

CALCUL DES DOMMAGES - INTERETS EN CAS DE LICENCIEMENT ABUSIF DANS LE CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE

Par **NSOLOTSHI MALANGU**

Assistant d'Université et AVOCAT

Contacts : +243 821 970 865

solbena78@gmail.com

INTRODUCTION

En droit commun de la responsabilité civile, le principe qui régit l'évaluation des dommages-intérêts (D.I.) ; c'est la proportionnalité du montant des D.I. aux préjudices subis par la victime¹ ; c'est-à-dire les DI doivent couvrir nettement les préjudices, sans plus ni moins.

En cas de licenciement abusif d'un travailleur engagé à durée indéterminée, le préjudice subi ici est principalement la perte de l'emploi et des avantages qu'il procurait. Pourtant, dans ce domaine on déplore encore aujourd'hui comme hier, la tendance à l'exagération des dommages - intérêts alloués par les juges et l'absence de proportionnalité et égalité dans les dédommagements des travailleurs par rapport aux critères objectifs d'appréciation : les droits acquis, l'âge et l'ancienneté des travailleurs.²

La cour Suprême de justice avait décidé que « *tout jugement qui alloue de façon arbitraire des dommages-intérêts sans indiquer les éléments d'appréciation, devrait être cassé dans toutes ses dispositions* »³. L'article 63 al1 du code du travail énonce que « (...) *le travailleur a droit à des dommages-intérêts fixés par le Tribunal du travail, **calculés** en tenant compte notamment de la nature des services engagés, de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, de son âge et des droits acquis à quelque titre que ce soit* ».

En dépit de ces dispositions légales qui imposent le calcul, et non l'estimation des dommages – intérêts pour licenciement abusif, on peut

¹ La cour de Cassation française utilise la formule suivante : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ».

² Kalongo Mbikayi, « Problème des jugements iniques », in revue de Droit congolais, n°003/2000, pp 8-9

³ RC 235 du 29 août 1979, BA 1979, p.240, jurisprudence reprise par MUKADI BONYI, Litiges individuels du travail, chronique de jurisprudence 1980 – 1995 ; collection information juridique, Kin, 1997, p. 67

noter avec le professeur KALONGO MBIKAYI que « *l'examen attentif de la jurisprudence révèle que dans la pratique ces critères (d'appréciation des DI) ne permettent pas de fixer plus objectivement les dommages-intérêts. Le juge les cite et s'y réfère comme pour la forme mais il ne justifie pas toujours comment, par ces éléments, il aboutit concrètement à tel ou tel chiffre précis* ». ⁴

Mais à l'heure actuelle, ni la doctrine, ni la jurisprudence et moins encore la loi elle-même, n'ont pas dégagé une formule générale de détermination de ces dommages-intérêts par combinaison des critères retenus dans l'article précité. N'est-il pas possible de dégager une telle formule, susceptible d'encourager le dédommagement proportionnel et logique des travailleurs abusivement licenciés, à partir de critères énumérés à l'article 63 du code de travail précité ? Nous pensons que cela est possible ; et c'est cela l'objet de la présente étude.

Cependant nous n'allons pas aborder le calcul des dommages-intérêts dans le contrat de travail à durée déterminée parce que, cette hypothèse ne soulève aucun problème particulier de lors que le législateur énonce clairement que ces dommages-intérêts correspondent au montant de la rémunération pour le temps du contrat restant à courir⁵.

De même, nous n'allons pas faire cas ici du calcul de décompte final qui, malgré le fait qu'il est habituellement demandé en même temps avec les DI, constituent une réalité juridique à part entière.⁶

Cependant dans le contrat de travail à durée indéterminée ; nous distinguerons le calcul des dommages-intérêts pour licenciement abusif en cas d'irrégularité de fond d'une part, et en d'irrégularité de forme d'autre part.

⁴ Kalongo Mbikayi, Op.cit, p.9

⁵ Article 70 du code du travail de la RDC

⁶ Le calcul du décompte final fait objet d'une autre réflexion élaborée par nous dans un autre article séparé.

I. CALCUL DES DOMMAGES ET INTERETS POUR LICENCIEMENT ABUSIF EN CAS D'IRREGULARITE DE FOND

I.1. NOTIONS DE LICENCIEMENT ABUSIF AVEC IRREGULARITE DE FOND

Le licenciement d'un travailleur est une décision unilatérale de l'employeur par laquelle, il met fin au contrat du travail qui le liait au travailleur.

Le législateur n'admet le licenciement du travailleur que pour 3 (trois) motifs qu'il énumère limitativement à l'article 62 al 1 du code du travail. Cet article énonce que : « *le contrat à durée indéterminée ne peut être résilié à l'initiative de l'employeur que pour un motif valable lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur sur les lieux de travail dans l'exercice de ses fonctions ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* ».

Cet article retient donc trois motifs valables de licenciement quant au fond :

1. ***l'inaptitude professionnelle du travailleur*** : c'est l'incapacité physique et ou intellectuelle pour le travailleur, à exercer son emploi. Le travailleur inapte n'est plus en mesure d'accomplir son travail avec satisfaction généralement admissible. C'est les cas par exemples, d'un travailleur enseignant qui ne peut plus écrire au tableau parce qu'il est devenu aveugle ; de celui qui engagé comme directeur, a perdu ses facultés mentales ou même de celui qui est engagé pour un travail intellectuel, mais qui ne peut pas ou ne peut plus lire et ou écrire par l'effet de la maladie ou de la nature (vieillesse). Etc.

Serait donc fondamentalement irrégulier, le licenciement pour inaptitude alors que le travailleur n'accuse pas l'insuffisance lui reprochée par l'employeur. Il en est de même lorsque l'employeur ne peut prouver

l'inaptitude qu'il impute à son travailleur, car la charge de la preuve du motif de licenciement lui incombe, même s'il est défendeur en justice.⁷

2. la faute ou inconduite du travailleur : elle est entendue comme une erreur de conduite⁸ qu'un travailleur normal n'aurait pu commettre. Il peut s'agir soit, d'un acte de négligence ou d'imprudence sérieuse, contraire à la loi ou au règlement de service et qui préjudicie à la bonne marche de l'entreprise (retard, absence, distraction et négligence au travail, ...); soit encore d'une faute lourde; c'est-à-dire, manquement délibéré en vue d'attenter à la personne, au patrimoine ou au personnel de l'entreprise et pour lequel l'employeur ne peut plus lui faire confiance⁹ (vole, injure, coups volontaire, ...). Tout licenciement pour fait qui ne constitue pas une faute (plainte contre l'employeur en justice, grève régulière, revendication syndicale, ...), est fondamentalement abusif. Il en est de même du licenciement avec prétention de faute du travailleur qui n'est cependant pas établie ou prouvée par l'employeur. Il est de jurisprudence constante que « *lorsque l'employeur n'a pas apporter la preuve des faits ayant motivé le licenciement, il y a doute quant à la faute invoquée, par conséquent ce licenciement est abusif* ».¹⁰

3. la nécessité de fonctionnement ou raison économique. La nécessité de fonctionnement devient un motif valable de licenciement lorsque la productivité ou la restructuration de l'entreprise oblige de supprimer ou de fusionner le poste d'un travailleur. Dans ce cas, le travailleur sera licencié pour une raison purement économique à conditions d'obtenir certains accords préalables des autorités publiques (l'inspecteur du travail pour le licenciement économique non massif, le ministre de l'emploi en cas de licenciement massif)¹¹. Ainsi, le licenciement pour de raisons de fonctionnement qui ne sont pas établies selon les réalités de l'entreprise ; est fondamentalement abusif.

