employeur soit du travailleur ».

63 Juridiquement, le travailleur est libre de résilier son contrat, mais sa dépendance économique à l'égard de l'employeur et le caractère alimentaire du salaire ne laisse pas trop de liberté. « cette décision (démission) peut avoir des conséquences matérielles importantes pour le salarié puisque la démission n'ouvre pas le droit des indemnités de rupture (...) et qu'en l'absence de démission, le salarié qui refuserait de se mettre au service de son nouvel employeur commettrait une faute grave justifiant son licenciement sans préavis ni indemnité » (Cécile Thepot-Olagne, « Transfert des contrats en cas de transmission d'entreprise : une analyse économique du droit d'opposition du salarié », *Revue Management et Avenir*, n°79, 2015, p. 145).

64 Lorsque la démission est fondée sur le non-respect par l'employeur de ses devoirs et obligations, le juge prend acte de la rupture et en considération de la gravité de manquement la qualifie de licenciement sans motif valable (« Contrat de travail- Modification », Guide juridique Dalloz, 2016).

valable⁶⁵, se conformer à la procédure de licenciement et payer au travailleur une indemnité de rupture.

L'article 80 du code du travail, prescrivant que tous les contrats de travail subsistent entre l'employeur substituant et le personnel, interdit que la substitution d'employeur soit invoquée comme « motif valable » de résiliation des contrats. Le nouvel employeur ne peut pas opposer aux travailleurs qu'il est libéré des engagements pris par son prédécesseur en raison de l'effet relatif des contrats. Devrait ainsi être sanctionné pour licenciement sans motif valable (rupture abuse), l'employeur substituant qui aurait mis fin aux contrats de travail d'un travailleur du seul fait de la cession de l'entreprise. Il en est de même de la cession d'entreprise intervenue à la suite d'une fusion par absorption; le nouvel employeur ne peut pas notifier aux travailleurs de la société absorbée la fin de leur contrat pour le simple fait que la fusion a eu pour conséquence un dédoublement des postes. La réduction du personnel, dans ce cas, résultant d'une restructuration, est fondée sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise et devra respecter les prescrits de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/ 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs⁶⁶. En outre, le maintien des contrats signifie la poursuite de l'ancienneté dans l'entreprise. Dans la mesure où il n'y a pas rupture de la relation de travail, l'employeur substituant est tenu de se conformer à l'âge normal de la mise en retraite.

La substitution n'empêche ni l'ancien employeur ni le nouveau de rompre les relations de travail; endosse la responsabilité de la rupture celui qui prend l'initiative de la résiliation en dehors de tout motif valable et subit les sanctions légales d'un licenciement abusif⁶⁷. Il en est tout autre lorsque le licenciement est envisagé dans le cadre des procédures collectives pour les entreprises en difficulté.

3. La substitution et le rapport collectif du travail

L'article 80 du code du travail ne doit pas être interprété dans un sens étroit, limité aux seules obligations découlant du contrat de travail, mais vise de manière large le maintien de la relation de travail régie également par les conventions collectives. Le contrat de travail n'est que l'une des sources faisant naître des obligations envers les parties. A côté de la loi,

65 En raison d'un motif inhérent à la personne du salarié ou d'un motif économique. Telle rupture donne lieu, hormis le licenciement pour faute lourde, à une indemnisation.

66 Arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs, JO n°23 du 5 décembre 2005.

67 Il est noté à cet effet, « la sécurité de l'emploi n'est effective, le maintien dans l'emploi n'est assuré qu'autant que les licenciements prononcés irrégulièrement ne produisent aucun effet, c'est-à-dire soient frappés de nullité » (J. Pelissier, art. cit., p. 160). Le législateur congolais ne sanctionne pas à proprement un licenciement sans motif valable de nullité. L'article 63 du code du travail donne au travailleur un droit à la réintégration, à défaut une condamnation en dommages-intérêts à l'encontre de l'employeur.

les règles d'origine professionnelle telle que les conventions collectives⁶⁸ et les règlements d'entreprise⁶⁹ contribuent également à la fonction protectrice du droit social. Les effets de la convention collective cessent à l'arrivée du terme si elle est conclue pour une durée déterminée, impliquant que les normes de la convention collective restent également d'application après la substitution d'employeur et s'impose au nouvel employeur. L'article 293 du code du travail dispose à cet effet : « dans le cas de substitution d'employeur, le nouvel employeur est subrogé aux droits et obligations de l'employeur précédent ». Ce faisant, dans le rapport collectif, la substitution d'employeur a pour effet immédiat de maintenir des obligations issues de la convention collective souscrite par l'ancien employeur. L'employeur substituant ne peut poser aucun acte de nature à compromettre l'exécution loyale de la convention⁷⁰. À l'expiration de la convention collective, l'employeur substituant peut souscrire à une convention collective modifiée, laquelle modification influencera la relation de travail.

B. Le périmètre des entreprises économiquement en difficulté⁷¹

Les entreprises en difficulté économique peuvent prendre des mesures drastiques afin d'assurer leur survie, plus encore lorsque l'état de cessation des paiements est déclaré⁷². L'article 80 du code de travail se croise avec le droit des procédures collectives par l'objectif poursuivi : le maintien de l'entreprise et la sauvegarde des emplois. Toutefois,

68 „Accord écrit relatif aux conditions et aux relations de travail conclu entre, d'une part un ou plusieurs organisations professionnelles d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations professionnelles de travailleurs » (article 272 code du travail).

69 Un acte de l'employeur établissant les règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline, aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité nécessaires à la bonne marche de l'entreprise (...) (article 157 alinéa 2 du code du travail).

70 « Les employeurs, les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, ainsi que ceux qui les représentent, parties à une convention collective sont tenus d'exécuter de bonne foi les engagements qui en résultent et de s'abstenir de tout ce qui est de nature à en compromettre la loyale exécution » (article 294 al. 1 code du travail).

