

CHAPITRE II : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL.

A l'image du contrat civil, le contrat de travail obéit à des conditions de forme et de fond. Le non-respect de ces conditions peut entraîner la nullité du contrat. De même d'autres conséquences peuvent en découler.

Mais l'originalité du contrat de travail a conduit le législateur à créer de nombreuses dérogations aux principes civilistes.

Section I : Les conditions générales de validité du contrat de travail.

L'article 29 alinéas 2 du Code du travail de 2008 pose le principe de la libre conclusion des contrats de travail en disposant que « le contrat de travail est conclu librement et est constaté dans les formes convenues par les parties contractantes... ». Toutefois le même article et l'article 32 apportent des dérogations au caractère consensuel du contrat en introduisant des formalités pour certains d'entre eux.

C'est surtout les conditions de fond du contrat de travail qui présentent une grande similitude avec le contrat civil.

Paragraphe 1 : Les conditions de fond.

Elles sont relatives aux consentements des parties, leurs capacités, l'objet du contrat et sa cause.

A-) Le consentement des parties.

C'est l'accord de volonté donné pour la formation du contrat par chacune des parties. Il doit être donné librement, et exempt de tout vice de consentement, que sont l'erreur, le dol et la violence.

B-) La capacité des parties.

La capacité en droit est l'aptitude à être titulaire de droits et à pouvoir les exercer.

Une distinction doit être faite entre la capacité de l'employeur et celle de l'employé.

- La capacité de l'employeur : l'employeur doit être une personne majeure c'est-à-dire être âgé de 20 ans ou émancipé par le mariage. Il ne doit pas être frappé d'une déchéance.

- La capacité du travailleur : le code du travail en son article 152 stipule que l'âge minimum d'accès à tout type d'emploi ne doit pas être inférieur à 16 ans (abstraction faite des majeurs incapables qui ne peuvent pas conclure un contrat). A partir de l'âge de 16 ans les enfants et les adolescents peuvent s'engager librement, contracter avec un employeur sans avoir besoin

de l'autorisation des parents ou du tuteur. Les seules restrictions ne concernent que les travaux interdits.

Quant à la femme mariée, elle a la capacité de contracter seule sans l'avis de son époux (article 295 du code des personnes et de la famille).

C-) L'objet.

C'est essentiellement la fourniture de « services » moyennant rémunération. L'objet ne doit pas être contraire à l'ordre public. Exemple faire travailler une femme dans une mine souterraine. De même est contraire à l'ordre public les contrats conclus au mépris des interdictions éventuelles édictées par l'article 32 du Code du travail de 2008. Ledit texte dispose que « le ministre chargé du travail, à titre exceptionnel et pour des raisons d'ordre économique ou social et notamment dans l'intérêt de la santé ou de l'hygiène publique, peut, après avis de la commission consultative du travail, limiter ou interdire certaines embauches dans des zones données par voie réglementaire ».

D-) La cause.

La cause est le mobile déterminant qui a conduit les parties à signer le contrat. Elle ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Exemple : l'embauchage de sa concubine.

Paragraphe 2 : Les conditions de forme.

Elles sont relatives à l'écrit, la déclaration. La preuve est le corollaire de l'écrit.

A-) L'écrit et la déclaration.

Le contrat de travail peut être écrit ou verbal : C'est le principe de liberté des parties.

De nombreuses exceptions sont apportées à ce principe par les articles 55,56 et 57 du code du travail.

Ainsi l'article 55 dispose que « le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit.

A défaut, il est réputé être un contrat de travail à durée indéterminée ».

La combinaison des articles 56 et 63 du code de travail de 2008 conduit à répertorier deux (2) cas pour lesquels le contrat de travail, au-delà de l'écrit sous seing privé, est soumis aux formes plus solennelles de l'enregistrement et du visa.

Il s'agit :

- D'une part, du contrat à durée déterminée ou indéterminée des travailleurs nationaux nécessitant leur installation hors du territoire national.

- du contrat à durée déterminée ou indéterminée concernant un travailleur non national.

Nota : Pour ces deux cas, non seulement le contrat doit être écrit mais aussi les formalités suivantes sont nécessaires :

- Le contrat doit être visé par le ministre du travail ;
- Il doit être enregistré par l'agence nationale pour la promotion de l'emploi (ANPE) ;
- Le travailleur devra avoir auparavant effectué une visite médicale.