⁷ Lire la note infra-paginale n°10 ci-dessous

⁸ CSJ, RC 009 du 28/12/1998 cité par Ruffin LUKOO MUSUBAO, La Jurisprudence congolaise en Droit du Travail et de la Sécurité sociale, éd. ON S'EN SORTIRA, Kin, 2006, p.90

⁹ Léo, 29/12/1957, RJCB 1958, p. 148 ; cité par Ruffin, op.cit, p.94

¹⁰ CA Kin, RTA 1555 du 26/04/1988. CA. Kin/Gombe RTA 3517 du 07/11/1996. TGI LIKASI, RT 007 d'octobre 2002. Tous, in Ruffin LUKOO MUSUBAO, Op.cit, PP 145 et 226

¹¹ L'Arrêté ministériel n° 12/Cab.Min/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs

En somme, tout licenciement doit être fondé au moins sur l'un de ces trois motifs (dûment établi) pour être régulier quant au fond ; autrement le licenciement devient abusif et donne au travailleur, droit aux dommages-intérêts.

I.2. RECHERCHE D'UNE FORMULE DE CALCUL DES DOMMAGES INTERETS

Le raisonnement dans la recherche de formule de calcul des dommages – intérêts pour licenciement abusif de fond doit se faire à partir des éléments ou critères énumérés par le législateur du code du travail lui-même.

En effet, l'article 63 al 1 et 2, énonce que « ... *le travailleur a droit à des dommages-intérêts fixés par le Tribunal du travail **calculés** en tenant compte notamment de la nature des services engagés, de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, de son âge et des droits acquis à quelque titre que ce soit. Toutefois le montant de ces dommages-intérêts ne peut être supérieur à 36 mois de sa dernière rémunération* ».

1. OBLIGATION DE CALCULER CES DOMMAGES –INTERETS

Il ressort des dispositions de l'article précité que le dommage intérêt pour tout licenciement abusif doit être calculé et non déterminé forfaitairement. Par le verbe « **calculer** » employé par le législateur il faut entendre « une opération mathématique (addition, division, multiplication, et ou soustraction) permettant de déterminer un nombre ou une valeur mathématique quelconque »¹². En conséquence le juge qui fait droit à la demande des dommages – intérêts doit chiffrer les éléments légaux d'appréciation retenus par la loi et en suite opérer le calcul lui-même pour déterminer les dommages-intérêts à allouer au demandeur. Il ne peut pas se borner à conclure que « *à défaut des éléments d'appréciation le juge statue ex aequo et bono* » (en son âme et conscience) alors qu'il n'a fourni lui-même aucun effort pour chiffrer ces éléments d'appréciation et opérer le calcul.

C'est encore illégale, la pratique consistant pour le juge à répéter simplement qu'il a tenu compte de tel et tel élément d'appréciation mais sans effectuer réellement un calcul pour la détermination des dommages-intérêts.

¹² Dictionnaire Français, sur <http://wiktionary.org>

2. LES ELEMENTS GENERAUX A CONSIDERER DANS LE CALCUL DES DOMMAGES - INTERETS

Dans les dispositions de l'article 63 précité, les éléments à tenir compte dans le calcul des dommages-intérêts sont les suivants :

- a) **La nature des services rendus et les droits acquis par le travailleur.** Economiquement, la nature des services rendus se traduit par les avantages que les services procurent aux travailleurs. C'est ainsi que, selon leurs natures ou catégories, les emplois ont des salaires différents dans les entreprises et mêmes dans le tableau des salaires minima interprofessionnels garantis. Ainsi les droits acquis (chaque mois) par le travailleur représentent aussi dans le calcul la nature de services rendu par lui. Et l'ensemble des droits patrimoniaux acquis par le travailleur en contre partie de ses services rendus, s'appelle « **rémunération** ». L'article 7 du code du travail point h, la définit comme « *la somme représentative de l'ensemble des gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par les dispositions légales et réglementaires qui sont dus en vertu d'un contrat de travail, par un employeur à un travailleur* ». Donc les droits acquis comme l'un des éléments de calcul des Dommages-intérêts, correspond pratiquement à la rémunération du travailleur concerné. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 63 précité qui fixe le maximum des Dommages – intérêts pour licenciement abusif, parle de (36 mois de) la dernière **rémunération**. Toutefois, cette rémunération spécifique d'un travailleur doit comprendre également les sommes et valeurs de biens reçus ponctuellement à titre d'avantages sociaux (allocation familiale, aliments, transport, logement, ...) s'ils sont convenus ou imposés par un règlement. Car la raison pour laquelle le législateur les exclus, à l'article 7/h alinéa 3, de la liste générale des éléments de la rémunération, c'est parce qu'ils sont circonstanciels et non généraux. Mais s'ils sont convenus ou imposés pour être payés

ponctuellement au travailleur, ils deviennent des éléments de sa rémunération, selon la définition même de celle-ci, et constituent de ce fait, les droits acquis au sens de l'article 36 al 1 du code du travail congolais.

Si le travailleur pour qui on veut calculer les DI n'a pas eu un même montant de rémunération (mensuelle) depuis son engagement jusqu'à son licenciement, il sera tenu compte de la dernière rémunération en date, payée par son employeur ; ou s'il n'avait pas encore été payé, de ce qu'aurait dû être légalement, sa rémunération mensuelle.

Toutefois, si la rémunération payée par l'employeur est inférieure au salaire minimum interprofessionnel garanti, on tiendra compte dans le calcul des dommages – intérêts, du salaire légal et non de celui effectivement payé par l'employeur sinon le juge consoliderait cette violation du salaire minimum prévu par la loi.

Ce montant de la rémunération doit être déclaré contradictoirement par le travailleur. A défaut des documents probants produits par l'employeur, il sera tenu compte des déclarations du travailleur étant donné que le législateur impose à l'employeur seul l'obligation de tenir le livre du décompte de paiement¹³.

