

Relations sociales et situation des entreprises tunisiennes en 2016

Tunis, 16 avril 2016

QUESTIONS INTRODUCTIVES AU DEBAT

Par

Hatem KOTRANE

Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis

Contenu

	Paragraphes
INTRODUCTION.....	1 – 4
LE 30 AVRIL 2016, LE CODE DU TRAVAIL AURA 50 ANS !	
(I) CONJONCTURE ACTUELLE.....	5 - 20
QUESTION N°1: COMMENT APPAISER LES TENSIONS SOCIALES ET PROMOUVOIR LE DIALOGUE SOCIAL AU SEIN DE L'ENTREPRISE ?	
1^{er} AXE : RESPONSABILISER LES ACTEURS SOCIAUX PAR L'ENDIGUEMENT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE ET DES CONFLITS SOCIAUX	6 - 24
2^{ème} AXE : MIEUX ASSEOIR LES MECANISMES DE REPRESENTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE L'ENTREPRISE.....	25 - 30
(II) PERPECTIVE.....	31 - 93
QUESTION N°2 : COMMENT MODERNISER LES RELATIONS DU TRAVAIL ET LES ADAPTER AUX NOUVELLES REALITES ECONOMIQUES ?	
1^{er} AXE : DIVERSIFIER LES MODELES ET LES REACTIONS ET FAVORISER UNE PLUS GRANDE CAPACITE DE MOBILITE EXTERNE DU TRAVAIL.....	33 - 85
2^{ème} AXE : FAVORISER UNE PLUS GRANDE CAPACITE DE MOBILITE INTERNE DU TRAVAIL ET D'ADAPTATION DES TACHES ET DES COMPETENCES.....	86 - 93
CONCLUSION.....	94 - 95
QUESTION FINALE : A QUAND UNE REFONTE TOTALE DU CODE DU TRAVAIL ?	

INTRODUCTION

Le 30 avril prochain, le Code du travail aura 50 ans !

Quel sens peut-on encore donner aujourd'hui aux valeurs du travail décent, de la justice sociale et du dialogue social, valeurs proclamées dans le Préambule et aux articles 12, 35, 36 et 40 de la Constitution du 27 janvier 2014 et inscrites au nouveau contrat social, signé entre le Gouvernement, l'UTICA et l'UGTT le 14 janvier 2013¹?

1. En Tunisie, faut-il le rappeler, la politique sociale a toujours présenté au moins deux caractéristiques.

- La première est qu'il s'agit d'une politique assez **volontariste**, marquée par les phases d'interventionnisme de l'Etat qui ont influencé durablement la législation comme l'attitude des différents acteurs. L'Etat procède, notamment, à la promulgation, le 30 avril 1966, du Code du travail et accentue le processus d'adhésion de la Tunisie à nombre de conventions internationales du travail de l'O.I.T, dans un souci constant d'harmonisation de la législation interne avec les tendances majeures du droit international en ce domaine. Soixante et une (61) conventions internationales du travail sont, à ce jour, ratifiées par la Tunisie, comprenant notamment les huit (8) conventions se rapportant aux principes et droits fondamentaux de l'homme au travail², y compris la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et la Convention (n°98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, étant précisé que la Tunisie a, également, ratifié le 25 mai 2007 la Convention (n° 135) sur les représentants de travailleurs et que les trois dernières ratifications, intervenues par suite de l'adoption de la loi fondamentale n° 2013-07 du 1^{er} avril 2013, ont concerné, successivement, la Convention (n° 144) sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, la Convention (n° 151) sur les relations de travail dans la fonction publique et la Convention (n° 154) sur la négociation collective, marquant

¹ Cf. notamment l'axe portant sur "les relations professionnelles et le travail décent" et l'axe relatif à « l'institutionnalisation du dialogue social tripartite ».

² Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, Convention (n° 29) sur le travail forcé, Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, Convention (n° 138) sur l'âge minimum, Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération et Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession).

tout autant le souci de l'Etat de promouvoir la négociation collective et d'asseoir durablement les droits et garanties en faveur des acteurs du dialogue social³.

- Volontariste, la politique sociale a toujours été –et c'est sa seconde caractéristique– une politique « **consensuelle** », depuis notamment l'adoption de la Convention collective cadre (CCC), signée à Tunis le 20 mars 1973 entre l'Union Générale Tunisienne du travail (UGTT) et l'Union Tunisienne de l'Industrie, du Commerce et de l'Artisanat (UTICA)⁴ et modifiée depuis, sur certains points, par les avenants successifs qui lui ont été apportés⁵. La CCC a été relayée par Cinquante et une (51) conventions collectives nationales sectorielles couvrant la plupart des activités du secteur productif, avec un rôle souvent omnipotent de l'Etat amenant les partenaires sociaux à la conclusion d'accords collectifs tendant à réaliser une sorte d'équilibre entre des intérêts parfois nécessairement divergents.

2. Sans abandonner cette quête de justice sociale, la plupart des systèmes modernes de relations du travail tendent à établir de nouvelles formes de partenariat Etat-acteurs sociaux rompant avec le centralisme dans lequel l'Etat providence est considéré comme le seul agent du changement social pour une perspective où les acteurs sociaux jouent réellement un rôle déterminant dans les relations du travail.