71 « En raison de l'indissociabilité du droit commercial et du droit social, les licenciements pour motif économique obéissent tantôt au droit commun prévu par le code du travail, tantôt à une réglementation spécifique consacrée par le législateur OHADA des procédures collectives » (*Jacqueline Kom*, Droit OHADA des entreprises en difficulté, Paris, 2021 p.98). Cette analyse est tirée des dispositions de l'article 7 de l'AUPCAP qui dispose « le projet de concordat préventif précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment : (...) le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail ».

72 « La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible » (article 25 AUPCAP).

les travailleurs ne sont pas considérés comme créanciers de l'employeur au cours des procédures préventives⁷³.

Il est commun qu'une entreprise économiquement en difficulté puisse, après la réalisation du plan de cession, changer d'employeur, et si les difficultés économiques ne peuvent pas être surmontées, être liquidée. Lorsque le sauvetage de l'entreprise est envisagé, le plan de cession peut contenir des mesures de réduction du personnel pour alléger les charges. Ce plan contient les mesures de redressement de l'entreprise.

1. Le redressement judiciaire et la continuité de l'entreprise

Il est d'intérêt général de sauvegarder les entreprises en difficulté économique. Et la procédure de redressement a pour finalité de préserver la continuité de l'entreprise, « par voie de conséquence de l'activité et des emplois »⁷⁴. L'article 112 AUPCAP pose comme principe la continuation de l'activité, c'est-à-dire « en redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic ». Cette approche du législateur de l'OHADA qui rejoint celle du législateur congolais confirme implicitement que le maintien des contrats de travail est lié à la continuation de l'exploitation de l'entreprise. A cet effet, le projet de concordat, qu'il soit préventif ou de redressement, doit définir les modalités de continuation de l'entreprise, notamment la cession partielle d'actif, la cession ou la location-gérance de la totalité ou d'une branche de l'entreprise⁷⁵, le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique⁷⁶. Il se dégage deux solutions qui ont un impact sur les contrats de travail : soit il y a continuité de la relation de travail, soit des

73 «Le règlement préventif tend à éviter la cessation de paiements ou d'activité de l'entreprise (...)» (Lire Observations sur l'article 2 de l'AUPCAP, Code pratique OHADA 20-21, éd., francis Lefebvre, 2019, p. 660). L'article 2 de l'AUPCAP énonce les principales caractéristiques de chaque procédure. Le droit de l'OHADA des entreprises en difficulté organise les procédures collectives en procédures préventives, la conciliation et le règlement préventif, et en procédures curatives comprenant le redressement judiciaire et la liquidation des biens. La conciliation se caractérisant par la confidentialité des informations sur la situation du débiteur (l'employeur) ne concerne qu'une certaine catégorie des créanciers, dont sont exclus les travailleurs. Par conséquent, les travailleurs ne peuvent être partie ni aux négociations ni à l'accord de conciliation; même s'ils sont concernés par les mesures de restructuration tendant à éviter la cessation des paiements de l'employeur.

74 Michel Sawadogo Filiga, « Les entreprises en difficultés dans l'AUPC révisé de l'OHADA-approche analytique », *Revue de droit international et droit comparé*, 2016, p. 54.

75 A remarquer particulièrement l'article 27 alinéa 2 de l'AUPCAP qui vient compléter l'article 80 du code du travail en énumérant également la location-gérance, là où le législateur congolais n'a donné qu'une illustration en citant la cession (l'article 27 AUPCAP : la cession partielle d'actif et la cession d'une branche d'activité, la cession de la totalité ou d'une partie de l'entreprise), la succession, la fusion, la transformation de fonds, la mise en société. Ce qui confirme la portée générale de l'article 80 du code du travail. En poussant la réflexion plus loin, l'on pourrait également ranger les concessions.

76 Lire utilement les articles 7 AUPCAP sur le projet de concordat préventif et 27 AUPCAP sur le projet de concordat de redressement judiciaire.

mesures de licenciement sont prises pour prévenir ou redresser la situation de l'entreprise, auquel cas s'impose un contrôle rigide du respect de la procédure.

1. Le licenciement pour motif économique comme mesure de prévention de l'aggravation des difficultés de l'entreprise

La sauvegarde de l'emploi est étroitement liée aux possibilités de survie de l'entreprise⁷⁷, et le législateur de l'OHADA a fait du sauvegarde des entreprises viables l'objectif principal des procédures collectives. La sauvegarde de l'entreprise, pour éviter la réduction nécessaire du personnel, peut passer par la cession des unités de protection et une modification de la situation juridique de l'entreprise. L'article 80 du code du travail pose l'obligation de reprendre les contrats de travail, corollaire au transfert d'entreprise. L'entreprise débitrice doit présenter un projet de concordat soit préventif pour éviter la cessation des paiements, soit de redressement si la situation n'est pas irrémédiablement compromise, après l'état de cessation des paiements. Le projet de concordat préventif ou de redressement précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise⁷⁸, notamment les modalités de continuation de l'entreprise, le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique.

Le licenciement pour motif économique résulte d'une rupture unilatérale des contrats de travail à l'initiative de l'employeur pour des motifs liés aux conditions économiques de l'entreprise ou de l'établissement. Ne contreviennent pas au principe du maintien des contrats en cours, les licenciements intervenus après le transfert des contrats pour motif économique ou liés aux nécessités de réorganisation de l'entreprise. L'employeur doit prouver que la résiliation des contrats est motivée par la situation de l'entreprise et non par le seul fait de la substitution. Aussi, l'application de l'article 80 du code du travail sur la continuité des contrats ne met pas le travailleur à l'abri d'une résiliation ultérieure, causée par la suppression des postes. Sauf que c'est l'employeur qui endosse la responsabilité de la rupture de la relation de travail. L'employeur qui envisage de licencier un ou plusieurs membres de son personnel pour des raisons économiques, notamment la diminution de l'activité de l'établissement et la réorganisation intérieure, doit respecter l'ordre des licenciements établi en tenant compte de la qualification professionnelle, de l'ancienneté dans l'établissement et des charges de famille du travailleur⁷⁹. Cette disposition de l'article 78 du code de travail peut être considérée comme un complément à l'article 62 du code du travail, offrant à l'employeur un motif valable de licenciement. En d'autres termes, en dehors des conditions subjectives liées à l'aptitude professionnelle ou à la conduite du

77 M. Buy, art. cit., p. 603.

78 Conformément à l'alinéa 2 de l'article 27 AUPCAP, « Ledit projet (de concordat) doit démontrer les perspectives de redressement de l'entreprise débitrice en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles et doit également préciser les mesures et les conditions envisagées pour son redressement ».