Donc, la valeur de la dernière rémunération mensuelle exprime à la fois, la nature des services rendus et les droits acquis par le travailleur au cours d'un mois de service.

- b) **L'âge du travailleur.** L'âge est un élément important dans le calcul du dommage intérêt pour licenciement abusif dans la mesure où le préjudice subi en cas le licenciement varie en

¹³ Art 103 du code de travail

fonction de l'âge du travailleur licencié. En effet, selon les réalités du marché de l'emploi, une personne moins âgée a plus de chance de retrouver un autre emploi qu'une personne plus âgée. Un homme de 15 ans, celui de 25 ans et un autre de 60 n'ont pas la même chance d'emploi ; n'ont pas le même préjudice en cas de licenciement abusif et par conséquent ne peuvent pas avoir droit au même montant des dommages-intérêts si l'on tenait compte de leur âge seulement. Il serait normal que les DI alloués à chacun en soit proportionnel ; si les autres éléments de calcul restent les mêmes. Par ailleurs, l'âge dont il est question ici, c'est l'âge physique tel qu'il ressort des pièces d'identité, des actes de notoriété, des renseignements ou des déclarations du travailleur non contestée par son ex-employeur ; et ce, en se plaçant au jour du licenciement, moment à partir duquel le préjudice est enregistré et les DI quérables. Cet élément âge s'exprime en année ; et la charge de sa preuve, incombe au travailleur qui peut l'établir par toute voie de droit. Par ailleurs, l'employeur peut apporter toute preuve contraire avec les pièces du travailleur en sa possession ou disponibles à l'état civil.

- c) **L'ancienneté du travailleur licencié.** Au fait l'ancienneté dans l'entreprise ne se confond pas avec l'âge du travailleur. Il peut arriver que le moins âgé soit recruté avant le plus âgé, ainsi le premier aura plus d'ancienneté que le second. La question est plutôt celle de savoir l'impact de l'ancienneté dans le préjudice subi par le travailleur abusivement licencié et en suite dans le calcul de dommages-intérêts. En effet, celui qui a fait longtemps dans une entreprise est très psychologiquement lié à celle-ci que le nouveau recruté. Autrement dit l'ancien est plus moralement préjudicié que le moins ancien, en cas de licenciement abusif. En outre, il est plus injuste de licencié à tort un ancien qu'un nouveau, en ce

sens que le premier a déjà plus enrichi l'entreprise que le second. Il est donc normal d'en tenir compte dans le calcul de dommages-intérêts pour licenciement abusif. Cette ancienneté se compte en année : de la date d'engagement à la date du licenciement. On considère le jour (à défaut, le mois ou l'année) d'engagement ou d'entrée en vigueur du contrat de travail et celui de la notification de la décision du licenciement. Etant donné que les écrits attestant ces dates sont imposés à l'employeur, le travailleur sera cru sur parole si l'employeur n'apporte pas de preuve contraire.¹⁴

- d) **Le maximum des dommages-intérêts.** Pour le législateur, quand bien même il faut tenir compte des éléments précités dans le calcul des dommages-intérêts, le montant de ces DI ne peut cependant pas dépasser 36 mois de la dernière rémunération du travailleur licencié. Il s'en suit que, quelque soit la formule à appliquer, si le montant des DI trouvé dépasse 36 de la dernière rémunération de ce travailleur, il sera réduit à cette proportion.

Il y a lieu de noter que les éléments de calcul des DI énumérés à l'article 63 sous analyse, sont les importants et d'ordre général. D'autres éléments envisageables tels que *la rareté de la catégorie d'emplois perdus par le travailleur, la vulnérabilité du travailleur, ...* peuvent aussi aggraver le préjudice et être considéré dans le calcul des dommages – intérêts en cas de licenciement abusif ; cependant, il ne s'agit là que des éléments particuliers qui ne sont plus fréquents ou influents sur le marché d'emploi actuellement. Ainsi trouvons-nous superflu de considérer les éléments particuliers dans cette recherche de formule générale de calcul des dommages-intérêts pour licenciement abusif de fond. En outre l'existence de ces éléments particuliers pouvant aggraver le préjudice et faire augmenter les dommages-intérêts pour licenciement abusif de fond n'annule pas le calcul du des DI en général. En ce sens que l'on ne peut tenir compte de ces éléments particuliers qu'après

¹⁴ Articles 44 et 76 du code du travail

avoir déterminé la valeur générale des DI dus, en la majorant d'un pourcentage correspondant au son coefficient de difficulté de chaque élément particulier.

N'étant pas significatif dans le marché d'emploi actuellement, nous ne suggérons pas la prise en compte des éléments particuliers pour ne pas ouvrir la brèche à l'arbitraire et à l'injustice, que l'on cherche pourtant à éviter.

3. RAISONNEMENT ET FORMULE DE CALCUL DES DI

Rappelons que les DI pour licenciement abusif de fond, doivent tenir compte généralement : 1) de la dernière rémunération mensuelle du travailleur abusivement licencié, 2) de l'âge de ce travailleur, 3) de son ancienneté dans l'entreprise et 4) du maximum fixé par la loi.

Nous pensons qu'il faut raisonner que, en consacrant le maximum de DI à 36 mois de la dernière rémunération, le législateur veut implicitement que le travailleur abusivement licencié avec irrégularité de fond ait droit à ces 36 mois de la DRM, si le travailleur compte aussi le maximum possible d'ancienneté et d'âge. Autrement dit, le travailleur n'aura 36 mois de sa dernière rémunération que s'il a l'âge maximum d'un travailleur en général ; c'est-à-dire, l'âge moyen de retraite, et le maximum normal d'ancienneté pour un travailleur qui se respecte. L'article 38 du DÉCRET-LOI organique sur la sécurité sociale du 29 juin 1961¹⁵ fixe l'âge de retraite à 65 ans pour l'homme et 60 ans pour la femme, soit en moyenne 62 ans (en prenant $\frac{65+60}{2} = \pm 62 \text{ ans}$), comme maximum d'âge moyen pour un travailleur raisonnable. Par ailleurs le maximum normal d'ancienneté est de 46 ans si l'on peut considérer que l'âge minimum de recrutement en RDC est de 16 ans en principe¹⁶ (62 ans en moyenne pour retraite, moins 16 ans minimum de recrutement = 46 ans expriment la durée d'ancienneté moyenne que l'on peut faire dans l'entreprise). Si l'on additionne l'âge maximum avec l'ancienneté maximum, on aura une valeur théorique de 108 ans (62 ans d'âge max. + 46 ans d'ancienneté max.). Cela nous permet de formuler que : le travailleur n'aura 36 mois de dernière rémunération que si l'âge du travailleur + son ancienneté = 108.

