

PROPOS SUR LE DROIT DE GREVE DANS LA NOUVELLE CONSTITUTION DU SENEGAL

Henri-Joël TAGUM FOMBENO
Docteur d'Etat en droit
Conseiller Juridique à la Direction Générale de l'ASECNA
Consultant-Formateur en droit social

Le 07 janvier 2001 marque une étape importante dans la vie politique du Sénégal. Il consacre, en effet, la naissance d'une nouvelle Constitution très attendue par les Sénégalais. Les causes de cette attente s'expliquent non point parce qu'il fallait absolument réviser l'ancienne Constitution du 26 février 1970 qui somme toute, n'avait que 30 ans d'âge¹, mais bien parce que, circonstances obligeant, il fallait que le Président de la République récemment élu se donne non seulement les moyens pour réaliser sa politique, mais également parce qu'il fallait respecter un engagement électoral.

En effet, dans le « document programme » de la Coalition Alternance 2000(CA 2000)², document préfacé par Maître Abdoulaye WADE, leader et candidat de cette Coalition, il était souligné la nécessité « d'abroger la Constitution actuelle et de la remplacer par une nouvelle Constitution ». Cette nouvelle Constitution devrait établir un régime parlementaire, affirmer sans équivoque la laïcité de l'Etat, accroître les pouvoirs du Premier Ministre, etc. Tout au long de la campagne pour les élections présidentielles qui devaient le conduire à la magistrature suprême, le leader de la CA 2000 n'a cessé de défendre ce programme.

Une fois élu, il fallait que le nouveau Président de la République, Maître Abdoulaye WADE, respecte ses engagements électoraux. C'est ainsi que le 07 janvier 2001, il devait soumettre au peuple sénégalais une nouvelle Constitution adoptée avec une majorité écrasante par voie de référendum.

Il n'est nullement besoin d'insister sur la prise en compte ou non des engagements électoraux dans cette nouvelle Constitution, les politiques s'en chargeront. Déjà que, seulement le débat sur la nature du régime politique prévu dans cette nouvelle loi fondamentale divise les constitutionnalistes. Ce qui nous intéresse dans cette Constitution, c'est le droit de grève qui consacré par le Constituant de 1970 a été repris, mais avec un rajout qui n'est pas pour le moins anodin.

L'article 25 alinéa 4 de la nouvelle loi fondamentale qui consacre le droit de grève, est ainsi conçu :

-
1. Il convient de noter à cet effet, que la Constitution américaine(17 septembre 1787) est vieille de près de 214 années, celle de la France(04 octobre 1958) de près de 43 années.
 2. Il s'agit d'une coalition de plusieurs partis politiques qui s'étaient regroupés pour soutenir la candidature de Maître Abdoulaye WADE aux élections présidentielles du 27 février 2000(AJ/PADS, LD/MPT, PIT, etc.)

« Le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas ni porter atteinte à la liberté de travail, ni mettre l'entreprise en péril. »

La dernière partie de ce texte n'existait pas dans l'article 20 alinéa 3 de l'ancienne Constitution qui avait également consacré le droit de grève.

Ainsi, avec la Constitution du 07 janvier 2001, une nouvelle conception du droit de grève prend place au Sénégal. Et c'est sans doute ce qui suscite de nombreuses appréhensions au niveau des travailleurs et des syndicats. En effet, en tenant à la fois de consacrer le droit de grève et de réglementer son exercice, le Constituant de 2001 semble porter une atteinte sérieuse à ce droit.

La grève, on le sait, se définit communément comme un arrêt concerté et collectif du travail observé par les travailleurs dans l'entreprise pour obtenir la satisfaction des revendications professionnelles. En raison de l'extrême laconisme du législateur³, il est toujours revenu aux tribunaux d'énoncer, à partir des rares indications textuelles, les conditions de licéité qui président à l'exercice du droit de grève.

Ce n'est pas le lieu ici d'étudier le droit de grève en tant que tel.⁴ Notre propos se bornera, d'abord, à vérifier dans quelle mesure le droit de grève peut porter atteinte à la liberté du travail et quelles peuvent en être les conséquences (I), ensuite, à rechercher de quelle manière et à quel prix il peut mettre l'entreprise en péril (II).

I. LA GREVE ET LA LIBERTE DU TRAVAIL

Le Constituant de 1970 – repris par celui de 2001 – a, d'une certaine façon, consacré la liberté du travail parmi les droits et libertés fondamentaux, celui de prétendre à un emploi – auquel s'ajoute le droit de travailler.⁵ Il reste que ces formules n'ont pas le sens qu'elles suggèrent. Le droit de prétendre à un emploi n'existe pas comme une prérogative juridique. Il en est de même du droit de travailler qui n'est pas positivement contraignant.