3. C'est l'option qui a été au cœur du **nouveau contrat social**, signé entre le Gouvernement, l'UTICA et l'UGTT le 14 janvier 2013. Il ne s'agit pas de faire l'écho du mot d'ordre appelant au désengagement systématique de l'Etat car, plus que jamais, l'Etat est engagé dans la vie économique et sociale. Il s'agit plutôt de redéfinir les modalités d'intervention de l'Etat, appelé à redynamiser le dialogue social et à redonner, ainsi, un sens à la démocratie, jusque-là strictement contournée dans le champ politique et qui gagnerait en réalité à être étendue aux domaines économique et social, dimensions vitales de l'activité humaine.

³ La Tunisie a, également, ratifié trois (3) des quatre (4) Conventions de gouvernance (dites prioritaires)³ et 50 Conventions techniques se rapportant à des questions diverses touchant au travail et à la vie des travailleurs.

⁴ Approuvée par l'arrêté du ministre des Affaires Sociales du 29 mai 1973, paru au JORT des 25-29 Mai - 1er Juin 1973, page n° 852.

⁵ Avenant n°1 du 17 novembre 1984, Avenant n°2 du 15 octobre 1992 et Avenant n° 3 du 20 avril 2004.

4. Dans cette perspective, le droit tunisien du travail est aujourd'hui appelé à renouveler ses techniques et ses méthodes de représentation et de la doctrine des relations de travail en vue de parvenir à relever un double défi :

- Apaiser, dans la conjoncture actuelle, les tensions sociales et mieux asseoir le dialogue social au sein de l'entreprise **(I)**,
- Moderniser, dans une perspective d'avenir, les relations du travail et les adapter aux nouvelles réalités économiques **(II)**.

(I) CONJONCTURE ACTUELLE

QUESTION N°1 : COMMENT APPAISER LES TENSIONS SOCIALES ET MIEUX ASSEOIR LE DIALOGUE SOCIAL AU SEIN DE L'ENTREPRISE ?

5. Un constat s'impose : celui de l'aggravation des tensions sociales et des conflits du travail et de l'incapacité des mécanismes juridiques à offrir un cadre adapté au dialogue social et au règlement des conflits collectifs du travail, y compris notamment au niveau de l'entreprise.

Deux axes de réflexion sont proposés, ci-après, en vue de répondre à la question centrale posée et de parvenir à apaiser les tensions sociales et à mieux asseoir le dialogue social au sein de l'entreprise :

- Responsabiliser les acteurs sociaux par l'endiguement de la négociation collective et des conflits sociaux (**1^{er} Axe**) ;
- Mieux asseoir les mécanismes de représentation des travailleurs au sein de l'entreprise (**2^{ème} Axe**).

1^{er} AXE : RESPONSABILISER LES ACTEURS SOCIAUX PAR L'ENDIGUEMENT DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE ET DES CONFLITS SOCIAUX

(A) ANALYSE DE LA SITUATION

(a) Enseignement du droit comparé

6. C'est là, assurément, une des orientations les plus marquantes de l'évolution du droit du travail comparé. Elle est assise sur l'idée essentielle que **la négociation collective doit remplir, outre sa fonction juridique en tant que source de droit du travail, source professionnelle, dit-on, une fonction économique et sociale qui en constitue le sens profond**. Instrument d'autorégulation, de dialogue social et de pacification des rapports sociaux, la négociation collective peut permettre une adaptation du droit du travail aux réalités de l'entreprise et une meilleure intégration des travailleurs à la vie de l'entreprise par le sentiment qu'ils acquièrent progressivement de participer à une œuvre commune, élément psychologique d'importance et souvent délaissé dans le traitement et l'analyse juridiques des rapports sociaux.

7. L'observation du droit comparé montre, à cet égard, que la négociation collective ne peut remplir ses fonctions économiques et sociales qu'entre un patronat ouvert et un salariat organisé et discipliné et reste tributaire d'une orientation qui doit faire de l'entreprise, noyau de l'activité économique, le cadre privilégié de la négociation.

8. Les expériences restent, bien entendu, relatives et il ne s'agit nullement de transposer tel modèle ou tel modèle ailleurs, tant il est vrai que « *toute expérience ne vaut que dans un certain cadre et compte tenu de certaines traditions. Il reste que l'on peut tirer profit, parfois, d'une expérience qui a pu être chèrement acquise* »⁶.

9. On peut citer à cet égard, comme **expérience modèle**, celle gouvernant les relations professionnelles aux Etats-Unis depuis très longtemps, telle que systématisée plus tard, en 1935, par le législateur du New-Deal. C'est la **National Labor Relations Act (NLRA) ou Wagner Act**, modifiée en 1947 par la **Taft Hartley Act** et, sur certains points, en 1959, par le **Landrun Griffin Act**.

10. Il n'y a dans ce système de place ni à la représentation institutionnelle (Comité d'entreprise), ni à la formule allemande de la cogestion. On reconnaît le droit de la direction de diriger « *The right of Management to manage* », mais, en contrepartie, la

⁶ *Ibid.*.

négociation est entendue d'une façon tellement large et précise qu'elle englobe pratiquement toutes les autres formes de participation. En voici, brièvement, les principales caractéristiques :