¹⁵ Article 10 de l' O.-L. n°68-491 du 20 décembre 1968

¹⁶ Article 6 du code de travail

Pour que les $DI = DRM \times 36$ mois ; il faut que

$(\hat{A}ge+anc.) = (\hat{a}ge\ maximum + anc.\ Maximum)$;

Ou que : $\frac{\hat{a}ge+anc}{\hat{a}ge\ max. + anc.max} = 1$

Or tout nombre multiplier par 1 = ce nombre

En ce sens que : $DRM \times 36 = DRM \times 36 \times 1$

Donc $DI = DRM \times 36 \times \left(\frac{\hat{a}ge+anc.}{\hat{a}ge\ max.+anc.max}\right)$

Comme $(\hat{a}ge\ max. +anc\ max.) = 108$

Le $DI = DRM \times 36 \times \left(\frac{\hat{a}ge+anc.}{108}\right)$ ou $DI = \frac{DRM \times (\hat{a}ge+anc.)}{3}$

Par ailleurs la variable : $\left(\frac{\hat{a}ge+anc}{108}\right) \times 36$ mois ; ou $\frac{\hat{a}ge+anc}{3}$; donne **le nombre de mois** de la dernière rémunération mensuelle (DRM) que le travailleur doit bénéficier à titre des DI pour licenciement abusif de fond ; avec cette incidence que, si $\frac{\hat{a}ge+anc}{108}$ est égal (ou supérieur) à 1, le travailleur a droit au maximum des DI c'est-à-dire, à 36 mois de sa dernière rémunération (Car 1×36 mois = 36 mois).

En définitive, les Dommages et Intérêts pour licenciement abusif de fond

$(DI) = \mathbf{DRM} \times \left(\frac{\hat{a}ge+anc}{108}\right) \times 36.$ ou $DI = \frac{DRM \times (\hat{a}ge+anc.)}{3}$

Nous pouvons faire observer qu'en dépit du fait que les valeurs maximales retenues dans cette formule sont variables dans le temps et dans l'espace, le raisonnement peut néanmoins être adapté dans la formule générale :

$DI = \frac{\text{droits mensuels acquis} \times \text{Nbre de mois maximum} \times (\hat{a}ge+anc.)}{(\hat{a}ge\ maximum + anc.maximum)}$

Quelques illustrations sont nécessaires pour apprécier la proportionnalité et la justice de cette formule.

4. QUELQUES ILLUSTRATIONS

I. KASONGO et NYUNGA, sont engagés le même jour, le 14 septembre 1994 dans une entreprise et ont reçu au dernier mois, des rémunérations, respectivement de 100.000FC et 135.000FC. A la date de leur licenciement sans motif valable, le 29 août 2015, ils sont tous âgés de 40 ans.

Calcul des DI pour licenciement abusif de fond

DIFFERENTES VALEURS	KASONGO	NYUNGA
5. Dern. Rém. Mensuelle	100.000FC	135.000FC
6. Âge (au jour du licenciement)	40 ans	40 ans
7. Ancienneté dans l'entreprise	20 ans	20 ans
8. D.I.	$DRM \times \frac{(\text{âge} + \text{anc})}{3}$ $100.000 \times \frac{(40 + 20)}{3}$ $= \mathbf{2.000.000 \text{ FC}}$ <p style="text-align: center;">Soit</p> <p style="text-align: center;"><i>20 mois de sa dernière rémunération</i></p>	$DRM \times \frac{(\text{âge} + \text{anc})}{3}$ $135.000 \times \frac{(40 + 20)}{3}$ $= \mathbf{2.700.000 \text{ FC}}$ <p style="text-align: center;">Soit</p> <p style="text-align: center;"><i>20 mois de sa dernière rémunération</i></p>

Ces deux travailleurs bien qu'ils ont le même âge et la même ancienneté, leurs D.I. sont différents au prorata de leurs rémunération. Sur un total 4.700.000FC à payé comme total des DI, KASONGO a droit à 2.000.000FC soit 42,5% et NYUNGA a 2.700.000FC, soit 57,5%. Cela est juste parce que sur 235.000 FC au total que l'employeur leur payait par mois ; KASONGO touchait 100.000FC représentant 42,5% tandis que NYUNGA avait 135.000FC représentant 57,5%. Le nombre de mois obtenu par chacun est aussi raisonnable dans la mesure où ils ont tous un âge avancé et une ancienneté considérable mais pas le plafond pour mériter le maximum des dommages-intérêts. Ils ont reçu chacun, environ 56% de 36 mois de leurs dernières rémunérations parce que la somme de l'âge et ancienneté de chacun, est à une proportion de 56% également ($\frac{40+20}{108}$, donne environ 56 % aussi). Dans ces conditions, la logique du législateur est bien respectée : ces montants de DI tiennent compte à la fois de la nature des services et différents droits acquis, ainsi que de l'âge et de l'ancienneté de chacun d'eux. Ce raisonnement est correct même en cas de différence d'âges ou d'ancienneté entre différents travailleurs abusivement licenciés.

II. Supposons qu'avec les mêmes données de l'exemple précédent, KASONGO avait 40 ans et NYUNGA 60 ans mais ayant tous la même rémunération de 105.000FC/par mois, et la même ancienneté de 20 ans dans l'entreprise.

Calcul des DI au jour du licenciement

- Les DI. pour KASONGO serait de : $105.000 \times \left(\frac{40+20}{3}\right) =$

2.100.000FC soit 20 mois de sa dernière rémunération,

- Les DI. pour NYUNGA serait de : $105.000 \times \left(\frac{60+20}{3}\right) =$

2.800.000FC soit environ 27 mois de sa dernière rémunération.

Cette situation est conforme à la logique du législateur qui veut que les DI soient proportionnels notamment à l'âge dans la mesure où le premier a la somme d'âge et ancienneté de $\frac{60}{108}$ soit 56 % tandis que le deuxième, a $\frac{80}{108}$ soit environ 74 %. Cela est proportionnel dans ce sens que sur le maximum légal de 36 mois de la dernière rémunération (soit $36 \times 105.000\text{FC} = 4.900.000\text{FC}$ pour chacun) ; le premier avec 2.100.000FC, a donc obtenu 56% $\left(\frac{2.100.000}{4.900.000}\right)$, tandis que le second avec 2.800.000FC, a donc obtenu 74% $\left(\frac{2.800.000}{4.900.000}\right)$, du maximum légal. Cette formule est encore correcte même lorsqu'il y a différence d'âge et d'ancienneté en même temps entre deux ou plusieurs travailleurs.

III. Supposons que deux travailleurs, MUKILE ET MUITAMBE ont une même rémunération de 210.000FC au dernier mois, et sont licenciés le premier après avoir totalisé une ancienneté de 30 ans dans l'entreprise avec 48 ans d'âge tandis que le second, totalise 5 ans d'ancienneté avec 55 ans d'âge.