Juridiquement, travailler est – et demeure – une simple faculté. Mais lorsque cette faculté se matérialise par l'accession à un emploi, la faculté de fournir effectivement la prestation promise lors de la conclusion du contrat de travail est assurée par l'élimination des obstacles susceptibles de s'opposer au déploiement de l'industrie. Et c'est sans doute dans ce même ordre d'idées que le Constituant

3. Voir notamment les articles L. 70, L. 225, L. 245 et L. 273 du Code du travail (dispositions générales)

4. Pour une étude détaillée de la question, voir notamment, Hélène SINAY et Jean-Claude JAVILLIER, *La grève*, tome 6 du *Traité de droit du travail* de G. H. CAMERLYNCK, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1984 ; R. LATOURNERIE, *Le droit français de la grève*, Paris, éd. Sirey, 1972 ; Bernard TEYSSIE, *Les conflits collectifs du travail, grève et lock-out*, Paris, Litec, 1981 ; Hélène SINAY, *Les méandres du droit de grève*, Mélanges M. DAVID, p. 407 ; S. DION-LOYE, *Le fait de grève*, thèse de Doctorat, Dijon, 1989.

5. Voir l'article 25 alinéa 1 de la Constitution du 07 janvier 2001

sénégalais prescrit que le droit de grève ne peut en aucun cas « porter atteinte à la liberté du travail ».

La grève étant une liberté individuelle exercée collectivement peut être partielle, majoritaire voire minoritaire. Ainsi, dans tout mouvement de grève, on observe généralement deux camps : le camp des grévistes et celui des non-grévistes qui souhaitent travailler. Dès lors, le problème de l'incidence de la grève sur la liberté du travail peut s'analyser d'une part, par l'atteinte à la liberté de travail des non-grévistes par les grévistes (A) et d'autre part, par l'atteinte à la liberté du travail des non-grévistes par l'employeur (B).

A./ L'ATTEINTE A LA LIBERTE DU TRAVAIL DES NON-GREVISTES PAR LES GREVISTES

C'est désormais un lieu commun de reconnaître que la grève constitue un phénomène sociologique qui, obéissant à sa dynamique propre, se laisse difficilement appréhender par la science juridique.⁶ La difficulté s'accroît encore avec les formes de lutte qui se sont récemment diversifiées, radicalisées (occupation des lieux de travail, blocage des machines, obstructions des locaux, ...).

Comme toute liberté, la grève offre aux travailleurs un choix. Et c'est sous la forme négative, à savoir ne pas travailler, que ce choix s'exerce. Les salariés qui ne voudraient pas se joindre à la grève n'ont pas à être empêchés. L'atteinte à la liberté du travail trouve illustration lorsque les participants au conflit s'opposent à la fourniture de leur travail par les non-grévistes.

Aussi, il convient tout d'abord de recenser les différentes formes d'atteinte à la liberté du travail (1) avant de s'appesantir ensuite, sur leur qualification (2).

1. LES DIFFERENTES FORMES D'ATTEINTE A LA LIBERTE DU TRAVAIL

De nombreux actes commis au cours de la grève sont susceptibles de porter atteinte à la liberté du travail. L'occupation des lieux de travail est longtemps apparue comme une manifestation de ce type.

L'occupation des lieux de travail peut revêtir plusieurs formes qui se rapprochent souvent des formes plus classiques de grève tels piquet de grève et grève sur le tas notamment. Aussi, une distinction entre ces trois notions paraît nécessaire si l'on veut éviter toute confusion dans la qualification de l'occupation des lieux de travail.

Le piquet de grève consiste dans la présence des grévistes à la porte de l'entreprise où se déroule le conflit collectif afin de dissuader leurs collègues ou camarades de travail de rejoindre leurs postes et de les inviter à se joindre au mouvement de grève. S'il s'agit tout simplement pour les grévistes d'informer leurs camarades et de les inviter à se joindre au mouvement, le piquet, sous cet aspect, est licite.

6. Yves SAINT-JOURS, « L'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève », D. 1974, chron. XXVI, p. 135.

S'il s'agit au contraire de faire obstacle à l'exercice de la liberté de travail, il est irrégulier. Selon la Cour de cassation française, constituée, par exemple, un tel agissement le fait pour les grévistes de former des barrages "au coude à coude sur toute la largeur de la rue pour empêcher les ouvriers et employés qui viennent prendre leur travail d'entrer à l'usine", et de s'être opposés en particulier "à l'entrée du responsable du dépôt qui devait assurer la distribution du lait aux hôpitaux, crèches et cliniques"⁷.