- La première est liée à **l'unité de négociation**. C'est en principe **l'entreprise** elle-même, quoi qu'il arrive parfois que l'unité rassemble plusieurs entreprises ou, à l'inverse, un établissement ;
- La deuxième caractéristique consiste dans le **monopole de négociation** accordé au syndicat choisi par la majorité des salariés au cours d'un vote à bulletin secret. L'employeur ne peut négocier ni avec un autre syndicat, ni avec une autre formation représentative élue, ni avec le personnel directement, même pris individuellement. Il y aurait dans de telles pratiques une discréditation syndicale. En contrepartie, le syndicat est tenu de représenter tous les salariés de l'unité de façon égale et loyale ;
- La troisième caractéristique est une pièce maîtresse du système, c'est le **devoir de négocier de bonne foi**. C'est un devoir organisé par la loi et précisé par les tribunaux. En l'occurrence, le **National Labor Relations Board (NLRB)** est une juridiction chargée de mettre en œuvre la législation des relations professionnelles. Sans aller jusqu'à l'obligation de conclure, ce devoir va plus loin qu'une simple obligation de se réunir. C'est l'obligation d'adopter un certain comportement se traduisant par des actes objectifs : pas de mesures unilatérales de la part de l'employeur sans la demande d'ouverture de négociation, pas de préalable à la négociation, fourniture des informations nécessaires, signature d'un écrit créant des obligations et des engagements précis. Le juge peut aussi analyser le comportement de façon subjective : ya-t-il une volonté sincère de négocier et d'arriver à un accord ? (appréciation des prétentions et de leur caractère raisonnable) ;
- Une quatrième caractéristique découle de l'objet de la négociation : au début, la loi ne parlait que des salaires, durée du travail et autres conditions d'emploi, mais les tribunaux ont interprété d'une façon très large les textes au point de toucher tout le domaine économique : l'investissement, la fermeture d'établissement, la modification des structures avec effet sur l'emploi, etc. ;
- Ce devoir de négociation de bonne foi, et c'est là une autre caractéristique du système, est sanctionné : sa violation constitue une pratique déloyale du travail

« *unfair labor practice* », qui expose son auteur à une condamnation pour atteinte à la cour « *Comtempt of court* »⁷.

(b) Etat du droit tunisien : Cadre juridique insuffisant

11. A l'opposé de ce système et à l'instar du système français, traditionnellement présenté comme un **système anarchique de relations professionnelles**, tant la loi s'est longtemps gardée d'organiser le dialogue social et les conflits collectifs, les livrant aux rapports de force entre les parties, même si une évolution a été introduite en France par l'institution d'un devoir de négociation annuelle⁸, le droit tunisien reste marqué par l'absence de tout cadre juridique définissant le processus de la négociation, ses différentes étapes, les devoirs et obligations respectives des parties, etc. On a alors l'impression que le législateur tunisien s'intéresse plus au produit de la négociation - la convention collective - qu'à la négociation elle-même.

12. Le système tunisien reste, en même temps, marqué par une certaine centralisation de la négociation et sa méconnaissance des possibilités réelles des entreprises. Ce grief est celui qui revient le plus souvent dans les analyses de la politique de la négociation collective, à laquelle on impute, en particulier, un éclatement de la politique des salaires, ainsi que des conséquences négatives au double plan économique et social :

- Sur le plan économique, les conventions collectives, y compris les accords relatifs à la révision des salaires et leur uniformisation quasi-totale, ont marqué une nette déviation par rapport à certains principes essentiels, notamment la capacité de l'entreprise et l'amélioration de la productivité. Cela engendre, en particulier, des distorsions sensibles et affecte la capacité de paiement de certains secteurs à forte intensité de main-d'œuvre et des petites entreprises. Il devient alors difficile d'éviter l'institution de pratiques économiques malsaines, où certaines entreprises ne peuvent survivre qu'en sous payant leur personnel ;

⁷ Cf. pour plus de détails, Xavier BLANC-JOUVAN, *La négociation d'entreprise en droit comparé*, *Revue de droit social*, 1982, p.718.

⁸ Article L2241-1, modifié par la LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 29 : « *Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires.*

Ces négociations prennent en compte l'objectif d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, ainsi que les mesures permettant de l'atteindre ».

- Sur le plan social, il est incontestable que la négociation collective n'a pas pu réaliser sa portée sociale consistant en une conception dynamique d'une participation effectivement garantie des travailleurs à la vie de l'entreprise, à ses réalités et à ses résultats économiques. La centralisation encore persistante de la négociation collective et la nette prééminence de l'Etat en ce domaine ont transformé les conventions collectives en un acte ressenti par les partenaires sociaux de l'entreprise comme relevant des prérogatives du gouvernement⁹.

13. L'autre difficulté du système tunisien des relations professionnelles est sa difficulté à endiguer les conflits sociaux, y compris notamment **la grève**, élevée au rang d'un **droit constitutionnel absolu** par l'article 36 de la Constitution du 27 Janvier 2014, aux termes duquel « *Le droit syndical est garanti, y compris le droit de grève ...* ». La seule restriction apportée à ce droit est qu'il ne s'applique pas à l'Armée nationale ni aux forces de sécurité intérieure et aux douanes. Aucune autre restriction n'est apportée expressément à ce droit.

14. Ces dispositions, convient-il de le mentionner, vont au-delà des toutes les garanties apportées en droit comparé. A notre connaissance, aucune constitution, aucun autre système de relations professionnelles, n'ont, à ce point, proclamé le droit de grève, élevé par la Constitution Tunisienne au rang d'un droit quasiment inviolable et sacré ! Même les instruments internationaux de référence, auxquels il est si souvent fait référence, de façon erronée, ne confèrent pas au droit de grève autant de latitude !

15. Le **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**¹⁰, reconnaît expressément, à l'article 8¹¹, le droit syndical, y compris, « ...d) *Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays...* ».