Calcul des DI en se situant au jour de licenciement de chacun :

MUKILE : $210.000 \times \left(\frac{30+48}{3}\right) =$

5.460.000FC soit 26 mois de sa dernière rémunération mensuelle.

MUITABE : $210.000 \times \left(\frac{5+55}{3}\right) =$

4.200.000FC soit 20 mois de sa dernière rémunération mensuelle.

On se rend compte dans ce cas que MUKILE a plus de mois de sa dernière rémunération parce que parce que la somme des années de son âge avec celles de son ancienneté est plus grand que la somme des années d'âge et d'ancienneté de MUITABE ; et cela est proportionnel par rapport au maximum légal de 36 mois de la dernière rémunération. Pour avoir plus de mois de la dernière rémunération à titre des DI, il faut avoir plus d'années d'âge et d'ancienneté ou tout au moins une plus grande somme de ces deux éléments.

Cependant, il ne faut pas conclure qu'il suffit d'avoir une plus grande somme d'âge et d'ancienneté pour avoir un montant des DI plus élevé. Encore faut-il que la valeur de la dernière rémunération mensuelle soit significative.

IV. Supposons que dans l'exemple précédent MUKILE touchait le montant de 210.000FC tandis que MUITAMBE 315.000FC/chaque mois, les autres données restant égales par ailleurs.

Calcul des D.I. en se plaçant au jour du licenciement de chacun

$$\text{MUKILE : } 210.000 \times \left(\frac{30+48}{3}\right) =$$

5.460.000FC soit **26** mois de sa dernière rémunération mensuelle.

Donc les mêmes résultants que dans le cas précédent.

→ MUITABE : $315.000 \times \left(\frac{5+55}{3}\right) = \mathbf{6.300.000FC}$ soit également **20** mois de sa dernière rémunération mensuelle. Le nombre de mois de MUITABE est inférieur à celui de MUKILE, mais celui-là, a plus d'argent des DI que MUKILE compte tenu simplement de la valeur de sa dernière rémunération mensuelle qui est plus élevée que celle de son collègue.

Somme toute, conformément aux critères d'appréciation retenus par le législateur, le DI pour licenciement abusif de fond peut être déterminé selon la formule suivante :

$$\text{Dernière Rémunération mensuelle} \times \left(\frac{\text{Nbre d'années d'âge} + \text{Nbre d'années d'ancienneté}}{108}\right) \times 36$$

ou

$$\frac{\text{DRM} \times (\text{âge} + \text{anc.})}{3}$$

5. VERIFICATION DE LA FORMULE DANS LES CAS EXTREMES

On peut également vérifier si cette formule peut s'appliquer dans quelques cas extrêmes, notamment :

- en cas d'ancienneté = 0 an ;
- en cas d'âge et/ou d'ancienneté trop avancé ramenant la somme de ces deux éléments, au-delà de 108 considérés comme maximum.

A. Vérification de la Formule au Cas où l'ancienneté du Travailleur = 0 An.

Il arrive parfois que le travailleur soit licencié abusivement au cours de la première année de recrutement, soit après quelques jours, semaines ou mois sans avoir totalisé une ou plusieurs années d'ancienneté. Cette situation rend-elle la formule sus-dégagée, raisonnable ?

La réponse est positive. Dans ce cas en effet, le nombre de mois de la dernière rémunération à obtenir comme dommages-intérêts, dépendra de l'âge du travailleur seulement.

Considérons dans un premier temps, le cas d'un travailleur le moins âgé qui soit : 15 ans. Car, En tout état de cause, on ne peut être engagé comme travailleur légalement, en RDC qu'à partir de l'âge de 15 ans, à peine de nullité du contrat.¹⁷

Exemple : Mademoiselle MUSAWU Mélanie né le 09/07/2000, est recrutée comme travailleuse le 10/05/2015 et est licenciée 3 mois après, le 12/08/2015 sans aucun motif valable alors qu'elle a touché 180.000FC comme rémunération pour le dernier mois.

Calcul de DI de la demoiselle MUSAWU Mélanie en se plaçant au jour de son licenciement.

Données : Âge = 15 ans ; DRM = 180.000FC ; anc. = 0 ans.

¹⁷ Article 6 du code de travail arrête la capacité de contracter comme travailleur à partir de 16 ans, il admet exceptionnellement qu'un enfant de 15 ans peut être engagé pour les emplois légers et avec autorisations de ses parents et approbation de l'inspecteur du travail territorialement compétent.

- Lire aussi NSOLOTSHI MALANGU et consorts, « Licenciement pour cause de nullité du contrat de travail », in les cahiers de l'UOM, n°4, vol I, septembre 2012, pp. 161-169

$DI = DRM \times \left(\frac{\text{âge} + \text{anc.}}{3}\right)$ soit $DI = 180.000 \times \left(\frac{0+15}{3}\right)$; → **900.000 FC** soit **5** mois de sa dernière rémunération. Ce volume des DI est en fait raisonnable. Il est donc impossible que le travailleur ayant zéro ancienneté, n'ait droit à aucun Dommage Intérêt lorsqu'il a été licencié abusivement quelque soit son jeune âge. Aussi longtemps qu'il est impossible d'avoir un travailleur avec 0 an d'âge, il est également impossible d'avoir un travailleur avec 0 FC des DI par manque d'ancienneté dans l'entreprise. Cette proportion de 5 mois de la dernière rémunération pour un travailleur de 15 ans et sans ancienneté, nous paraît logiquement acceptable, au lieu de se laisser aux arbitraires des juges qui se complaisent généralement à accorder des DI selon leur gré. L'autre avantage de cette formulation, c'est l'égalité des DI pour les travailleurs ayant les mêmes éléments d'appréciation. Pour une même rémunération, même âge et même ancienneté les travailleurs abusivement licencié auront, le même montant des DI. Ainsi, le risque d'arbitraire des juges sont quasiment exclus.

Par ailleurs, lorsque le travailleur qui n'a que 0 ancienneté est déjà vieux, le montant des DI en dépendra aussi en toute proportionnalité comme déjà expliqué plus haut. Considérons que dans l'exemple précédent, Madame MUSAWU Mélanie serait née en 1955 (donc âgée de 60 ans au jour du licenciement) et que les autres données sont restées les mêmes par ailleurs.

Données : Âge = 60 ans ; DRM = 180.000FC ; anc. = 0 ans.

$DI = 180.000 \times \left(\frac{0+60}{3}\right)$; → **3.600.000 FC** soit **20** mois de sa dernière rémunération mensuelle. Cela nous semble encore raisonnable dans la mesure où la valeur des DI est élevée mais n'atteint pas du tout le maximum, aussi longtemps que le travailleur n'a aucune ancienneté.