Ainsi, le piquet de grève doit rester extérieur à l'entreprise. C'est ce qui le distingue de l'occupation des lieux de travail.

La grève sur le tas consiste en l'occupation des lieux de travail par les grévistes pendant les heures de service. Selon Yves SAINT - JOURS, elle englobe, en réalité, deux situations distinctes : la grève sur place et la manifestation des grévistes à l'intérieur de l'entreprise⁸. La grève sur place suppose que les grévistes, après avoir cessé collectivement le travail, restent à leur poste en signe de manifestation. Encore faut-il que la manifestation des grévistes soit sans menaces ni violences.

Ainsi la grève sur le tas se distingue de l'occupation des lieux de travail par la durée. Si l'occupation des lieux de travail se prolonge en dehors des heures affectées normalement au travail et a pour effet d'empêcher les non-grévistes de travailler, les salariés qui y participent commettent une faute lourde.

En effet, la grève avec occupation des lieux de travail au sens étroit, comporte une présence de grévistes dans les locaux, non seulement pendant le temps normal de travail, mais de manière permanente pendant la durée du conflit. Il s'agit en quelque sorte d'une prise de possession des lieux normalement destinés au travail, en vue de rendre plus efficace la pression exercée sur l'employeur.

Mais un problème de fond peut être formulé ici. L'occupation de l'entreprise par les grévistes constitue-t-elle réellement une atteinte à la liberté du travail ?

2. LA NATURE JURIDIQUE DE L'OCCUPATION DES LIEUX DE TRAVAIL

La jurisprudence a eu recours à toute une constellation d'arguments juridiques allant de la faute au délit d'entrave à la liberté de travail en passant par l'atteinte au droit de propriété pour justifier l'illicéité globale de l'occupation des lieux de travail⁹.

L'occupation des lieux de travail constitue un obstacle au travail des salariés qui ne veulent pas se joindre au mouvement collectif. La liberté de travail des non-

7. Soc. 06 mai 1971, Bull. civ. V, n° 311, p. 287 ; Dr. soc. 1971. 544, note J. SAVATIER — Soc. 8 février 1972, D. 1972, 656, note J. SAVATIER.

8. Yves SAINT-JOURS, « L'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève », D. 1974, 28.

9. Voir la jurisprudence citée par E. PONSET dans sa note sous Nîmes, 12 févr. 1952, J.C.P. 1952, II, 6860.

grévistes est aussi respectable que la liberté de cesser le travail des grévistes. Il y a un droit de ne pas faire grève au même titre qu'un droit de faire grève.

De manière très tranchée, l'article L. 276 alinéa 4 du Code de travail dispose : « En aucun cas, l'exercice du droit de grève, ne peut s'accompagner d'occupation des lieux de travail ou de leurs abords immédiats, sous peine de sanctions prévues aux articles L. 275 et 279. »

Mais il convient de souligner que l'exercice de tout droit, et a fortiori du droit de grève, porte inévitablement préjudice au droit d'autrui. Aussi, si l'occupation des lieux du travail nuit aux non-grévistes, ce n'est là qu'une conséquence normale de l'exercice du droit de grève.

Même si l'article L. 276 suscité semble ne pas faire de distinction entre occupation illicite et licite, nous pensons pour notre part que le problème juridique consiste, en l'occurrence, à déterminer le seuil à partir duquel la grève occasionnée par l'occupation des lieux devient incompatible avec la liberté du travail des non-grévistes. Il ne s'agit pas, comme on l'a relevé dans nombre de décisions de savoir si l'atteinte à la liberté du travail résulterait de "la pression indirecte" constituée par l'occupation des lieux "même si les grévistes n'ont pas activement empêché les autres salariés d'effectuer leur travail"¹⁰.

Une telle jurisprudence, qui fonde l'atteinte à la liberté du travail sur la passivité des grévistes à l'égard des non-grévistes laisse perplexe. En effet, aux termes de l'article 392 du Code Pénal sénégalais¹¹, l'infraction d'entrave à la liberté du travail suppose des violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses utilisées pour amener ou maintenir une cessation concertée du travail.

Il apparaît dès lors que l'infraction ne peut être réalisée par de simples obstacles matériels apportés au travail des non-grévistes. Ainsi, la présence des grévistes sur les lieux de travail ne suffit pas à constituer l'infraction. Il faut des actes de violences ou d'intimidation, de nature à porter atteinte aux droits et libertés de non-grévistes, et à les dissuader, par crainte pour leur sécurité, de gagner leur poste de travail ou de s'y maintenir.¹²

Aussi, les grévistes peuvent bien demeurer dans l'enceinte de l'entreprise sans pour autant porter atteinte aux droits et libertés des non-grévistes. Dans ce cas, l'occupation ne peut qu'être licite.