⁹ Cf. pour plus de détails, Hatem KOTRANE, *Mondialisation de l'économie et défi de la cohésion sociale- Le cas de la Tunisie*, Centre de Publication Universitaire (CPU), Tunis 2000, p. 88 et s.

- Cf. également, du même auteur, *Quel modèle de dialogue social en droit du travail tunisien*, in " *Le Consensus social : Discours et pratique* ", Colloque régional organisé par l'ARFORGHE et la Fondation KONRAD ADENAUER, Tunis 5 – 6 mai 2006.

¹⁰ Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

- Ratifié par la Tunisie le 18 mars 1969.

¹¹ Article 8 du Pacte: « 1. *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer:*

a) *Le droit qu'a toute personne de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix, sous la seule réserve des règles fixées par l'organisation intéressée, en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux. L'exercice de ce droit ne*

16. La **Convention (n° 87) de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical** (1948) qui fait partie, ainsi qu'il a été rappelé en introduction à cet article¹², des huit (8) conventions se rapportant aux principes et droits fondamentaux de l'homme au travail, ne fait quant à elle aucune mention expresse au droit de grève. Elle affirme, en revanche, le droit des organisations de travailleurs et d'employeurs : «...de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs» (art. 10), «...d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action» (art. 3.1). Sur la base de ces dispositions, deux organes du système de contrôle, le Comité de la liberté syndicale (depuis 1952) et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (depuis 1959), ont réaffirmé, à maintes reprises, que le droit de grève était un droit fondamental des travailleurs et de leurs organisations et en ont défini le champ, élaborant à ce sujet un ensemble de principes et une vaste jurisprudence (au sens large) qui précisent la portée des normes de la convention¹³.

17. Regardant la grève comme un droit et non pas simplement comme un fait social, le Comité de la liberté syndicale précisera au fil des ans une série de points:

peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

b) Le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations nationales et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier.

c) Le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre public, ou pour protéger les droits et les libertés d'autrui.

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.

3. Aucune disposition du présent article ne permet aux Etats parties à la Convention de 1948 de l'Organisation internationale du Travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical de prendre des mesures législatives portant atteinte -- ou d'appliquer la loi de façon à porter atteinte -- aux garanties prévues dans ladite convention ».

¹² Supra, para. 1.

¹³ Ces principes ont trouvé une expression très complète dans l'étude d'ensemble sur la liberté syndicale et la négociation collective effectuée par la commission d'experts en 1994 et dans le recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale.

- Le droit de grève est un droit dont doivent jouir les organisations de travailleurs (syndicats, fédérations, confédérations) ;
- La grève doit avoir pour but de promouvoir et de défendre les intérêts économiques et sociaux des travailleurs. Cette règle exclut les grèves purement politiques du champ de la protection internationale devant l'OIT sans donner d'indications directes sur la légitimité des grèves de solidarité, lesquelles ne sauraient cependant faire l'objet d'une interdiction absolue ;
- L'exercice légitime du droit de grève ne saurait entraîner de sanctions d'aucune sorte, lesquelles seraient assimilables à des actes de discrimination antisyndicale ;
- Les catégories de travailleurs susceptibles d'être privées de ce droit et les restrictions susceptibles d'être mises à son exercice par la loi ne peuvent être que limitées.

18. S'agissant du secteur public et de la fonction publique, la convention n° 87 garantit la liberté syndicale. Il a été admis toutefois que «*la reconnaissance du droit syndical des agents publics ne préjuge [ait] en rien la question du droit de grève des fonctionnaires, question qui [était] entièrement hors de cause*»¹⁴. Ce point a été pris en compte par le Comité de la liberté syndicale et par la commission d'experts, qui considèrent en contrepartie que les fonctionnaires, s'ils ne jouissent pas du droit de grève, doivent bénéficier de garanties appropriées pour la défense de leurs intérêts, telles que des procédures de conciliation et d'arbitrage impartiales et rapides auxquelles ils soient associés à toutes les étapes et qui débouchent sur des décisions obligatoires pour les deux parties et destinées à être appliquées entièrement et sans délai.

19. Quant aux fonctionnaires à qui le droit de grève peut être refusé le cas échéant, pour la Commission d'experts et pour le Comité de la liberté syndicale, seuls peuvent être éventuellement privés du droit de grève «*les fonctionnaires qui exercent des fonctions d'autorité au nom de l'Etat*»¹⁵.

Comme il ressort de cette définition, le critère à retenir n'est pas la législation applicable au personnel considéré (le statut de la fonction publique), mais la nature des fonctions.

¹⁴ BIT, 1947, p. 112.

- Quant à la Convention (no 151) de l'OIT, également ratifiée par la Tunisie le 11 février 2014 sur les relations de travail dans la fonction publique, elle ne mentionne pas, alors même qu'elle traite du règlement des différends, l'éventuel droit de grève des agents publics.

¹⁵ *Recueil*, para. 534; Voir aussi para. 492.

20. L'Etat pourra ainsi restreindre le droit de grève des fonctionnaires des ministères ou des départements comparables ou celui des fonctionnaires du pouvoir judiciaire, voire leur interdire la grève¹⁶, sans qu'il en aille de même pour le personnel des entreprises publiques, par exemple.

Le Comité de la liberté syndicale a été amené à désigner expressément, dans les affaires dont il a été saisi, certaines catégories qui ne peuvent être considérées comme exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'Etat ; ce sont par exemple les employés publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'Etat¹⁷, les travailleurs des entreprises pétrolières, les employés des établissements bancaires, les agents des transports métropolitains, le personnel de l'enseignement et, de façon générale, le personnel des sociétés ou entreprises publiques¹⁸.