79 Article 78 al. 2 du code de travail.

travailleur, l'article 62 se poursuit ainsi « toute résiliation à l'initiative de l'employeur d'un contrat à durée indéterminée, fondée sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, est soumise aux conditions définies par un arrêté du Ministère ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions ».

Le législateur congolais n'a pas défini per se la notion de licenciement pour motif économique. Cette absence de définition légale ouvre voie à plusieurs interprétations. Après une première lecture combinant les articles 62 et 78 du code du travail, il ressort sans controverse que « les raisons économiques » constituent un motif valable de licenciement à l'initiative de l'employeur. Toutefois en approfondissant l'analyse, l'on peut conclure que le législateur ne limite pas les raisons économiques aux difficultés économiques. Bien plus, la formulation légale « pour des raisons économiques, notamment la diminution de l'activité de l'établissement et la réorganisation intérieure » laisse sous-entendre que la réorganisation intérieure est assimilée selon l'esprit de la loi à une raison économique. Les raisons économiques doivent être comprises comme incluant « les circonstances liées à la situation de l'entreprise »⁸⁰. Les éléments matériels entraînant le licenciement pour des raisons économiques peuvent trouver leur cause aussi bien dans la situation économique que dans l'évolution du mode de travail⁸¹.

Les raisons économiques impliquent tous les éléments qui perturbent le fonctionnement courant de l'entreprise, résultant d'une défaillance marchande ou pas⁸². Cette défaillance ne doit pas s'analyser de manière isolée ou limitée dans le temps. Par exemple, une simple baisse de la demande pendant une période ou l'absence des bénéfices⁸³ ne saurait justifier un licenciement pour motif économique. Les raisons économiques sont des motifs objectifs et l'employeur doit expliquer dans sa notification du licenciement l'inévitable suppression du poste comme conséquence de la situation économique. La suppression du poste suppose également que le remplacement par une autre personne n'est pas possible (puisque l'emploi a été supprimé), mais les fonctions assumées précédemment par des travailleurs licenciés peuvent être réattribuée et partagées entre les collègues restants.

Traitant des licenciements massifs, l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 distingue « les licenciements fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise », des « licenciements fondés sur des raisons économiques ». En

80 *Direction de l'initiative parlementaire et des délégations du Sénat*, « Le licenciement économique, LC273, novembre 2016 », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 69 (1), 2017, p. 233.

81 « Le licenciement doit résulter d'une difficulté économique ou à des mutations technologiques (transformation de l'emploi, refusée par le salarié au contrat du travail) et à la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité et la cessation d'activité. Les causes de licenciement pour motif économique ne sont pas limitées » (*Guide Juridique Dalloz*, 2016, *Licenciement pour motif économique – cause réelle et sérieuse*).

82 V. *Christian Bessy*, « Licenciement économique, organisation et marché », *Revue d'économie industrielle*, vol. 62, 1992, p. 50.

83 „Ne constituent pas des motifs économiques de licenciement, les fluctuations normales du marché ou de l'activité et la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre ou une baisse des bénéfices » (*Idem*, p. 51).

dehors de toute difficulté économique ou de la mutation technologique, la structure de l'entreprise⁸⁴ peut également subir des modifications dans le cadre d'une stratégie d'expansion de l'entreprise. Ici, nous pensons à l'acquisition d'une entreprise concurrente ou une branche d'activité comme politique de conquête d'un marché donné, et évidemment s'ensuivent des conséquences sur le maintien des emplois dans les entreprises acquises. L'arrêté ministériel fixant les modalités de licenciement des travailleurs s'appliquant à la fois à l'article 62 et 78 du code de travail répute les licenciements décidés dans telles circonstances de « licenciements massifs »⁸⁵. L'article 1 de l'arrêté concerné fixe le seuil de qualification de licenciement massif en prenant comme numérateur le nombre de travailleurs licenciés et pour dénominateur le nombre réel d'effectifs (le total des travailleurs).

La qualification de licenciement pour des raisons économiques ou de licenciement fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ne dépend strictement pas de ce seuil; elle se rattache plus au motif justifiant la décision de l'employeur⁸⁶. Ces seuils légaux ne constituent que des indicateurs sanctionnant les licenciements massifs, lesquels restent par principe interdits.

De manière générale, les travailleurs sont informés bien avant d'une potentielle substitution d'employeur, par conséquent d'un transfert des contrats de travail, grâce au mécanisme d'information des représentants des travailleurs prévu à l'article 263 du code du travail : « l'employeur est tenu d'informer au moins semestriellement la délégation sur les données concernant la marche et la situation économique et sociale de l'entreprise ou de l'établissement notamment sur le chiffre d'affaires ou une donnée équivalente, l'indice général de la productivité, le bénéfice global, l'évolution du niveau des prix à la vente, les grandes lignes du programme de développement, les perspectives d'avenir ». Ces informations donnent aux représentants des travailleurs une vision panoramique de l'état financier de l'entreprise et du secteur d'activité.

2. La rupture de la relation de travail comme conséquence de la liquidation judiciaire

La liquidation des biens, sauf poursuite provisoire des activités, met fin à l'activité de l'entreprise débitrice⁸⁷. En cas de liquidation judiciaire, il faut procéder aux licenciements

84 La restructuration d'entreprise peut se comprendre comme « toute modification de la structure d'une entreprise que celle-ci soit financière, économique, technique ou juridique » (J. Pelissier, art. cit., p. 150).

85 Article 1 et ss. Arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs, JO n°23 du 5 Décembre 2005.

86 « Lorsque la résiliation intervient à l'initiative de l'employeur, la lettre de notification doit en indiquer expressément le motif » (article 76 code du travail). Par principe, le licenciement massif est interdit (article 78 alinéa 1 code du travail). Pour être exonéré de la sanction d'un licenciement massif, l'employeur doit prouver soit que les licenciements sont fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise soit fondés sur des raisons économiques et des tels licenciements doivent être réguliers dans leur procédure.