B. Le Cas où l'âge et l'ancienneté sont trop avancés

Il peut aussi arriver rarement que la somme d'âge et ancienneté du travailleur, dépasse la valeur de 108 ans que nous avons retenu comme le maximum, au quel cas le travailleur devrait avoir, selon notre formule, plus de 36 mois de sa dernière rémunération. Dans ce cas, selon la volonté du

législateur, l'on réduira le montant des DI au maximum légal de 36 mois de la dernière rémunération, parce que ces dispositions de la loi sont impératives.

L'on peut imaginer, le cas d'un travailleur licencié sans motif valable à l'âge de 72 ans alors qu'il comptait une ancienneté de 50 ans par exemple, dans une entreprise où il a touché 400.000FC comme dernière rémunération mensuelle. D'abord, pareils nombres d'années sont généralement rares d'une part, et d'autre part, elles ne sont pas conforme à la loi sur la sécurité sociale et à la politique d'emploi tant pour l'Etat que pour les entreprise qui visent, en principe, la propulsion de la jeunesse, la sécurité des emplois et le meilleur rendement économique.

Qu'à cela ne tienne, si cette situation arrivée, les DI seraient calculés de la manière suivante :

DI: $400.000 \left(\frac{50+72}{3} \right) = \mathbf{16.266.666FC}$, soit environ 41 mois de la dernière rémunération. Cependant, étant donné que le législateur limite, les DI à 36 mois de la dernière rémunération au maximum, ce montant doit être réduite à cette proportion (soit $36 \times 400.000FC = \mathbf{14.400.000FC}$) pour se conformer à la volonté de la loi.

Cette solution ne réduit en rien l'importance de la formule trouvée parce que d'un coté ces genres d'hypothèses sont tellement rares et anormales ; et de l'autre coté, elle ne constitue qu'une limitation légale fictive et non mathématique.

Certes, législateur n'a fait qu'une estimation d'équité et non un quelconque calcul. D'ailleurs seule la formule comme envisager dans cette réflexion peut permettre de revoir ou de modifier ce maximum légal de nombre de mois, sur base des données de statistiques judiciaires. Si par exemple, on arrivait au constat que selon les réalités judiciaires, plusieurs aurait pu bénéficier plus de 36 de leurs dernières rémunérations, selon la formule sus-dégagée, cela permettra au législateur de revoir son plafonnement.

Donc la formule, $D.I = D R M \times \left(\frac{\text{âge+ancienneté}}{3}\right)$; convient mieux pour calculer les DI Dommages et intérêts en cas de licenciement abusif avec irrégularité de fond.

Il ne sera pas cependant ainsi, pensons – nous, lorsqu’il s’agit des licenciements abusifs pour seules irrégularités de forme, c’est-à-dire par la seule inobservance de certains délais et formalités que la loi impose à l’employeur dans les cas où les motifs sont valables.

II. CALCUL DES DOMMAGES INTERETS POUR LICENCIEMENT ABUSIF EN CAS D’IRREGULARITE DE FORME

II.1. NOTIONS D’IRREGULARITES DE FORME DANS LE LICENCIEMENT

Le législateur a imposé plusieurs formalités à suivre lorsqu’il y a, au fond, un motif valable de licenciement. Certaines de ces formalités sont générales, c’est le cas notamment :

- ***De l’obligation faite à l’employeur de notifier au travailleur le licenciement par écrit et d’y indiquer le motif.*** En effet, l’Article 76 du code du travail dispose que « *toute résiliation du contrat doit être notifiée par écrit par la partie qui en prend l’initiative à l’autre partie. Lorsque la résiliation intervient à l’initiative de l’employeur, la lettre de notification doit en indiquer expressément le motif* ». Sur base de ces dispositions, un licenciement notifié verbalement est irrégulier en la forme. Il en est de même d’une décision de licenciement qui n’est pas notifiée du tout au travailleur ou d’une lettre de notification de licenciement qui ne mentionne pas le motif pour lequel le licenciement est entrepris.

D’autres formalités par contre, sont simplement particulières, notamment :

- **L’octroi du préavis** au travailleur par l’employeur qui a pris l’initiative de licencier, lorsque la cause du licenciement n’est pas une faute lourde. Selon les dispositions de l’article 63 al 3 du code de travail ; chaque partie qui prend l’initiative de rompre le contrat de travail doit donner à l’autre un délai appelé « PREAVIS », à l’issue duquel le contrat prendra fin

mais pendant lequel, les parties restent liées à toutes leurs obligations contractuelles. Selon l' article 64 du code de travail et l'arrêté Ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/117/2005 du 26 Octobre 2005 fixant la durée et les conditions de préavis ; **le délai de préavis minimum** pour les travailleurs de catégories 1 à 5 (manœuvre, spécialisé, semi qualifié, qualifié et hautement qualifié¹⁸) est de 14 jours augmentés de 7 jours par année entière d'ancienneté¹⁹, c'est-à-dire : **14 + (7 X Nbre d'années d'Ancienneté)**. Pour les agents de maîtrise, la durée minimale de préavis est fixée à un mois augmenté de 9 jours ouvrables par année entière d'ancienneté²⁰, c'est-à-dire : **1 mois + (9 X Nbre d'années d'Ancienneté)**. Pour les travailleurs occupant des emplois de cadre de collaboration et de direction, la durée de préavis minimale est fixée à Trois mois augmentés de 16 jours par année entière d'ancienneté²¹ ; c'est-à-dire : **3 mois + (16 X Nbre d'années d'Ancienneté)**. Est ainsi irrégulier en la forme, le licenciement d'un travailleur pour faute simple, pour raison économique ou pour inaptitude ; sans lui octroyer le délai de préavis.

- **Le respect du délai endéans lequel l'employeur doit licencier pour faute lourde.** En cas de faute lourde, l'employeur est déchargé de l'obligation de donner au travailleur, le Préavis (art 63 dernier alinéa). Cependant il est tenu de licencier sans préavis pour faute lourde qu'endéans 15 jours à compter de la date où il a eu connaissance des faits reprochés au travailleur ou à compter de la clôture de l'enquête notifiée au travailleur dans les 2 jours ouvrables depuis la connaissance des faits ; et cette enquête (généralement notifiée avec suspension) ne peut durer plus de 15 jours susceptibles d'être suppléer de 15 autres jours, si l'entreprise n'a pas de siège au lieu de l'exécution du travail par l'employé concerné. Article 72 du code de travail.

¹⁸ Lire à l'annexe II de L'Ordonnance n° 08/040 du 30 avril 2008 portant fixation du salaire minimum interprofessionnel garanti, des allocations familiales minima et de la contre-valeur du logement

¹⁹ Art 6 de l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/117/2005 du 26 Octobre 2005 fixant la durée et les conditions de préavis combiné à l'article 64 du code de travail.

²⁰ Art 7 de l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/117/2005 du 26 Octobre 2005 fixant la durée et les conditions de préavis

²¹ Art 8 de l'arrêté précité.