En réalité, il est bien difficile dans la pratique de distinguer entre les actes d'occupation et ceux qui constituent des entraves à la liberté des non-grévistes. Et c'est peut-être pour cette raison que la jurisprudence française a tendance à assimiler comme fautifs tous les agissements des grévistes s'opposant au travail

10. Trib. grande inst. Nice. 27 mars 1970, Jur. soc. n° 292, p. 96.

11. Cet article a pour répondant dans le droit français l'article 414 du Code Pénal.

12. Jean SAVATIER, « L'occupation des lieux de travail », Dr. soc. 1988, p. 658.

d'autrui sans qu'il soit nécessaire que ces agissements réalisent l'infraction du délit d'entrave à la liberté du travail.¹³

Prenons par exemple le cas d'une grève au cours de laquelle les grévistes démontent certaines pièces de machines pour rendre celles-ci inutilisables. Ici, c'est moins l'occupation qui est considérée comme fautif que les mesures prises par les grévistes pour s'opposer au travail des non-grévistes en rendant le matériel de production inutilisable.

Le critère distinctif entre l'exercice normal du droit de grève et l'occupation accessoire des lieux de travail devait passer nécessairement par l'usage de menaces, violences, etc. des grévistes sur les non-grévistes. Pas de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses utilisées pour amener ou maintenir une cessation concertée du travail ; pas d'occupation abusive des lieux de travail !

L'occupation des locaux de travail devrait être considérée comme l'exercice normal du droit de grève. La grève est en effet, un instrument de pression. A cet égard, l'occupation des lieux de travail constitue dans le processus de la grève, un recours à l'opinion publique permettant de décupler la pression exercée sur l'employeur.

Pour terminer, il convient de relever que lorsque l'atteinte à la liberté du travail des non-grévistes est réalisée, ces derniers sont en droit de réclamer aux premiers une indemnité compensant le salaire perdu par suite de l'impossibilité d'exécuter leur obligation.¹⁴ Mais il faudrait au préalable s'assurer, outre de l'intervention personnelle du défendeur dans l'entrave à la liberté du travail, de l'impossibilité qu'elle a constituée, pour l'employeur, de fournir du travail aux non-grévistes.¹⁵

L'atteinte à la liberté du travail trouve également à s'appliquer lorsque l'employeur pratique un lock-out, en prévention ou en réaction à une cessation du travail par les salariés.

B./ L'ATTEINTE A LA LIBERTE DU TRAVAIL PAR L'EMPLOYEUR

Pendant la grève, un arrêt de production important est toujours catastrophique pour le chef d'entreprise. Non seulement l'image de l'entreprise est atteinte, mais les non-grévistes vivent mal cette situation. Il ne faut également pas oublier que l'entreprise court le risque d'une assignation en justice de la part des clients tout comme des fournisseurs.

13. Soc. 21 février 1978, Bull. civ., V, n° 127.

14. Cass. Soc. 3 mars 1983, Dr. soc. 1983, p. 368, Obs. Jean SAVATIER.

15. Gérard COUTURIER, *Droit du travail*, tome 2, *Les relations collectives du travail*, Paris, PUF, 1993, 2^{ème} éd., p. 413 et s.

Usant de son pouvoir de direction, le chef d'entreprise va donc s'efforcer de faire échec à la grève. Selon les circonstances, il optera pour une des deux voies qui lui sont ouvertes. Soit il mettra tout en œuvre pour poursuivre l'activité de l'entreprise malgré la grève, par exemple avec un personnel d'appoint ; soit au contraire il décidera de fermer complètement certains services ou ateliers, ou même parfois de cesser toute activité.

Cette dernière option – qualifiée de lock-out – constitue une atteinte à la liberté de travail des non-grévistes lorsque la mesure est prise préventivement pour briser une menace de grève ou en réponse à un mouvement de grève désorganisant l'entreprise. Dans ce cas, le lock-out décidé par l'employeur est illicite (1) et doit en conséquence être sanctionnée (2).

1. L'ILLICÉITE DU LOCK-OUT DÉCIDÉ PAR L'EMPLOYEUR

Le lock-out est la fermeture totale ou partielle de l'entreprise décidée par son chef à l'occasion d'un conflit collectif.¹⁶ Il se distingue ainsi de la mise à pied qui est une sanction disciplinaire – individuelle – alors que le lock-out est une mesure collective qui ne suppose pas nécessairement une faute de la part de ceux qui en sont l'objet – et de la mise à pied économique ou chômage technique qui est une mesure relevant du pouvoir économique du chef d'entreprise et survenant en dehors de tout contexte conflictuel.