21. Nous mesurons, dans ces conditions, à quels points la Constitution tunisienne est allée au-delà de tous les instruments internationaux de référence. Certes, l'article 49 de la Constitution prend le soin de prévoir, relativement aux différents droits et libertés énoncés et garantis dans le Chapitre II de la Constitution (articles 21 à 49), que la loi peut y apporter des restrictions. Mais il est tout de suite précisé que ces restrictions ne sauraient porter atteinte à leur essence et qu'elles « *ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un Etat civil et démocratique et dans l'objectif de protéger les droits d'autrui, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique ou la morale publique, en respectant le principe de la proportionnalité des restrictions à l'objectif recherché ...* ».

22. Les restrictions pouvant ainsi être apportées par la loi ne nous paraissent pas de nature à être étendues à des fonctionnaires non expressément visés par l'article 29, précité, ni à exiger, surtout, que la grève soit légitime et ait pour but de promouvoir et de défendre les intérêts économiques et sociaux des travailleurs ou qu'elle soit exercée dans le cadre des procédures définies par la loi! On peut même se demander, dans ces conditions, si les exigences légales entourant l'exercice du droit de grève, telles que définies par les articles 376 à 390 du Code du travail, demeurent, en l'état, opératoires et si elles ne sont pas rendues anticonstitutionnelles, notamment les dispositions exigeant que toute décision de grève soit précédée d'un préavis de 10 jours adressée au bureau régional ou central –selon les cas– de

¹⁶ *Ibid.*, paras. 537 et 538.

¹⁷ *Ibid.*, para. 532.

¹⁸ BIT, 1984a, 233e rapport, para. 668; BIT, 1983a, 226e rapport, para. 343.

conciliation ou à l'inspection du travail, approuvée par la centrale syndicale et soumise, au préalable, aux commissions de conciliation –régionale ou centrale, selon les cas– et aux conseils d'arbitrage dans les conditions de délai et de forme définies par le Code du travail. Et que dire de la qualification de la grève comme étant illicite par suite du non respect des procédures préalables et des conséquences y attachées, à savoir la rupture des relations du travail (article 387 du Code du travail), sans égard aux sanctions pénales privatives de liberté pour quiconque aura incité à la poursuite de la grève illégale, sanctions singulièrement aggravées en cas de récidive, d'occupation des lieux du travail, d'utilisation des machines, appareils ou instruments appartenant à l'entreprise, à des fins autres que celles pour lesquels ils sont destinés, de détérioration ou de tentative de détérioration des objets, machines, matières, marchandises, appareils ou instruments appartenant à l'entreprise (article 388 du Code du travail), ou encore les sanctions pénales prévues pour qui conque n'aura pas déféré aux mesures de réquisition ordonnées dans les cas où la grève est de nature à porter atteinte au fonctionnement normal d'un service essentiel (article 389 et 390 du Code du travail) ?

23. Nous sommes là, certainement, au cœur d'une difficulté quelque peu insurmontable, avec laquelle il faut apprendre à vivre ! La difficulté est d'autant plus grande qu'il est difficile de songer à une modification de l'article 36 de la Constitution, étant rappelé qu'aux termes de l'article 49, paragraphe 2 « *Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution* ».

(B) RECOMMANDATIONS

24. Des réflexions sont, depuis bien des années, menées en vue d'introduire une réforme en matière d'endiguement des relations collectives du travail et du dialogue social. Le nouveau contrat social, signé entre le Gouvernement, l'UTICA et l'UGTT, le 14 janvier 2013 au siège de l'Assemblée nationale constituante (ANC), y fait directement référence en comportant, parmi ses cinq principaux axes, un axe intitulé « *l'institutionnalisation du dialogue social tripartite* » et en prévoyant la création d'un « *conseil national du dialogue social* », doté d'une autonomie administrative et financière garantissant un dialogue actif et permanent entre les trois parties (UGTT, UTICA et gouvernement) et considéré comme une structure consultative pour l'ensemble des projets de textes de loi en lien avec les questions de portée sociale.

Notre opinion est qu'une telle réforme du dialogue social devrait être substantielle et se présenter comme suit :

R 1- Adopter une loi d'ensemble, voire un code de la négociation collective et des relations professionnelles en général, établissant un devoir de négociation de bonne foi et organisant avec précision les différentes étapes de la négociation, en réservant une place prioritaire à la négociation d'entreprise.

R 2- Procéder à la création, dans les principales concentrations économiques, de tribunaux qui, en parallèle avec les conseils de prud'hommes, seraient spécialisés dans les relations collectives du travail et veilleraient, à la demande de l'une ou l'autre des deux parties, à lever les difficultés entravant le cours normal des négociations et les conflits qui les accompagnent. Ce serait là, à coup sûr, un instrument idéal d'apaisement des tensions sociales permettant de les dégager de l'emprise directe du politique en les confiant à leur juge naturel.

R 3- Redéfinir le droit de grève, en engageant un débat responsable avec les partenaires sociaux, en vue de parvenir à un arbitrage cohérent entre les différents droits et libertés, tout autant dignes de protection :

- Le droit de grève d'une part, exercé en vue de promouvoir et de défendre les intérêts économiques et sociaux légitimes des travailleurs ;

- La liberté du travail et la paix sociale, d'autre part, qui doivent être également préservées et qui s'opposent à toutes les formes de contrainte et d'atteinte aux droits des autres parties prenantes : les travailleurs non grévistes, mais également les consommateurs et les citoyens en général dont les intérêts légitimes peuvent souffrir de l'exercice immodéré du droit de grève.