Il s'en suit donc que le licenciement sans préavis et pour faute lourde d'un travailleur, 15 jours après la connaissance des faits ou clôture de l'enquête ouverte à cet effet ; est abusif quant à la forme.

- ***L'Attente de l'expiration du délai de suspension pour procéder au licenciement.*** L'article 68 du code de travail prévoit que « le préavis ne peut être notifié pendant la période de congé ni pendant la suspension du contrat. L'article 60 du même code conclut qu' « il ne peut être mis fin à un contrat (de travail) pendant qu'il est suspendu ... ». Ainsi, licencier un travailleur même pour un motif valable, pendant que son contrat est suspendu par une mise à pied, une maladie (pendant moins de 6 mois), un congé annuel ou de maternité, une incarcération (pendant moins de 3 mois), la grève ou le lock out, ... ; constitue une irrégularité de forme.

- ***L'accord de l'autorité compétente pour procéder à certain licenciement.*** En cas de licenciement massif, le législateur exige l'autorisation préalable du ministre national de l'emploi. Et en cas de licenciement économique non massif et de licenciement de délégué syndical, l'approbation de l'inspecteur du travail est requise. A défaut de ces autorisations, le licenciement décidé par l'employeur est irrégulier quant à la forme, quand bien même le motif invoqué serait valable.

II.2. FIXATION DES DOMMAGES – INTERETS EN CAS DE LICENCIEMENT DU TRAVAILLEUR AVEC IRREGULARITE DE FORME SEULEMENT

La question de droit qui se pose ici, est celle de savoir si en cas d'un licenciement abusif seulement à la forme peut justifier l'allocation des Dommages – intérêts au même titre que le licenciement abusif de fond ?

Par exemple, un travailleur qui a avoué, avoir volé son employeur ; est licencié verbalement de l'entreprise. Peut-il réclamer des DI (par exemple de 36 mois de sa dernière rémunération) au seul motif qu'il n'a pas été notifié par écrit comme l'exige la loi ? Ou un travailleur qui a manqué de courtoisie envers ses collègue d'une manière établie, et qui est licencié sans préavis alors qu'il prétend y avoir droit, peut-il réclamer des DI de tant de mois de sa dernière rémunération, pour cela ? Ou encore, un travailleur licencié pour

faute lourde (d'avoir administré par exemple des coups à son employeur) mais il lui est notifié le licenciement sans préavis 20 jours après la commission des faits lui reprochés. Quand bien même il avouerait les faits lui reprochés, peut-il réclamer des DI de tant de mois de sa dernière rémunération au seul motif que son licenciement n'est pas intervenu dans le délai de 15 jours comme l'exige la loi (art 72 du Code de travail) ? Etc.

Certains juges se sont montrés parfois trop sévère à cet égard, en décidant dans pareils cas que ces licenciements sont abusifs et accordant beaucoup de Dommages-intérêts très élevés, parfois même le maximum de 36 mois de dernières rémunérations des travailleurs.

Tel n'est cependant pas un bon droit. Il faut d'abord cerner la finalité de la formalité qui a été violée. Et dans tous les cas, l'irrégularité de forme ne peut donner droit qu'à « **ce que le travailleur aurait pu gagner si la formalité avait été respectée** » et, C'est tout.

En effet, si la formalité n'a été exigée qu'à titre de preuve et que les parties sont aux aveux à ce sujet, aucun dommage et intérêt ne peut être dû pour la violation de celle-ci. Par exemple les exigences de notification du licenciement par écrit et de l'indication du motif, ne sont prévues qu'à titre probatoire afin que les parties ne renient plus les faits en justice, le cas échéant. Ainsi, si l'employeur prouve le motif qu'il impute à son ex-employé devant le juge, le licenciement est donc justifié quant au fond et la seule absence de notification de l'écrit ou de la mention du motif dans la lettre, ne prive aucun avantage pécuniaire au travailleur.

Parfois la formalité est imposée à titre d'effectivité. C'est le cas notamment, des autorisations exigées pour le licenciement massif, non massif et de délégué syndical. A défaut d'observer ces formalités, le licenciement ne produit aucun effet de droit. Il est censé n'être pas intervenu, le travailleur ne pouvant pas réclamer des DI mais plutôt sa rémunération déjà échue.

Par ailleurs, si le motif du licenciement est établi et que l'employeur n'a pas accordé le préavis légal ou conventionnel, le travailleur n'a donc droit

qu'au montant qu'il aurait dû gagner s'il avait presté son préavis ; et c'est tout. C'est ce que prévoit le code du travail en son article 63 al 3 lorsqu'il dispose que « *la rupture de contrat à durée indéterminée sans préavis ou sans que le préavis ait été intégralement observé comporte l'obligation, pour la partie responsable, de verser à l'autre partie une indemnité dont le montant correspond à la rémunération et aux avantages de toute nature dont aurait bénéficié le travailleur durant le délai de préavis qui n'a pas été effectivement respecté* ».

Supposons qu'un travailleur qualifié, âgé de 40 ans au jour de son licenciement, compte une ancienneté de 5 ans et touchait 130.000Fc par mois de 26 jours de service. Pour absence au service non justifié pendant 5 jours, il est licencié sans préavis alors qu'il ne s'agissait là que d'une faute simple selon le règlement de la l'entreprise.

Le préavis qui devrait lui être accordé est de : 14jrs + (7jrs x 5 ans d'ancienneté), soit 49 jours. Il aurait pu gagner pendant ce préavis : $\frac{130.000 \text{ Fc}}{26 \text{ jrs}} \times 49 \text{ jours de préavis, soit } \mathbf{245.000\text{FC}}$, seulement.

Or, si on lui accordait les DI, ceux-ci s'élèverait à $130.000 \times \frac{40+5}{3} = \mathbf{1.950.000 \text{ FC}}$; ce qui serait contraire à la volonté du législateur.

Dans ce cas, ce travailleur n'aura que l'Indemnité de préavis correspondant à ce qu'il aurait pu gagner si le préavis était effectivement presté, soit **245.000FC** et jamais les DI de **2.005.714FC**.