Contrairement à la France, le lock-out n'est plus au Sénégal une arme en quête de légitimité.¹⁷ Jusqu'à l'avènement du Code de travail de 1997, c'était à travers la controverse doctrinale que la jurisprudence cernait le lock-out licite du lock-out illicite portant atteinte à la liberté du travail.¹⁸ Ainsi, était qualifié d'illicite tout lock-out préventif, agressif, d'intimidation ou concomitant à la grève.

Il y'avait lock-out préventif, agressif ou d'intimidation lorsque le chef d'entreprise fermait l'entreprise pour faire échec à une grève annoncée ou pressentie¹⁹. La décision de fermeture prise dès l'annonce du mot d'ordre de grève était illicite et constitutive de faute. En effet, l'employeur par cette décision, privait non seulement les salariés qui souhaitaient suivre ce mot d'ordre « d'un droit

16. Voir notamment sur cette question, Gérard LYON-CAEN, *Le lock-out*, Dr. ouvr., 1950, p. 55 ; E. SCHAEFFER, *Le droit de lock-out*, Dr. soc. 1957, p. 203 ; G. H. CAMERLYNCK, *La Cour de cassation et le lock-out en droit français*, Dr. ouvr., 1967, p. 150 ; A. RAMIN, *Le lock-out et le chômage technique*, Paris, L.G.D.J., 1977.

17. Voir H. SINAY & J. C. JAVILLIER, *op. cit.* p. 457 et s.

18. Sur les thèses en présence, Pour la licéité : BRUN & GAILLARD, *Droit du travail*, 2^e éd. Sirey 1978, tome 2, p. 507 ; R. LA TOURNERIE, *Le droit français de grève*, 1972, p. 251 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail*, Litec 1980, p. 607 ; A. RAMIN, *Le lock-out et le chômage technique*, L.G.D.J. 1977 ; Contra : G.H. CAMERLYNCK, « La Cour de cassation et le lock-out », D. 1960, chron. P. 211 ; G. LYON – CAEN, note D. 1965, p. 112 ; H. SINAY, note, D., 1973, p. 453 ; G. LYON – CAEN & J. PELISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, 1980, p. 63 ; H. SINAY, « Les conflits collectifs et l'argent », in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G. H. CAMERLYNCK, Paris, 1978, p. 304 ; J.C. JAVILLIER, *Droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2^e éd., 1981, n° 673 et s.

19. Soc. 24 janv. 1968, D. 68. 285.

constitutionnellement reconnu », mais également ceux qui ne souhaitaient pas suivre ce mot d'ordre de la fourniture du travail.

Quant au lock-out concomitant à la grève, c'était une mesure de pression tendant à prolonger l'arrêt de travail au-delà de la grève, à créer des dissensions dans le personnel en frappant les non-grévistes. La particularité de ce lock-out était de frapper nécessairement et uniquement les non-grévistes.

A cet égard, le lock-out constituait indéniablement une violation de l'exécution de l'obligation patronale de fourniture de travail aux salariés. Par la fermeture de l'entreprise, l'employeur se déroba soudainement, par décision de volonté unilatérale, à son engagement. Il commet en ce sens une faute contractuelle.

On comprenait mal en effet, que des salariés soient privés de travail et donc de salaire alors qu'ils n'étaient pas grévistes et ne demandaient qu'à travailler.

Le nouveau Code du travail a pris une orientation différente. Aux termes de son article L. 274, le lock-out déclenché « en violation des dispositions ci-dessus, est considéré comme illicite ».

Dorénavant, toute décision de lock-out doit être notifiée à l'inspecteur du travail ou le cas échéant au Directeur général du travail lorsque le conflit dépasse le ressort territorial d'une inspection régionale de travail. Il est fait application en priorité de la procédure conventionnelle de règlements des différents collectifs et, le cas échéant, l'échec de la tentative doit être porté sans délai à la connaissance de l'autorité devant connaître le conflit.

A défaut de la procédure de conciliation prévue par la convention collective ou en cas d'échec de la procédure, l'inspecteur du travail procède d'office à une tentative de conciliation. Dans les 48 heures qui suivent, en cas d'échec de la tentative de conciliation, l'employeur est libre après un dépôt de préavis de 30 jours au niveau des syndicats des travailleurs concernés de déclencher le lock-out.

Le lock-out est donc licite lorsqu'il est déclenché conformément à la procédure ci-dessus décrite. Dans le cas contraire, il est illicite.