87 Art. 113 al. 1 AUPCAP.

de tous les salariés⁸⁸. La situation d'insolvabilité d'une entreprise conduit, si ce n'est pas à la sauvegarde des activités, à la disparition de l'entreprise; c'est-à-dire à la fin de la personnalité juridique. La procédure de liquidation judiciaire est ouverte lorsque le redressement est manifestement impossible, sans toutefois exonérer l'employeur la responsabilité de la résiliation des contrats. Si les travailleurs restent disponibles à prester, l'employeur cependant n'est plus en mesure de fournir un travail. La personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de liquidation, jusqu'à la clôture de la procédure. Le temps presté pendant cette période provisoire est considéré comme période de travail, par conséquent rémunéré. Une fois la procédure de liquidation judiciaire ouverte (par le prononcé de la décision d'ouverture par le tribunal), le liquidateur désigné va dessaisir l'employeur débiteur de plein droit de la gestion de l'entreprise et mettre fin à ses activités. Dans ce cas, il n'y a pas de substitution d'employeur, puisque le liquidateur accomplit les actes en tant que représentant de l'employeur, actes précédemment accomplis par l'organe de gestion. Il (le liquidateur) exerce ainsi les droits et obligations de l'employeur débiteur sur le patrimoine de ce dernier. Les licenciements auxquels procède le liquidateur en application de la décision prononçant la liquidation sont à l'initiative de l'employeur.

Le jugement de clôture de la procédure de liquidation judiciaire a pour effet de libérer le débiteur de manière définitive. À noter, pour éviter une fraude dans le chef de l'employeur simulant une fermeture de l'entreprise et prévoir une réouverture ultérieure après reprise par un autre employeur, le législateur impose le respect du droit commun de licenciement. L'alinéa 7 de l'article 78 du code du travail permet la poursuite de la relation de travail après une reprise, c'est-à-dire le travailleur licencié conserve pendant un an la priorité d'embauche dans la même catégorie d'emploi.

Si la faillite constitue une cause de rupture prématurée du contrat de travail⁸⁹, elle ne libère pas pour autant l'employeur de se conformer à la régularité de la procédure de licenciement. Les travailleurs dont les contrats sont résiliés pour motif économique, sont les seuls à avoir intérêt et qualité à agir en contestation d'un licenciement pour irrégularité. A ne pas oublier que le licenciement reste un acte individuel, puisqu'il est notifié à chaque travailleur de manière personnelle⁹⁰, et ce même lorsque ce licenciement intervient dans un cadre collectif ou massif. La contestation de l'irrégularité n'est dès lors pas introduite par les représentants des travailleurs qui n'ont qu'un droit à l'information préalable à la notification du licenciement.

La résiliation des contrats de travail est soumise à un contrôle strict même en cas de liquidation judiciaire. L'alinéa 2 de l'article 80 du code du travail dispose en effet : « la cessation de l'activité de l'entreprise ou de l'établissement ne dispense pas l'employeur

88 J-F. Martin, art. cit., p. 1304.

89 La faillite est un motif valable de rupture du lien contractuel, cependant ne met pas l'employeur à l'abri d'éventuelle poursuite pour licenciement irrégulier.

90 Rappel de l'article 76 du code du travail in fine. : « la lettre de notification doit en indiquer expressément le motif ».

de respecter les règles prévues en matière de résiliation des contrats ». L'employeur est tenu de respecter les règles applicables aux licenciements pour motif économique, à savoir la consultation des représentants des travailleurs. Est dès lors irrégulier, le licenciement intervenu pour motif économique alors que l'employeur n'a ni informé ni consulté le comité d'entreprise. Ceci peut aboutir à la suspension de la procédure de licenciement⁹¹. Le projet de licenciement doit indiquer les raisons économiques des licenciements, le nombre des travailleurs ainsi que les catégories professionnelles concernées. De même, est abusif le licenciement effectué en ne tenant pas compte de l'ordre de licenciement imposé, ce malgré l'autorisation de l'inspecteur du travail⁹².

II. Le régime de la cessation d'activité en cas de force majeure

Outre la fermeture de l'entreprise du fait de la liquidation judiciaire, la cessation des activités peut résulter de la survenance d'un cas de force majeure. La force majeure produit deux effets principaux. Il s'agit, selon le régime général des obligations, premièrement de la libération des parties de l'exécution des obligations, et deuxièmement de l'exonération de toute responsabilité pour inexécution.

Le législateur n'a pas défini la force majeure dans le droit commun des contrats et le droit du travail ne se limite qu'à en donner les éléments caractéristiques. Il s'agit selon l'alinéa 2 de l'article 57 d'un événement imprévisible, inévitable, non-imputable à l'une ou l'autre partie et qui constitue une impossibilité absolue d'exécution d'obligations contractuelles. Placé dans le contexte de l'alinéa 2 de l'article 80, la cessation de l'activité à la suite d'un événement établi comme force majeure constitue une impossibilité absolue pour l'employeur d'exécuter ses obligations. L'employeur, extérieur à la survenance de cet événement, est dispensé du respect des règles prévues en matière de résiliation des contrats de travail. En d'autres termes, la force majeure du fait de son caractère exonératoire et libératoire dispense l'employeur du paiement d'indemnité pour brusque rupture, parce qu'il est exonéré de l'obligation d'accorder un préavis au travailleur.