Il revient à l'employeur de solliciter le visa du ministre du travail dans les 30 jours qui suivent le début d'exécution du contrat de travail. C'est une formalité substantielle, et la non sollicitation ou le refus du visa entraîne la nullité du contrat.

Enfin selon l'article 46 du code du travail « les formes et modalités d'établissement du contrat de travail et de l'engagement à l'essai sont fixées par voie réglementaire par le ministre chargé du travail, après avis de la commission consultative du travail ». Cette disposition invite, d'une manière générale à réglementer les formes du contrat de travail.

B-) La preuve du contrat de travail.

Elle peut être faite par tous moyens (testimonial, littérale, présomptions, l'aveu...). Toutefois cette liberté de preuve est écartée dans les cas où l'écrit est obligatoire (articles 55,56 et 63 du code du travail de 2008).

Dans tous les cas le juge cherchera à savoir s'il y a lien de subordination juridique ou pas pour qualifier le contrat.

Section II : Les contrats particuliers ou prévoyant des clauses particulières.

Il s'agit essentiellement de l'essai et du stage probatoire. La durée du contrat est également une des clauses particulières objet de nombreux contentieux entre les parties.

Paragraphe 1 : Le contrat à l'essai.

Au sens de l'article 41 du code du travail, « il y a engagement à l'essai lorsque l'employeur et le travailleur, en vue de conclure un contrat de travail définitif, verbal ou écrit, décident au préalable d'apprécier, notamment, pour le premier la qualité des services du travailleur et son rendement et pour le second, les conditions de travail, de vie, de rémunération, d'hygiène et de sécurité ainsi que le climat social de l'entreprise ».

L'engagement à l'essai, dit l'alinéa 2 du même texte, doit être obligatoirement constaté par un écrit. En l'absence d'écrit le contrat est réputé définitif.

La convention collective interprofessionnelle du 9 juillet 1974 en son article 12 régit la durée de l'engagement à l'essai selon les catégories professionnelles. Elle a été reprise par l'article 42 du CT, qui fixe la durée de l'essai à :

- 08 jours pour les journaliers ;
- 01 mois par les employés autres que les cadres, les agents de maîtrise, techniciens et assimilés ;
- 03 mois pour les cadres, les agents de maîtrise, les techniciens et assimilés.

NB : L'engagement à l'essai ne peut être renouvelé qu'une seule fois et pour la même durée.

Pendant la période de l'essai, chaque partie peut rompre le contrat si elle s'estime insatisfaite (aptitude du travailleur, conditions du travail) sans payer des dommages et intérêts ou indemnités pour rupture de contrat.

Cependant la rupture avec intention de nuire, ou légèreté blâmable peut être qualifiée d'abusive, et exposer le responsable au paiement de dommages et intérêts. Il en est de même lorsque la rupture n'est pas motivée par des griefs à caractère professionnels.

Pendant cette période également, l'employé perçoit au moins le salaire minimum de la catégorie professionnelle correspondant à l'emploi occupé.

A la fin de cette période d'essai, le contrat devient définitif si aucune partie n'exerce la faculté de résiliation.

Cette résiliation peut être assortie d'une période de préavis dans la conclusion du contrat.

Paragraphe 2 : Le stage probatoire.

Il est réglementé par la convention collective interprofessionnelle du 9 juillet 1974. En effet l'article 14 de la convention dispose que : « L'engagement définitif pour des emplois exigeant une très haute qualification ou comportant des responsabilités particulières pourra être soumis à un stage probatoire d'un an si le travailleur n'a jamais occupé lesdits emplois ». Il se rencontre plus dans la fonction publique. Le travailleur peut être licencié pendant le stage probatoire, soit pour une faute lourde, soit pour insuffisance professionnelle mais dans le second cas il faut un préavis d'un mois. Pendant le stage probatoire, le travailleur doit recevoir au moins le salaire minimum de la catégorie professionnelle dont relève l'emploi à pourvoir (poste à occuper).

Paragraphe 3 : La durée du contrat.

Traditionnellement on distingue deux types de contrat de travail.

Le contrat de travail à durée déterminée (A) et le contrat de travail à durée indéterminée (B).

A ces deux types, on peut ajouter le contrat à temps partiel (C).

A-) Le contrat de travail à durée déterminée.

Aux termes de l'article 49 du code du travail de 2008, « le contrat de travail à durée déterminée est le contrat de travail dont le terme est précisé à l'avance par la volonté des deux parties.