Le législateur sénégalais semble avoir ainsi consacré le principe de « l'égalité des armes », déjà connu du droit allemand. Ce principe consiste à considérer la grève et le lock-out comme des épreuves de force qui permettent aux salariés et aux employeurs de lutter à armes égales dans les conflits collectifs.

Au-delà de cette analyse, il reste que la grève qui est la transposition des rapports de travail sur le plan collectif a pour but d'améliorer le statut des travailleurs et non de le rendre pire. Aussi, ce serait empirer la situation de ces derniers que de permettre à l'employeur, à travers le lock-out, de suspendre collectivement les contrats de travail des salariés. Ainsi, tant que le lock-out s'exerce sur des non-grévistes, la sanction frappe inévitablement des innocents.

2. LES CONSEQUENCES DU LOCK-OUT ILLICITE

Le lock-out constitutif d'une faute contractuelle n'entraîne ni rupture du contrat, ni même suspension du contrat puisque les travailleurs reçoivent le salaire des journées du lock-out.

D'abord l'employeur doit payer aux travailleurs les journées de travail perdues du fait du lock-out. Ensuite, l'employeur encourt une période de deux ans d'inéligibilité aux fonctions de membre de la chambre de commerce. Aux termes de l'article L. 275 du Code du travail, il lui est également interdit de faire partie d'une commission de recommandation ou d'un conseil d'arbitrage et de même de participer, sous une forme quelconque à une entreprise de travaux ou un marché pour le compte de l'Etat ou d'une collectivité.

La responsabilité de l'employeur est tout aussi engagée si le lock-out est postérieur à la grève. Immédiatement après la fin de la grève, si les perturbations ne mettent pas l'employeur dans l'impossibilité de reprendre les salariés, il y a lock-out et condamnation à paiement des salaires.²⁰

Il reste toutefois que cette solution de versement d'une indemnité équivalente aux salaires perdus du fait de l'attitude patronale – fautive sur le plan contractuel – est peu dissuasive. En effet, le paiement de cette somme n'intervient qu'après le conflit alors que l'employeur aurait dû la verser plutôt pendant le conflit.

II. LA GREVE ET LA SITUATION DE L'ENTREPRISE

Le droit de grève ne peut en aucun cas « mettre en péril l'entreprise ». Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Tel est le principe affirmé par l'article 25 alinéa 4 de la Constitution du 07 janvier 2001.

On observera que cette disposition est rédigée au présent de l'indicatif. Ainsi, on peut affirmer que le nouveau droit de la grève s'exercera à l'intérieur d'un système juridique qui existe déjà. Il doit donc se combiner avec les normes constitutives du système juridique d'ensemble.

Dès lors, c'est à partir du système juridique existant qu'il conviendra de s'interroger, d'une part, sur le contenu de la notion de péril encouru par l'entreprise (A) et, et d'autre part, sur son traitement (B).

A./ LA NOTION DE PERIL ENCOURU PAR L'ENTREPRISE

Le Constituant de 2001 a attribué un rôle essentiel à la notion de péril en affirmant que le droit de grève ne doit pas « mettre en péril l'entreprise ».

Déjà, il est très difficile de s'entendre sur le contenu de la notion de péril. D'après le vocabulaire juridique²¹, le péril caractérise une situation de danger imminent et grave, une situation à hauts risques qui menace une personne, un bien,

20. Soc. 08 janvier 1965, Bull. civ., V, n° 20, p. 15 ; J.C.P. 1965, II, n° 14438.

21. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Paris, Quadrige, PUF, p. 731.

la société et crée un état d'urgence. Il y adonc péril lorsque sa vie, sa santé ou ses intérêts sont menacés.

Et c'est d'ailleurs cette définition qui a été exploitée en droit pénal dans le délit de non-assistance à personne en danger²², lorsqu'il a fallu analyser le péril couru par une personne en danger. Et il suffit d'analyser la jurisprudence sur la question pour se rendre à l'évidence que la notion de péril varie suivant les cas.²³

Si l'on s'en tient à cette définition qui considère le péril comme toute menace aux intérêts de l'entreprise, la disposition de l'article 25 alinéa 4 in fine précité apparaît comme inadéquate, et reste imprécise dans le droit de grève. En effet, le droit de grève a pour but de compenser l'infériorité économique du salarié.²⁴ Toute tentative de limitation est réductrice et conduit à la suppression du droit lui-même.

Mieux toute grève n'a-t-elle pas, d'une certaine façon pour but de nuire à l'employeur et par ricochet à l'entreprise, faute de quoi, elle serait vouée à l'inefficacité ? Un mouvement revendicatif est précisément exercé dans le but de nuire. Il est donc difficilement soutenable que le travailleur exerce son droit de grève sans intention de nuire, sans que les intérêts de l'entreprise soient en péril. Car tel est toujours le cas.