La résolution du contrat a lieu de plein droit après constatation du cas de force majeure par l'inspecteur du travail. L'employeur ne sera pas tenu du paiement des dommages pour inexécution. Les effets de la force majeure doivent toutefois être tempérés d'une part, parce que la rupture des contrats de travail n'intervient que si la cessation d'activité est définitive; d'autre part, le cas de force majeure doit être constaté par l'inspecteur du travail. Le législateur a ainsi évité toute décision arbitraire de l'employeur qui risque de dissimuler pour cause de force majeure des licenciements massifs. Le principe posé par le régime

91 Aff. Bralima C/ Mohoke Yando, Arrêt RTA 0221, Cour d'appel de Mbandaka, Matière du travail, 08 mars 2005.

92 Aff. Compagnie de commerce et des plantations CCP, Lisala c/ Bokete Lompio, Arrêt RTA 0114/0119, Cour d'appel de Mbandaka, matière de travail du 02 juillet 1998.

général des obligations qui n'attribue à l'empêchement temporaire qu'un effet suspensif⁹³ trouve échos en droit du travail à l'article 57 du code du travail « sont suspensifs du contrat de travail ... 8) la force majeure, lorsqu'elle a pour effet d'empêcher de façon temporaire, l'une des parties à remplir ses obligations ». Pour que la libération de l'employeur soit totale, il faut que l'impossibilité de l'exécution soit définitive; au cas contraire, la force majeure n'est qu'une cause suspensive de l'exécution des contrats. La force majeure temporaire donne néanmoins droit à la résiliation du contrat par la partie intéressée, sans indemnité, après deux mois de suspension⁹⁴.

En établissement une différence de régime entre la force majeure et la liquidation judiciaire, le législateur a de manière indirecte mis à la charge de l'employeur la rupture de la relation de travail en cas de faillite, c'est-à-dire l'employeur n'est pas considéré comme extérieur à la faillite. L'extériorité signifie que l'événement survenu échappe au contrôle du débiteur⁹⁵.

III. La défense des intérêts des salariés lors des procédures collectives

Le législateur de l'OHADA pose un regard particulier sur les sorts des contrats de travail pendant les procédures collectives. Il souligne cet aspect social du droit des entreprises en difficulté dès l'article 1 de l'AUPCAP « le présent acte uniforme a pour objet d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices (...) ». Cet intérêt social reste toutefois limité et l'acte uniforme renvoie aux droits nationaux de fixer en détail les modalités de protection des travailleurs. En dehors de la procédure des licenciements pour motif économique, l'ouverture des procédures collectives n'a pas d'effets suspensifs sur l'exécution des contrats de travail, qu'il s'agisse des procédures préventives que des procédures curatives. La prise en compte de la défense des intérêts des travailleurs est analysée en deux phases : selon qu'il s'agit d'assurer la préservation des activités économiques par la réduction d'effectifs; et selon qu'il est question de liquider les biens et de garantir la créance salariale⁹⁶.

93 G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 939.

94 Article 60-c du code du travail. À lire conjointement avec l'article 279 alinéa 2 qui dispose « La convention collective peut comporter des dispositions concernant les modalités de paiement éventuel d'une indemnité forfaitaire en cas de force majeure débouchant sur une résiliation du contrat de travail ».

95 G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 563.

96 Selon la situation économique de l'entreprise, il s'agira conformément à l'acte uniforme de « redresser rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouvrés par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties ». La nature des difficultés que connaît l'entreprise permet de distinguer les différentes procédures préventives : alors que la conciliation s'ouvre lorsque les difficultés sont « avérées ou prévi-

Il se dégage pour les entreprises en difficulté deux régimes de licenciement pour motif économique, selon que les procédures collectives sont ouvertes avant ou après que l'état de cessation des paiements ait été déclaré. Les procédures préventives sont destinées à sauvegarder les entreprises en difficulté et à apurer leur passif avant la cessation des paiements; et les procédures curatives sont ouvertes à tout débiteur en état de cessation des paiements. Selon les cas, le législateur de l'OHADA renvoie au droit national sur les licenciements pour motif économique ou dicte directement la procédure des licenciements dans l'acte uniforme. Ce double régime ressort des articles 7 et 27 de l'AUPCAP. Le premier énonce « Le projet de concordat préventif précise les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment (...) le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail »; en des termes presque similaires, l'article 27 AUPCAP prescrit « ledit projet doit également préciser les mesures et conditions envisagées pour son redressement, notamment (...) le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 ci-dessous ».

1. Les licenciements pour motif économique dans les procédures préventives

En ce qui concerne le régime général de licenciement, les représentants de travailleurs, outre le droit d'information périodique découlant de l'article 263 du code du travail, joue également le rôle d'organe de consultation. L'article 259 du code de travail prescrit à l'employeur de consulter la délégation notamment « sur les critères généraux en matière d'embauche, de licenciement et de transfert des travailleurs ». Ce même droit s'applique a fortiori en cas des licenciements pour motif économique.

Il faut rappeler que, pendant la procédure préventive de conciliation, les représentants des travailleurs se doivent de respecter la confidentialité des informations⁹⁷ et sont tenus par le secret professionnel de ne pas rendre publiques les négociations en cours entre l'employeur et les principaux créanciers en vue d'aboutir à un accord amiable⁹⁸. L'objectif étant d'éviter qu'une rumeur propageant les difficultés de l'entreprise rend méfiants tous les créanciers et partenaires de l'entreprise et aggrave sa situation économique. La procédure de conciliation n'est pas inclusive à l'égard des créanciers. La réduction d'effectifs peut

sibles » (Art. 5-1 al. 1 AUPCAP), le règlement préventif est ouvert au débiteur qui justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses (Art. 6 al. 1 AUPCAP).

97 « Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité » (art. 5-1 al. 3 AUPCAP); également « la décision ouvrant la conciliation ou rejetant la demande d'ouverture ne fait l'objet d'aucune publicité » (art. 5-3 al. 2 AUPCAP).

98 La procédure de conciliation consiste pour le débiteur en difficulté économique à saisir la juridiction compétente, seul ou conjointement avec un ou plusieurs de ses créanciers (art. 5-2 AUPCAP), en vue de la désignation d'un conciliateur qui aura pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise (art. 5-5 AUPCAP).

résulter de la mise en œuvre du concordat préventif, laquelle réduction doit suivre la procédure commune des licenciements pour motif économique. En effet, tant que le tribunal n'a pas prononcé le redressement ou la liquidation judiciaire de l'entreprise, quelle que soit sa situation, ce sont des règles du droit commun qui s'appliquent⁹⁹. En application de l'article 78 du code du travail, le régime de licenciement pour motif économique est fixé par l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs.