Sont assimilés à un contrat à durée déterminée :

- 1) Le contrat de travail conclu pour l'exécution d'un ouvrage déterminé, la réalisation d'une entreprise dont la durée ne peut être préalablement évaluée avec précision ;
- 2) Le contrat de travail dont le terme est subordonné à la survenance d'un événement futur et certain dont la date n'est pas exactement connue ».

On distingue alors trois types de contrats à durée déterminée :

a) le contrat à terme fixe et connu d'avance par les parties.

Exemple : le contrat de date (1er octobre ou 31 décembre).

b) le contrat lié à l'exécution d'un ouvrage déterminé (chantier, marché) ou d'une entreprise déterminée (un voyage maritime).

c) le contrat dont le terme est lié à la survenance d'un événement futur et certain : le contrat conclu pour remplacer une personne malade qui viendrait à mourir.

Le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit. A défaut, il est réputé être un contrat de travail à durée indéterminée.

Le contrat à durée déterminée n'a pas la faveur du législateur qui estime qu'on ne doit y recourir qu'exceptionnellement.

Aussi, l'article 59 du code du travail de 2008, interdit le recours au contrat de travail à durée déterminée pour remplacer définitivement un travailleur dont le contrat est suspendu par suite d'un conflit collectif. Cette interdiction vaut également pour les contrats à durée déterminée conclus pour effectuer des travaux particulièrement dangereux, sauf autorisation expresse de l'inspecteur du travail du ressort.

L'article 66 alinéa 1er du code travail de 2004, édictait une troisième interdiction à savoir qu'il n'était pas possible de conclure un contrat de travail à durée déterminée pour pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Cette dernière interdiction n'a pas été reprise par le code du travail de 2008. Doit-on en déduire que dorénavant, l'employeur a la possibilité de conclure des contrats de travail à durée déterminée dans ce domaine ? Les interprétations futures de la jurisprudence nous situeront.

S'agissant du terme maximal du contrat de travail à durée déterminée, l'article 54, alinéa 1 du code du travail de 2008 dispose que « le contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu pour une durée supérieure à deux (2) ans pour les travailleurs nationaux et à trois (3) ans pour les travailleurs non nationaux ».

Au - delà de ces limitations, le législateur pose, à travers le code du travail de 2008, le principe de la non limitation du recours aux contrats à durée déterminée. En effet l'article 52 du code du travail de 2008 dispose que : « Le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable sans limitation sauf cas d'abus laissé à l'appréciation de la juridiction compétente ». L'article 54, alinéa 2 du même code renchérit en disposant que « le contrat de travail à durée déterminée abusivement renouvelé se transforme en un contrat à durée indéterminée, sauf dans les cas prévus à l'article 53 ci-dessus. ». L'article 53 du code énumère les cas suivants :

- Le travailleur engagé à l'heure ou à la journée pour une occupation de courte durée ;
- Le travailleur engagé en complément d'effectif pour exécuter des travaux liés à un surcroît d'activités de l'entreprise ;
- Le travailleur engagé en remplacement provisoire d'un travailleur de l'entreprise en suspension légale de contrat de travail telle que définie par l'article 93 ci-dessous ;
- Le travailleur saisonnier ;
- Le travailleur engagé par les entreprises relevant des secteurs d'activités dans lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat du travail à durée indéterminée.

Il en résulte que la seule limite prévue est l'abus dans le recours à ce type de contrats de travail. Encore que cet abus est laissé à l'appréciation de la juridiction compétente.

La question se pose alors de savoir à partir de quel nombre le renouvellement peut être considéré comme abusif et transformer le contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée ?

La jurisprudence future nous le dira.

Le législateur Burkinabé fait mention de deux (02) types particuliers de contrat à durée déterminée : le contrat journalier et le contrat saisonnier.

a- Le contrat journalier, est défini comme tout emploi pour lequel le travailleur engage ses services à l'heure ou à la journée pour une occupation de courte durée n'excédant pas une journée et est payé chaque jour durant la période du contrat.

Donc l'occupation doit être de courte durée ; et le travailleur payé chaque jour durant la période du contrat. A défaut le contrat est réputé à durée indéterminée à la limite un contrat saisonnier.