2^{ème} AXE : MIEUX ASSEOIR LES MECANISMES DE REPRESENTATION DES TRAVAILLEURS AU SEIN DE L'ENTREPRISE

(A) ANALYSE DE LA SITUATION

25. A côté de la représentation syndicale dans l'entreprise, dont la nature et les fonctions restent encore imprécises, le droit du travail tunisien semble favoriser davantage le dialogue social par l'entremise d'institutions représentatives du personnel, créées au sein de l'entreprise et dotées de certaines prérogatives.

26. Instrument réel de participation et d'intégration des travailleurs à la vie de l'entreprise, ces formes représentatives sont perçues dans la plupart des expériences comparées comme des organes de contrôle et, surtout, de coopération avec le pouvoir patronal par l'obligation continue que leur impose la loi de rester en paix (interdiction permanente et absolue de recours à la grève).

Le droit comparé enseigne, cependant, que la portée de l'institution, sa réussite ou son échec, dépendent essentiellement de l'étendue des pouvoirs qui lui sont attribués. Aucune institution de ce genre ne peut fonctionner normalement sans des contre-pouvoirs réels conférés aux travailleurs : depuis le simple droit à l'information ou à la transmission des réclamations jusqu'au transfert aux travailleurs, dans certains domaines, de pouvoirs de décision qui étaient exercés par l'employeur. L'expérience comparée montre, également, que toutes ces prérogatives sont tributaires de leurs définitions sous forme d'obligations précises par la loi et sanctionnées par les tribunaux.

27. C'est dans ce cadre général que se sont développées, en droit du travail tunisien, les expériences du comité d'entreprise et, depuis 1973, des commissions paritaires consultatives. De telles expériences ont eu une portée toute timide. La loi du 21 février 1994, portant révision de certaines dispositions du Code du travail, a fusionné utilement ces deux institutions en un organe unique : la commission consultative d'entreprise (CCE).

28. La loi est, sans doute, d'un apport intéressant sur un certain nombre de questions. On citera, notamment, l'élargissement des interventions de la CCE dans les domaines sociaux : sa consultation sur les questions relatives à l'organisation du travail dans l'entreprise, les questions se rapportant aux œuvres sociales, les programmes relatifs à l'apprentissage et à la formation professionnelle, son intervention également par voie d'avis sur les questions intéressant la carrière du personnel (promotion et reclassement professionnel), son intervention, par ailleurs, en tant que conseil de discipline avec, faut-il le rappeler, un rôle essentiellement

consultatif (article 160) (nouveau) du Code du travail, son implication directe, enfin, dans les questions relatives à la santé et à la sécurité au travail, où elle s'érige en « *un comité de santé et de sécurité au travail* » auquel la loi confie notamment la responsabilité d'élaborer les projets de règlements et de prescriptions en ce domaine, d'assurer les tâches d'information, de sensibilisation et de formation nécessaires et de proposer les mesures de prévention des risques professionnels au sein de l'entreprise (article 161 (nouveau) du Code du travail).

29. Pourtant, la réforme de 1994 reste en substance lacunaire, et ce, pour deux raisons complémentaires :

- La mauvaise formulation du texte et l'imprécision des obligations qu'il édicte ;
- Le caractère par trop timide des prérogatives de la CCE dans le domaine économique, le texte ne comportant pratiquement aucune prérogative si ce n'est qu'il invite la CCE à concourir à l'amélioration de la production et de la productivité. Bien sûr, l'article 161 bis (nouveau) du Code du travail précise, *in fine*, que « *L'employeur informe la commission de la situation économique et sociale de l'entreprise et de ses programmes futurs* ». Mais ce texte reste, en l'état, assez lacunaire.

(B) RECOMMANDATIONS

30. La plupart des analyses portant sur les institutions et mécanismes de représentation des travailleurs dans l'entreprise s'accordent généralement pour recommander ce qui suit :

R 4- Organiser avec précision la représentation syndicale dans l'entreprise.

R 5- Définir avec précision les obligations patronales en matière de consultation des institutions représentatives du personnel, en l'occurrence la CCE, y compris notamment les délais à observer avant telle ou telle décision à prendre, pour requérir l'avis de la CCE, le contenu des informations qui lui sont fournies, etc..

R 6- Etendre, surtout, les prérogatives de la CCE dans le domaine économique, en prévoyant notamment son information détaillée et sa consultation obligatoire sur toutes les questions intéressant la marche de l'entreprise, y compris – on y reviendra ci-dessous – sa consultation en matière de licenciement pour motif économique ou technologique.

(II) PERSPECTIVE

QUESTION N°2 : COMMENT MODERNISER LES RELATIONS DU TRAVAIL ET LES ADAPTER AUX NOUVELLES REALITES ECONOMIQUES ?

31. Sans perdre de vue les principes et valeurs qui constituent le fondement de la politique sociale dans le domaine de la protection de l'homme dans le travail, de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité des chances devant le travail, la Tunisie doit aujourd'hui relever un nouveau défi, qui interpelle et associe l'Etat et l'ensemble des partenaires sociaux, celui qu'exprime la volonté consciente et délibérée de gagner le pari de la relance de l'économie tunisienne, dont l'entreprise et ses ressources humaines constituent le noyau irréductible.