L'article 78 du code du travail impose à l'employeur d'informer de son intention de prendre des mesures de licenciement et de recueillir la suggestion des représentants des travailleurs au moins quinze jours à l'avance. C'est que le législateur instaure un dialogue au sein de l'entreprise entre les travailleurs et l'employeur. Toutefois, les propositions des représentants des travailleurs n'étant que « des suggestions » n'ont pas une valeur contraignante à l'égard de l'employeur. Celui-ci peut aisément passer outre et saisir l'inspecteur du travail du ressort pour solliciter l'autorisation des licenciements. Ce faisant, il se sera conformé aux prescrits légaux et la procédure sera régulière. En outre, la loi est restée silencieuse sur le contenu des informations à donner aux représentants des travailleurs. L'employeur peut ainsi ne fournir qu'une information vague, laissant reposer à la charge de l'autorité administrative un contrôle a posteriori. Une vigilance accrue de la part de l'inspecteur du travail est alors requise. Il devient le rempart de protection de l'emploi, et doit au cours de son enquête entendre les représentants des travailleurs et considérer leurs suggestions au regard de la situation de l'entreprise et de l'état économique du secteur. Il est toutefois à craindre les effets négatifs d'une certaine passivité de l'administration du travail dans la pratique, d'autant plus que l'alinéa 2 de l'article 7 de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 impose un délai maximum de 60 jours à l'inspecteur du travail de notifier sa décision; à défaut, il est censé avoir autorisé le licenciement. Il en est de même à l'alinéa 2 de l'article 4 du même arrêté accordant 45 jours au ministre du travail et de la prévoyance sociale, après en avoir informé les ministres ayant dans leurs attributions les relations économiques avec l'entreprise, l'établissement ou le service concerné. A défaut, il est censé approuver la demande.

Une réduction du personnel dont le nombre est égal ou supérieur aux normes énumérées à l'article premier de l'arrêté ministériel n° 12/CAB.MIN/TPS/116/2005 doit être autorisée par le ministre ayant le travail et la prévoyance sociale dans ses attributions. Si les licenciements concernent un nombre inférieur aux normes énumérées à l'article premier, la compétence d'accorder l'autorisation revient à l'inspecteur du travail du ressort. Pour ne pas préjudicier les droits des travailleurs, l'administration du travail doit mettre par conséquent des moyens matériels et financiers permettant de mener à bien l'enquête, non seulement en ce qui concerne le respect de l'ordre des licenciements établi par l'employeur, mais surtout analyser le sérieux des motifs économiques invoqués par l'employeur.

99 Lamy droit commercial, « redressement et liquidation judiciaire », 1994, p. 1299.

2. Les licenciements pour motif économique dans la procédure de redressement

Les procédures curatives s'ouvrent lorsque le débiteur est déclaré en état de cessation des paiements¹⁰⁰. Dans la procédure de redressement judiciaire et de liquidation, l'état de cessation de paiement étant établi confère au juge-commissaire le pouvoir d'autoriser ou refuser les licenciements envisagés en application de l'article 111 AUPCAP¹⁰¹, l'article 27 AUPCAP renvoie à la procédure édictée aux articles 110 et 111 AUPCAP. L'autorisation administrative se transforme en information administrative. Il n'est plus besoin pour l'autorité administrative de porter une appréciation objective du motif économique avancé par l'employeur ou de contrôler le respect de la procédure prescrite et des critères retenus par l'employeur¹⁰². La déclaration de l'état de cessation des paiements manifeste le caractère sérieux des difficultés économiques de l'entreprise. Le droit de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens n'est pas accordé directement aux travailleurs¹⁰³. Les salariés ne peuvent se trouver parmi les principaux créanciers, car ce serait à l'évidence un signe de cessation des paiements¹⁰⁴. Cependant, l'article 29 AUPCAP dispose que la saisine d'office de la juridiction s'effectue notamment sur base des informations fournies par les institutions représentatives du personnel qui indiquent les faits de nature à motiver sa saisine. Se pose alors la question de savoir si le droit de l'OHADA accorde aux représentants de travailleurs un pouvoir d'alerte si la situation économique de l'entreprise se détériore. Les modalités de transmission de ces informations par les représentants des travailleurs au tribunal ne sont pas précisées ni s'ils doivent notifier à l'employeur leur initiative.

Quel que soit le mode de saisine, le tribunal ne statue sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation qu'après avoir entendu notamment les délégués ou représentants du personnel¹⁰⁵. L'article 32 AUPCAP dispose « la juridiction compétente statue à la première audience utile sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, après avoir entendu dûment le débiteur, les délégués ou représentants du personnel au sens de la loi de l'Etat partie concerné, le ministère public et le cas échéant, le créancier demandeur ». C'est dire que les travailleurs seront informés de l'état de cessation des paiements et de l'ouverture des procédures de traitement des

100 C'est-à-dire en impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (art. 25 al. 2 AUPCAP).

101 La décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition devant la juridiction ayant ouvert la procédure.

102 Article 78 al. 8 code du travail.

103 La procédure est ouverte soit par déclaration du débiteur de l'état de cessation des paiements (art. 25 AUPCAP); soit à la demande d'un créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible (art. 28 AUPCAP); soit par saisine d'office de la juridiction compétente (art. 29 AUPCAP).

104 J-F. Marti, art. cit., p. 1044.

105 Art. 32 AUPCAP.

difficultés même si la demande a été faite par déclaration de l'employeur ou par requête d'un créancier.