Le contrat journalier s'assimile à ce que l'on appelle le travail occasionnel ou à la tâche dans lequel le travailleur est occasionnellement embauché pour une tâche précise de courte durée qui peut ne pas être d'une journée.

b- le contrat saisonnier, est celui pour lequel le travailleur engage ses services pour la durée d'une campagne agricole, commerciale, industrielle ou artisanale dont le terme est indépendant de la volonté des parties. Il est considéré comme un contrat à durée indéterminée, s'il est renouvelé de façon abusive. Le renouvellement abusif, dit l'article 52 du code du travail de 2008 est laissé à l'appréciation de la juridiction compétente. Mais le contrat de travail saisonnier qui se poursuit au-delà de la campagne se transforme en contrat de travail à durée indéterminée (article 50 alinéa 3 du code du travail de 2008).

B-) Le contrat de travail à durée indéterminée.

C'est un contrat dont le terme n'est pas fixé par les parties au moment de sa conclusion. Il est défini par l'article 62 du code du travail de 2008 comme « le contrat de travail conclu sans précision de terme ». Le contrat à durée indéterminée peut cesser à tout moment par la volonté de l'une des parties sous réserve de préavis donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture.

La forme écrite n'est pas nécessaire, et il n'est pas soumis à la formalité du visa de l'inspecteur du travail, sous réserve des dispositions des articles 56 et 63 du code du travail.

Sa rupture peut intervenir à tout moment sous réserve d'existence de « causes réelles et sérieuses » et en respectant les délais de préavis.

C-) Le contrat à temps partiel.

Le contrat de travail à temps partiel, dit l'article 47 du code du travail de 2008, est le contrat dont la durée d'exécution est inférieure à la durée hebdomadaire légale, c'est-à-dire inférieure à 40 heures par semaine.

Il est rémunéré au prorata du temps de travail effectivement accompli.

Il peut être à durée déterminée ou indéterminée.

Section III : Les contrats assimilés au contrat de travail.

Sont assimilés au contrat de travail bien que leur objet ne soit pas la fourniture de prestation de travail contre rémunération mais l'acquisition d'une formation, le contrat d'apprentissage (A) et le contrat de stage (B).

Paragraphe 1 : Le contrat d'apprentissage.

Le contrat d'apprentissage, dit l'article 13 du code du travail de 2008, est "le contrat par lequel une personne, appelée maître, s'oblige à donner ou à faire donner une formation professionnelle méthodique et complète à une autre personne appelée apprenti... ». L'apprenti s'oblige en retour à se conformer aux instructions qu'il recevra et à exécuter les ouvrages qui lui seront confiés en vue de son apprentissage".

La différence entre contrat de travail et contrat d'apprentissage réside dans la contrepartie de la prestation de travail qui n'est pas la rémunération mais la formation reçue.

Toutefois, il n'est pas exclu que l'apprenti soit rémunéré dans la mesure de sa contribution à la production.

L'apprentissage peut être fait dans le tas, ou organisé suivant la réglementation.

Le contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit sous peine de nullité. Il doit être rédigé en langue française et si possible dans la langue de l'apprenti. Il doit être soumis au visa du Ministre du travail et enregistré à l'ANPE.

Le contrat d'apprentissage est exempt de tout droit de timbre et d'enregistrement.

Le ministre chargé du travail, après avis de la commission consultative du travail, détermine par voie réglementaire :

- Les conditions de forme et de fond, les obligations des parties, les effets du contrat d'apprentissage ;
- Les catégories d'entreprises dans lesquelles est fixé un pourcentage d'apprentis par rapport au nombre des travailleurs ;
- L'organisme chargé de l'organisation de l'examen de fin d'apprentissage et les conditions d'agrément ;
- Les conditions d'évaluation de fin d'apprentissage.

Paragraphe 2 : Le contrat de stage.

Il peut être classé parmi les contrats assimilables au contrat de travail, par sa proximité avec le contrat d'apprentissage. Il a été institué en vue de favoriser la promotion de l'emploi et la formation professionnelle.

Il est défini par l'article 11 du code de travail de 2008, comme « une convention par laquelle, un maître de stage s'engage à donner ou à faire donner à une personne appelée stagiaire, une formation professionnelle pratique ».

L'objet du contrat de stage est de faire acquérir au stagiaire une expérience et des aptitudes professionnelles pour faciliter son accès à un emploi et son insertion dans la vie professionnelle.

Il doit être rédigé par un écrit en langue officielle sous peine de nullité.

Les autres conditions de forme et de fond, les obligations des parties et les effets du contrat de stage seront, dit l'article 12 alinéa 3 du code, réglés par voie réglementaire par le ministre chargé du travail après avis de la commission consultative du travail.