32. Deux axes de réflexion sont proposés, ci-après, en vue de répondre à la question centrale posée et de parvenir, ainsi, autant que faire se peut, à moderniser les relations du travail et à les adapter aux nouvelles réalités économiques:

- Diversifier les modèles et les réactions et favoriser une plus grande capacité de mobilité externe du travail (**1^{er} Axe**) ;
- Assurer l'adaptation des tâches et des compétences et favoriser une plus grande capacité de mobilité interne du travail (**2^{ème} Axe**).

1^{er} AXE : DIVERSIFIER LES MODELES ET LES REACTIONS ET FAVORISER UNE PLUS GRANDE CAPACITE DE MOBILITE EXTERNE DU TRAVAIL

(A) ANALYSE DE LA SITUATION

(a) Tendances actuelles en droit comparé : l'appel à plus de *flexisécurité*

33. Dans la plupart des systèmes qui prêtent à comparaison, le modèle des relations de travail est en voie de connaître une évolution, et ce, par le passage d'un modèle classique marqué par la stagnation et l'uniformisation des statuts à un modèle plus actuel impliquant une plus grande capacité de mobilité et d'adaptation aux besoins mouvants de l'entreprise.

- **Modèle classique** : Il correspondait à une économie tournée vers le marché local, peu ouverte sur l'extérieur et où les entreprises bénéficient d'avantages stables et d'un quasi-monopole leur permettant d'échapper aux risques de la concurrence internationale.

Dans ce modèle, l'emploi est stable et protégé. *"Ceci correspond à la fois à l'aspiration du salarié et à l'intérêt de l'employeur. Le salarié reçoit des avantages en fonction de son ancienneté. L'entreprise souhaite, de son côté, que la main-d'œuvre ne "tourne pas", mais lui soit fidèle. Les propriétaires de l'entreprise eux-mêmes sont connus et ne changent pas ou rarement.*

Bref ! Stabilité du capital, stabilité du travail font l'entreprise traditionnelle et caractérisent le plus nettement ce modèle initial"¹⁹.

- **Modèle actuel** : Il correspond à une économie qui s'ouvre résolument aux exigences de la concurrence internationale et au libre échange des produits et des services qui s'opposent aux formes diverses de protectionnisme et de monopole.

"Dans ce modèle, le capital est mobile, fugace: il s'investit, se désinvestit. Les propriétaires changent à une cadence plus rapide. Le travailleur salarié, surtout si l'on monte vers le haut de l'échelle, est invité lui-même à la mobilité: à changer de lieu de travail; à passer d'une filiale à une autre.

¹⁹ Gérard LYON-CEN, *La mobilité vue de haut*, Revue de droit social 1989, p.429.

- Cf. également Hatem KOTRANE, *Vers un nouveau droit de la mobilité*, Revue Arabe des Chefs d'Entreprise, 1996.

*Ainsi, mobilité du capital et mobilité du travail vont de pair, même s'il reste, de bien entendu, qu'il est plus facile de mobiliser l'argent que de déplacer l'homme: ce dernier a des racines, l'argent non.*²⁰.

34. Toute la réflexion est-elle, dès lors, de savoir comment passer avec le minimum de difficultés du modèle initial des relations du travail au modèle plus actuel. Comment aménager la transition ?

La réflexion juridique peut contribuer à cette phase de transition au moyen d'un nouveau Droit de l'adaptation et de la mobilité permettant, dans le contexte de la tertiairisation de l'économie et du développement des formes d'emploi atypiques, de remettre en cause l'idée traditionnelle selon laquelle le concept de salariat ou de dépendance correspond ou doit correspondre à un domaine homogène et compact. Il en est de même de l'idée selon laquelle le droit du travail produit des traitements uniformes, approche qui a conduit à de nombreux effets pervers et qui a paradoxalement créé " une inégalité par l'égalité ".

35. Un renouvellement fondamental des modes de représentation et de la doctrine du droit du travail est en cours dans plusieurs pays et permet d'introduire un point de vue pluraliste dans les schémas normatifs en vigueur.

Un examen de quelques expériences comparées permettra de tirer quelques enseignements à même d'expliquer et d'orienter les solutions en droit tunisien

i) Droit français

36. En droit français, en dépit d'une certaine tendance à la normalisation du travail atypique (le contrat à durée déterminée (CDD) par une loi n°72-11 du 3 janvier 1972, le contrat de travail temporaire par une loi n°79-11 du 3 janvier 1979, le principe demeure fortement ancré, ainsi qu'il est prévu par l'article L1221-2 du Code du travail, que « *Le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) est la forme normale et générale de la relation de travail...* ». L'**article** L1242-1 du même Code ajoute, dans le même sens : « *Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

37. Partant, les cas de recours aux contrats précaires, sous la forme d'un contrat à durée déterminée (CDD), sont strictement délimités par l'article L1242-2. Ce peut être notamment les cas suivants : « *1° Remplacement d'un salarié* » (par exemple en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail); « *2° Accroissement temporaire*

²⁰ *Ibid.*

de l'activité de l'entreprise » ; « 3° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois » ; etc..

38. L'article L1242-3 ajoute des situations où le recours au CDD est associé à des formes d'incitation au recrutement « ...de certaines catégories de personnes sans emploi » ou « Lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions déterminées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié. » ; autant dire une sorte de contrats-relais destinés à des chômeurs de longue durée ou à des jeunes où le CDD viendrait accompagner des stages de formation.