La loi concède également aux travailleurs certains droits pendant le déroulement des procédures curatives. L'article 48 AUPCAP permet aux travailleurs d'intervenir directement dans la procédure en qualité de contrôleur. Il s'agit d'une personne désignée par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, soit nommée comme tel par le juge-commissaire. Ce contrôleur doit veiller aux intérêts des travailleurs en assistant le syndic et le juge-commissaire dans l'accomplissement de leurs tâches. Conformément à l'article 49 AUPCAP, en sa qualité de contrôleur, le salarié désigné dispose d'un droit d'information qui s'étend de la vérification de la comptabilité et l'état de situation présentée par l'employeur débiteur, à la demande des comptes de l'état de la procédure et des actes accomplis par le syndic. Les contrôleurs sont des personnes intervenant comme organe émanant des créanciers (un à cinq désignés parmi les créanciers non-salariés et un salarié) qui disposent d'un pouvoir général de contrôle et de surveillance¹⁰⁶ de la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation. Ils sont obligatoirement consultés au cours de la procédure de vérification des créances et à l'occasion de la réalisation des biens. Pour les travailleurs, la fonction de contrôleur constitue une véritable source d'informations, un droit de regard sur le déroulement des procédures et une mission de représentation de leurs intérêts. Le contrôleur salarié peut ainsi vérifier la conformité des créances salariales produites par le débiteur ou le syndic.

Lorsque les licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent et indispensable, le syndic consulte et informe par écrit les délégués du personnel et le contrôleur représentant le personnel des mesures qu'il a l'intention de prendre¹⁰⁷. Les délégués du personnel et le contrôleur émettent leurs avis et suggestions qui seront également envoyés à l'inspecteur du travail. En cas d'absence des lettres de consultations et les réponses y afférentes, la demande de licenciement peut être rejetée pour vice de procédure, sauf si les organes représentant les travailleurs n'ont pas répondu dans le délai de huit jours. Ces licenciements sont également subordonnés à l'autorisation du juge commissaire.

C. Le caractère impératif de l'article 80 du code du travail

L'article 80 du code de travail revêt un caractère contraignant, en ce qu'il est imposé par la loi, par opposition à la cession conventionnelle des contrats¹⁰⁸. Aussi, l'employeur substituant n'a pas d'autres choix, du moins dans un premier temps, que de maintenir

106 J-F. Martin, art. cit., p. 1223.

107 Art. 110 AUPCAP.

108 La distinction est importante, en ce qu'elle permet de comprendre certaines libertés accordées aux parties en cas de substitution conventionnelle dont ne peut prétendre les contractants soumis à une cession légale. Dans une cession conventionnelle des contrats, un contractant ne peut se voir imposer un nouveau contractant sans y avoir consenti (G. Chantepie et M. Latina, Op. Cit., p. 548).

tous les contrats de travail en cours. C'est par la force de la loi que le consentement des travailleurs n'est pas requis. La question se pose alors quant au sort des contrats conclus en considération de la personne de l'employeur (*intuitu personae*). Peut-on concevoir l'hypothèse d'une catégorie des contrats de travail échappant au régime de l'article 80 du code du travail? Les parties au contrat ont-elles la possibilité de déroger par une stipulation contractuelle à l'article 80?

1. Le caractère forcée du transfert des contrats de travail

Le contrat de travail gouverne un rapport de droit privé, entre l'employeur et le travailleur, lequel laisse une grande place à l'expression autonome de la volonté des parties. En droit du travail, cette volonté libre se manifeste notamment, pour le travailleur, par le droit de choisir son employeur. L'autonomie des parties trouve cependant des limitations à cause des règles impératives, motivées notamment, tel est le cas de l'article 80, par la protection la partie faible. Ainsi, le législateur a maintenu la relation de travail entre le nouvel employeur et les travailleurs en cas de substitution, indépendamment d'une convention existante entre les employeurs successifs et ne soumet pas telle convention à l'avis des travailleurs. Bien que cela ne soit pas rappelé dans les dispositions de l'article 80 du code du travail, il va de soi qu'une stipulation contractuelle contraire sera sanctionnée de nullité. Aussi, les clauses d'incessibilité, stipulant qu'en cas de transfert d'entreprise, les contrats de travail prennent fin, sont dépourvues de toute efficacité. Le transfert des contrats en cours s'impose de jure aussi bien aux employeurs qu'aux travailleurs, et la finalité protectrice de cet aspect social de droit du travail prend de l'ascendant sur la liberté contractuelle.

La cession forcée des contrats peut être judiciaire, décidée dans le cadre d'une procédure collective lors de la réalisation du plan de cession de l'entreprise. Cette cession forcée est également justifiée par le maintien de l'activité de l'entreprise, par conséquent s'en suit la préservation des relations de travail dans leur totalité.

Le travailleur tient plus au maintien de son contrat que l'employeur, parce que l'employeur a plus de facilité à remplacer un salarié qu'un salarié à trouver un autre employeur. Lors de la cession d'entreprise, les inquiétudes des travailleurs concernent leur avenir au sein de l'entreprise. Vont-ils être maintenus? y aura-t-il des réaffectations à la suite d'une réorganisation? vont-ils conserver les mêmes avantages financiers et sociaux? Au regard de ces doutes justifiés, les travailleurs doivent-ils être mis à l'écart du droit d'information pour motif que la loi a aménagé des mécanismes tendant à assurer leur protection?

En disant que tous les contrats de travail en cours au jour de la substitution subsistent, le législateur a voulu mettre en évidence le caractère d'ordre public de l'article 80, lequel s'impose indifféremment du type de contrat, y compris ceux conclus *intuitu per-*

sonae¹⁰⁹. Si l'intuitu personae est la cause du contrat du côté de l'employeur, la substitution n'a pas de conséquence juridique, le travailleur demeure le même. En ce qui concerne l'engagement intuitu personae du travailleur, il ne peut s'opposer à la cession de son contrat que par voie de démission. Le travailleur reste libre à mettre en œuvre sa propre faculté de résiliation unilatérale du contrat, mais ne peut pas faire barrage à la cession de l'entreprise ni au transfert de son contrat. Par ailleurs, l'article 80 a une portée générale et son caractère impératif ne contrevient pas à la volonté de se délier. La partie qui envisage de mettre fin au contrat doit se conformer aux conditions de fond et de forme en matière de rupture des contrats du travail.