La grève est source de préjudice et pour réussir elle doit l'être. Une grève « affadie » parce que respectueuse de la rentabilité de l'entreprise cesse d'être un moyen de pression efficace.²⁵

L'intention de nuire à l'employeur qui anime les grévistes comme le préjudice que cause la grève à l'entreprise sont inhérents au droit de grève lui-même.

Son exercice ne peut être jugé anormal que lorsque les conséquences sont exceptionnellement graves. Il faut qu'en raison des circonstances, il provoque un trouble totalement disproportionné à ce qui est nécessaire pour faire aboutir les revendications formulées. C'est notamment le cas des actes de violence contre les personnes, de dégradations des outils de travail.

Mais il convient de noter que ces actes commis au cours de l'exercice normal de la grève n'ont pas pour but de rendre celle-ci illicite. Les auteurs de ces actes doivent répondre individuellement de la commission de ces actes. A cet effet, l'employeur peut se prévaloir de l'atteinte à la liberté du travail ou de l'atteinte au droit de propriété.

22. Voir l'article 49 du Code Pénal sénégalais

23. Cass. Ch. Crim. 31 mai 1949, D. 49, 347, *Affaire GHESEIN* ; Bourges, 6 mars 1978, *Ministère Public et Tison c/ Reminiac*, D. 1956, p. 279 ; Besançon, 16 décembre 1975, D. 1976, p. 166 ; Cass. Ch. Crim., 23 mars 1953, *TRIAY*, D. 1953, p. 371 ; Cass. Ch. Crim., 17 février 1972, *Epoux Gilles*, D. 1972, p. 325.

24. M. PETTIT, « L'usage normal du droit de grève et la jurisprudence », DR. ouvr. 1976, p. 380 et s.

25. H. SINAY et J.-Cl. JAVILLIER, *La grève*, tome VI, Traité de droit du travail de G. H. CAMERLYNCK, Paris, Dalloz, 1984, n° 117.

Ainsi, comme la grève est, en principe licite, il faudrait une désorganisation d'ensemble, une véritable « ruine économique » pour que le péril soit constaté. De simples difficultés financières, même d'une certaine importance, ne sauraient suffire.

Et c'est à ce niveau que rejaillit d'autres problèmes non moins négligeables. Il faut noter que la frontière entre le normal et l'excessif reste trop indéfinie, d'où toute la difficulté à déterminer la limite à ne pas franchir par la grève.

Egalement, même si l'on admet que la grève ne doit pas mettre l'entreprise en péril, il reste qu'il faudra déterminer les critères d'appréciation du péril encouru par l'entreprise. Il est presque certain que ce péril devra être analysé à partir de la situation économique de l'entreprise.

Dès lors, il faut tout de suite relever que cela ne sera pas facile. En effet, très peu d'entreprises tiennent régulièrement une situation comptable pouvant fournir les éléments de base d'appréciation de la santé économique de celles-ci.

Certains pourront objecter que l'établissement obligatoire (voir article L. 220 du Code de travail) dans les entreprises de plus de 50 salariés d'un bilan social²⁶ récapitulant les principales données chiffrées de la situation sociale de l'entreprise dans le domaine social est de nature à régler le problème. Mais il reste que le bilan social n'est obligatoire que pour des entreprises de plus de 50 salariés. En plus le texte d'application auquel renvoie le Code du travail, à notre connaissance, n'est pas encore pris.

La notion de péril vient donc offrir une arme de plus à l'employeur pour faire face à la grève.

Aussi, édulcorer la grève, la « minorer » en ne la permettant qu'à la condition de ne pas mettre l'entreprise en péril, c'est tout simplement porter atteinte à l'exercice normal du droit de grève. Il faut donc s'attendre au développement d'un important contentieux judiciaire dans ce domaine.

B./ LE TRAITEMENT DU PERIL EN COURU PAR L'ENTREPRISE

Il appartient à l'employeur qui estime l'entreprise en péril à cause de la grève de saisir la justice afin qu'une solution soit trouvée. Cela pose sans nul doute des problèmes de procédure et de compétence.