Aussi, lorsqu'en cas d'une faute lourde, l'employeur licencie sans préavis dans un temps raisonnable mais en dehors du délai de 15 jours strictement prévus par le législateur, il faut simplement admettre que dans ce cas, le travailleur aurait pu avoir droit au préavis parce que le délai d'application du régime de la faute lourde étant expiré, le licenciement ne eut se faire qu'avec préavis. Dans ce cas, le travailleur a droit à la seule indemnité de préavis qui représente le gain qu'il aurait pu gagner si le préavis lui était accordé. C'est donc de bon droit que la cour d'appel de Kinshasa/Gombe avait arrêté sous RTA 3238 du 06 Novembre 1997 que

*« L'employeur a commis une faute de forme dans l'exercice de son droit de résiliation unilatérale du contrat, laquelle consiste essentiellement dans le non respect du délai prévu à l'article 58 (nouvel article 72 du CT) relatif à la faute lourde du travailleur. Car, en cas de forclusion de délai, il aurait dû considérer la faute lourde comme étant un motif valable lui permettant de résilier le contrat avec préavis sur base de l'article 48 du code du travail (article 63 al3 du nouveau code de travail) ».*²²

Supposons que dans l'exemple précédent le travailleur ait été licencié pour faute lourde, mais 16 jours après que les faits soient connus par l'employeur. Il serait anormal de lui accorder les DI de 2.005.714FC pour ce seul retard d'un jour que l'employeur a accusé. Il est cependant, logique de raisonner que, à partir de ce 16^{ème} jour, le licenciement ne pouvait ce faire qu'avec préavis, comme dans tout licenciement ordinaire. Par conséquent, ce travailleur a droit à l'indemnité de préavis ainsi calculé à 245.000FC. C'est cela l'intelligence de la jurisprudence sus-évoquée.

Toutefois, ce raisonnement n'est pas à étendre au cas où, l'employeur aurait laissé écouler un long temps qui laisserait penser qu'il avait déjà pardonné son travailleur ou lorsqu'il l'avait déjà puni autrement. Dans pareil cas, le motif valable exigé par la loi, n'existe plus. Et il y a là, une irrégularité de fond qui nécessite des DI, calculés à autant de mois de la dernière rémunération du travailleur.

De même, l'interdiction faite à l'employeur de licencier son travailleur pendant la suspension de son contrat, suppose que celui-là, doit simplement attendre l'expiration du délai de suspension pour le faire. Donc si l'employeur a licencié pour une raison valable, son travailleur en suspension, ce dernier n'aura droit qu'à ce qu'il aurait pu gagner si l'employeur avait attendu, pour ne le licencier qu'après l'expiration du délai de la dite suspension.

Par exemple, le lendemain du jour où une travailleuse a pris son congé de maternité, l'employeur découvre les fraudes comptables par elle

²² In Ruffin LUKOO MUSUBAO, Op.cit, p. 91

orchestrées et la licencié immédiatement sans préavis pour faute lourde bien justifiée.

Admettons que cette travailleuse avoue devant le tribunal les faits lui reprochés mais réclame 36 de sa dernière rémunération au motif que son employeur a violé les dispositions des articles 60 et 68 du code de travail en la licencié pendant que son contrat était suspendu. Ne serait-ce pas là une injustice et une turpitude pour le juge de faire droit à une telle requête ?

C'est plutôt juste de raisonner que l'employeur devait attendre l'expiration du congé de maternité (14 semaines) ; et par conséquent, il lui doit sa rémunération pour cette période, si celle-ci ne lui était pas encore payée.

En résumé, l'irrégularité de forme à elle seule, ne peut justifier des dommages-intérêts d'autant de mois de la dernière rémunération du travailleur ; mais simplement à « **ce que le travailleur aurait pu gagner si l'employeur avait respecté la formalité mise en cause** ». Autrement dit, l'irrégularité de forme à elle seule, ne rend pas nul le licenciement et ne donne pas droit aux DI d'autant de mois de la dernière rémunération. A ce propos, il a été jugé que « *la faute de forme commise dans l'exercice du droit de résilier unilatéralement le contrat ne rend pas nul le licenciement, ...* ». Toutefois, si l'irrégularité de forme, s'est ajoutée à celle de fond, les DI doivent être cumulées au manque à gagner (s'il existe) résultant de l'irrégularité de forme. (C'est le cas par exemple du paiement des DI avec possibilité d'indemnité de préavis)

CONCLUSION

En définitive, les dommages – intérêts pour licenciement abusif d'un travailleur en cas d'irrégularité de fond doivent, selon les réalités juridiques actuelles, être calculés selon la formule :

$$\frac{\text{Dernière rémunération mensuelle} \times (\text{Nbre d'années d'âge} + \text{Nbre d'années d'ancienneté})}{3}$$

3

Mais en cas de licenciement abusif d'un travailleur par seule irrégularité de forme, le travailleur n'a droit qu'à « **ce qu'il aurait pu gagner si la formalité avait été respectée** ». Mais, lorsque l'irrégularité de forme s'est ajoutée à celle de fond, le manque à gagner pour la forme doit être cumulé aux D.I.

De la sorte, on aura d'une part, une justice en matière de fixation des dommages-intérêts en termes de proportionnalité et d'égalité, selon les critères retenus par la loi. Et d'autre part, on évitera l'arbitraire, la légèreté et la frustration des investisseurs et des justiciables.

Pour tout cela, nous suggérons, de lege ferenda, qu'il soit inséré un deuxième alinéa, à l'article 63 du code de travail ainsi conçu : « *Le nombre de mois de la dernière rémunération, à payer par l'employeur au travailleur abusivement licencié, à titre des dommages-intérêts, correspond au tiers de la somme d'années d'âge et d'ancienneté que le travailleur compte au jour de la notification de ce licenciement* ». Pareille disposition ramène parfaitement à la formule plus-haut dégagée.

Mais en attendant, nous invitons les cours et tribunaux de la RDC, à appliquer cette formule.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. KALONGO MBIKAYI, « Problème des jugements iniques », in revue de Droit congolais, n°003/2000
2. MUKADI BONYI, Litiges individuels du travail, chronique de jurisprudence 1980 – 1995 ; collection information juridique, Kin, 1997
3. loi n°015/2002 du 16 Octobre 2002 portant code du travail
4. Ruffin LUKOO MUSUBAO, La Jurisprudence congolaise en Droit du Travail et de la Sécurité sociale, éd. ON S'EN SORTIRA, Kin, 2006
5. L'Arrêté ministériel n° 12/Cab.Min/TPS/116/2005 du 26 octobre 2005 fixant les modalités de licenciement des travailleurs
6. Dictionnaire Français, sur <http://wiktionary.org>
7. DÉCRET-LOI organique sur la sécurité sociale du 29 juin 1961
8. L'Ordonnance n° 08/040 du 30 avril 2008 portant fixation du salaire minimum interprofessionnel garanti, des allocations familiales minima et de la contre-valeur du logement
9. l'arrêté ministériel n°12/CAB.MIN/TPS/117/2005 du 26 Octobre 2005 fixant la durée et les conditions de préavis combiné à l'article 64 du code de travail.
10. NSOLOTSHI MALANGU et consorts, « Licenciement pour cause de nullité du contrat de travail », in les cahiers de l'UOM, n°4, vol I, septembre 2012

Par **NSOLOTSHI MALANGU**

Assistant d'Université et AVOCAT

Contacts : +243 821 970 865

solbena78@gmail.com