II. Le maintien de plein droit des contrats de travail

Le législateur congolais a opté pour ce que l'on qualifie « d'application collective et automatique »¹¹⁰ du principe de maintien des contrats. Les parties au contrat de cession d'entreprise (l'employeur cédant et l'employeur cessionnaire) ne font qu'exécuter les obligations leur incombant en transférant les contrats de travail. Le consentement de l'employeur substituant est acquis au moment de l'acceptation de la cession de l'entreprise¹¹¹. Ce consentement préalable est acquis par le fait qu'il se propose librement comme repreneur de l'entreprise ou d'une branche d'activité¹¹². Ainsi ne se pose plus la question du refus du substituant à reprendre les contrats de travail.

Pour le personnel, le caractère forcé dépouille les travailleurs d'un moyen non-négligeable tendant à faire échouer le transfert de leurs contrats. L'absence de consentement des travailleurs trouve son fondement dans la loi elle-même. La cession est dans ce cas imposée par le législateur comme « moyen de préserver le lien contractuel en cours d'exécution »¹¹³. Le législateur a donc présumé qu'il dissipe toute situation d'insécurité juridique et économique du travailleur en le maintenant dans le lien contractuel, d'autant plus que les travailleurs sont extérieurs (tiers) à l'opération de cession d'entreprise. Contrairement à une cession conventionnelle, le consentement des travailleurs cédés n'est pas requis. La conséquence principale du maintien de plein droit des contrats est le transfert automatique de la relation de travail. L'exclusion du droit d'opposition revêt un intérêt particulier s'il s'avère que le précédent employeur est débiteur des arriérés de salaire. Les travailleurs sont dans leur droit de se questionner sur le caractère libératoire de l'acte de cession

109 Il en est de même en cas de cession judiciaire dans le cadre d'une procédure collective. « Le tribunal peut imposer la cession des contrats intuitu personae sans qu'il puisse y avoir d'opposition et ce choix est irrévocable » (Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 48).

110 Alain Supiot, « Les salariés ne sont pas à vendre », Droit social, 2006, p. 268.

111 « (...) un repreneur sérieux doit avoir étudié minutieusement les engagements dont il pourrait être tenu à l'issu de la cession » (Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 52); C'est qui vient confirmer le caractère accessoire de la cession des contrats du travail.

112 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 57.

113 G. Chantepie et M. Latina, Op. cit., p. 546.

d'entreprise. Il s'agit de définir le mécanisme de protection de la qualité de créancier des travailleurs. Dans sa qualité de cédant, l'employeur substitué est totalement libéré des dettes futures. Pour les créances antérieures à l'acte de cession, la préservation des liens contractuels laisse intact l'état des créances en ce que « la cession de contrat ne saurait avoir d'effet extinctif concernant les dettes nées antérieurement à la cession »¹¹⁴, aussi l'employeur substituant acquiert la qualité de débiteur même pour les arriérés de salaire; si l'on considère que la cession des dettes est comprise comme l'un des effets de la cession de contrat.

Tel est le cas de la société absorbante qui continue les activités de l'entreprise absorbée et est tenue de l'intégralité du passif qui en résulte. Les salariés sont dans leurs droits en assignant contre la société absorbante, nouvel employeur, pour les créances salariales, étant donné que cette dernière « peut être assignée en lieu et place de la société absorbée »¹¹⁵. Il en est de même en cas de scission. Une jurisprudence de la CCJA affirme que « si les articles 180 et 190 de l'AUSCGIE font un distinguo entre les opérations de fusion et de scission, il reste que ces deux opérations ont toutes deux pour conséquences juridique majeure la transmission à titre universel du patrimoine de la société, qui disparaît de ce fait, aux sociétés bénéficiaires »¹¹⁶. En l'absence de novation, les sociétés fusionnées restent pareillement tenues aux dettes respectivement contractées »¹¹⁷.

Dans le cas d'une cession conventionnelle, le cédé peut faire obstacle à la cession de son contrat par voie d'opposition¹¹⁸. L'article 80 du code du travail ne prévoit pas un droit d'information préalable au transfert des contrats ni un droit d'opposition après le transfert. Par ailleurs, les travailleurs n'étant pas partie à la cession d'entreprise, il est tout à fait logique de ne pas rechercher à leur égard quelconque consentement. La cession légale écarte toute hypothèse d'une autorisation des travailleurs. Une telle autorisation reviendrait à conditionner la validité du transfert des contrats à un accord des travailleurs. Cette dernière solution est quoiqu'il en soit difficile à mettre en œuvre dans la mesure où il faudrait requérir l'autorisation individuelle des travailleurs. La moindre des choses aurait été cependant de prévoir explicitement un droit d'information des travailleurs, compte tenu des effets de la cession sur la situation des salariés dont les contrats sont cédés. Dans ce cas, le droit d'information devrait se comprendre comme une simple formalité de renseignement et non comme une obligation entravant la transmission de leurs contrats ou à défaut de laquelle la transmission serait déclarée inopposable. Concernant ce dernier point, il convient de rappeler que ce n'est point le transfert de contrat de travail qui produit ses effets, mais plutôt la cession d'entreprise qui opère un changement de qualité d'employeur.

114 Aziber Seid Algadi, art. cit., p. 52.

115 Aff. Succession Johnson-Ansah, CCJA, 3^e Ch. n°226/2019 du 10 Octobre 2019.

116 Aff. Société SIFCA-CI c/Sissoko Aliou, CCJA, 2^e Ch., n°117/2015 du 22 octobre 2015.

117 Aff. Succession Johnson-Ansah, CCJA, 3^e Ch. n°226/2019 du 10 Octobre 2019.

118 « Le refus opposé par le cédé fait normalement obstacle à la cession de contrat, ce qui implique que le cédant est maintenu dans les liens contractuels jusqu'au terme convenu » (G. Chantepie et M. Latina, op. cit., p. 548).

L'article 80 du code du travail instaure un mécanisme de consentement unique, celui sur la cession de l'entreprise. L'acceptation de la cession de l'entreprise par le substituant vaut également acceptation de la suite. Il n'est nullement nécessaire d'exiger une acceptation spécifique aux contrats de travail. La cession des contrats de travail et la cession d'entreprise formant un tout indissociable, il convient d'assimiler à un refus des conditions de la cession d'entreprise le fait pour le substituant de ne pas vouloir reprendre certains travailleurs.