La procédure de référé semble la mieux indiquée. En effet, elle permet de provoquer une intervention judiciaire dans le mouvement dont l'issue va grandement

26. Pour une analyse approfondie de la question, voir notamment : Isaac Yankhoba NDIAYE & Moussa SAMB, op. cit. - Adde, S. ALTER, « Le bilan social d'entreprise », Rev. prat. dr. soc. 1981, p. 341; J. DUMONT, Le bilan social, Dr. soc. 1978, p. 137 ; A. D. MAGGIO, J.-J. PASCAUD, R. PENALVA et J. PRUNEAUX, « Le bilan social des entreprises », Dr. soc. 1977, p. 147 et s. ; J.-P. LEROY, « Le bilan social d'entreprise », Rev. prat. dr. soc. 1989, p. 79 et s. ; H. MICNAUT, « Bilan social », in La Semaine sociale, Lamy, 1985, n° 286.

dépendre de l'appréciation « à chaud » de comportements auxquels l'employeur voudrait voir réagir le juge.

Et l'article 247 du Code de Procédure Civile semble militer dans ce sens dans la mesure où le juge des référés aux termes de cet article est compétent dans tous les cas qui requiert urgence.

La compétence du tribunal du travail est ici à exclure dans la mesure où on est en présence d'un conflit collectif. Et aux termes du Code du travail, les conflits collectifs ne relèvent pas de la compétence des tribunaux du travail.²⁷

C'est d'ailleurs à ce niveau que le pragmatisme devrait l'emporter sur l'application stricte du droit. Il est en effet inutile de s'adresser à la justice s'il y a espoir d'obtenir la reprise du travail par les grévistes et par ricochet la fin des agissements ou actes mettant en péril l'entreprise.

Il peut également arriver que le juge mette du temps pour rendre son ordonnance. En fonction de la nature du conflit ou de son ampleur, le juge pourra commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. Il ne peut se limiter à faire droit purement et simplement à la demande du chef d'entreprise.

En plus, il serait vain d'obtenir du juge une ordonnance d'injonction mettant fin à la grève, si on doit se heurter à des difficultés de la faire exécuter. Il n'est pas sûr d'ailleurs que les grévistes acceptent de se plier à l'injonction du juge des référés, surtout lorsque le conflit a pris une certaine ampleur.

Dans ce cas, les violences qui risqueraient d'accompagner l'intervention des forces de police ne seront pas de nature à apaiser le conflit et à faciliter la reprise du travail.

Au-delà de toutes ces considérations, il faut relever l'affirmation du pouvoir des juges d'apprécier le caractère raisonnable des grèves et d'intervenir a priori dans une grève pour l'interdire, au lieu de se borner à contrôler a posteriori sa licéité. Aussi, on n'aurait pas tort de craindre le développement des demandes patronales en référé visant à obtenir l'interdiction du déclenchement ou de la poursuite d'une grève destinée à soutenir des revendications que l'employeur estime qu'elles mettent en péril l'entreprise.

Au regard de tout ce qui précède, une intervention législative serait nécessaire pour éviter une réglementation de la grève par le juge. En effet, la jurisprudence a l'inconvénient comme il a été démontré d'arriver trop tard. En plus, la grève une fois terminée, les salariés ne seront pas toujours prévenus à l'avance de ce qu'ils pourront licitement faire ou ne pas faire si on se situe dans le « case law ».

A défaut d'indications dans les textes, les solutions jurisprudentielles ne pourraient, par hypothèse, être relativement stables que si elles se référaient à une

27. Voir les articles L. 229 et suivants du Code de travail

conception elle-même suffisamment ferme du droit de grève. Mais tel n'est pas le cas.

Au terme de cette analyse, il apparaît qu'avec le Constituant de 2001, le droit de grève se trouve substantiellement limité. Poser des règles est plus facile que les faire respecter. Cette nouvelle réglementation du droit de grève risque d'être condamnée à être inefficace, inappliquée. En ce domaine, interdire c'est à la limite provoquer.

Par ailleurs, on peut douter de l'opportunité d'une réglementation ou d'une restriction. Peut-être le Constituant a-t-il voulu éviter certaines grèves dites sauvages, irrégulières.²⁸ Mais les titulaires du droit de grève avaient-ils besoin d'une disposition constitutionnelle pour le leur rappeler ? Ces derniers savent en effet, mieux que quiconque que la grève qui se heurte à l'hostilité de l'opinion, s'autodétruit, et lèse les intérêts des grévistes eux-mêmes.

28. Lors d'une interview à Radio France Internationale, le professeur Demba SY, l'un des rédacteurs de la Constitution du 07 janvier 2001, semblait affirmer que cette disposition de l'article 25 alinéa 4 in fine avait été prise pour éviter la répétition des grèves comme celles qu'avaient connues la SENELEC et qui s'étaient accompagnées d'une menace de destruction du matériel nécessaire au fonctionnement de l'entreprise. Que dire alors de l'atteinte au droit de propriété ?