39. Au total, le droit français reste fortement dominé par la préférence donnée à l'emploi permanent, sous forme de contrat à durée indéterminée et par la protection des salariés contre le licenciement abusif, opéré sans cause réelle et sérieuse, ou sans l'existence d'un motif économique.

40. On sait, par ailleurs, les difficultés rencontrées par le projet de réforme de la « Loi Travail », dite « LOI EL KHOMRI », du nom de la ministre du travail. Le projet prévoit un certain nombre d'assouplissements :

- Admission plus large des cas de licenciement économique et leur extension à la situation où l'entreprise est confrontée à des « mutations technologiques » ou doit mener une réorganisation « nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité. » ;
- Plafonnement des indemnités que le salarié peut réclamer aux prud'hommes en cas de licenciement « sans cause réelle et sérieuse » en fonction de son ancienneté (de trois mois de salaire pour un salarié qui a moins de deux ans d'ancienneté à quinze mois pour un salarié qui est dans l'entreprise depuis plus de vingt ans).

ii) Droit italien

41. En droit italien, la tendance est traditionnellement à l'opposition aux diverses formes de contrats précaires, y compris les CDD, depuis notamment une loi n°230 du 18 avril 1962.

42. Des tempéraments ont été, progressivement, introduits autorisant le recours au CDD, hormis les cas classiques – nature saisonnière de l'activité, remplacement de travailleurs absents, exécution d'un travail à caractère exceptionnel, travaux en phases successives nécessitant des ouvriers de qualifications différentes –, dans les

secteurs du spectacle, de la radio et télévision, du transport aérien et des services d'aéroport²¹.

43. plus récemment, le 3 décembre 2015, le Sénat italien s'est prononcé en faveur du *Jobs Act*, une réforme du marché du travail orientée vers plus de *flexisécurité* voulue par le gouvernement de Matteo RENZI. La réforme majeure a porté sur l'article 18 du Code du travail italien, qui protège les salariés des entreprises de moins de 15 employés en cas de licenciement abusif, en ordonnant leur réintégration dans l'entreprise. En vertu de la réforme, l'obligation de réintégration des salariés licenciés est remplacée par une indemnisation.

44. D'autres réformes sont introduites par le texte consistant notamment en des incitations fiscales pour les employeurs proposant des contrats à durée indéterminée, tout en conférant les possibilités de licenciement les trois premières années de l'embauche: c'est la nouveauté la plus importante consistant justement dans l'introduction d'un nouveau type de contrat à durée indéterminée mais "à garanties croissantes", puisqu'il prévoit que le licenciement, facilité pendant 3 ans, devienne de plus en plus compliqué et coûteux ensuite. L'objectif était d'encourager les entreprises à abandonner la pratique -devenue un fléau social en Italie- de la souscription de contrats précaires.

45. Par suite des réformes ainsi introduites, pendant le premier semestre 2015, les souscriptions de nouveaux contrats à durée indéterminée ont augmenté de 36% par rapport à la même période de 2014, relève l'Institut national de la prévoyance sociale. Dans le même sens, selon l'Observatoire de la précarité de l'Institut national de la prévoyance sociale (*INPS*) italien, le premier semestre 2015 a vu les nouveaux CDI augmenter de 36%, et les conversions d'anciens contrats précaires en CDI croître de 30,6%, par rapport à la même période de 2014.

iii) Droit espagnol

46. Depuis une loi n°32-1984 du 2 août 1984, portant statut des travailleurs, le droit espagnol a amorcé une profonde transformation, en abandonnant le statut unitaire du travailleur salarié protégé par la loi, et ce, du fait essentiellement de la prolifération de nouvelles formes de travail tertiaire, se situant aux confins des frontières du monde salarié. Le modèle conventionnel qu'est le CDI, autrefois dominant et monolithique, laisse la place dans bien des secteurs à de nouvelles formes d'emploi qui génèrent des types ou sous-types de contrats différents.

²¹ Cf. Loi n°84 du 25 mars 1986.

47. Les CDD comportent jusqu'à douze formes différentes, elles-mêmes regroupées en plusieurs séries :

- Le CDD pour des raisons de conjonctures ou d'encouragement à l'emploi des chômeurs inscrits à l'Agence pour l'emploi ;
- Le CDD associé à une formation comprenant les contrats de stage et les contrats de formation de jeunes travailleurs ;
- Le CDD associé à des prestations à temps partiel. Il s'agit de contrats-relais destinés à des chômeurs inscrits à l'Agence pour l'emploi et qui, par cette forme de contrat, vont remplacer des travailleurs qui, à trois ans au plus de l'âge de la retraite, acceptent une réduction du temps de travail et du salaire de 50% ;
- les formes non-contractuelles d'emploi d'assistance. Il s'agit de contrats conclus en vertu d'accords signés entre les organismes publics et l'INEM (*Institut national espagnol pour l'emploi*)²², de contrats d'emploi rural, de travaux d'utilité collective pour les chômeurs indemnisés, etc..

iv) Droit allemand

48. En Allemagne il n'existe pas de Code du Travail tel qu'il est connu par exemple en France. Le droit du travail est régi par une série de lois comme la loi sur le temps de travail, la loi sur les congés, la loi sur le temps partiel et les contrats à durée déterminée. Le Code Civil allemand (*BGB*) régit, quant à lui, la question des préavis.

Par ailleurs les conventions collectives conclues entre syndicat patronal et syndicat de salariés (*Tarifverträge*) et les accords d'entreprises conclus entre l'employeur et le conseil d'entreprise (*Betriebsrat*) peuvent avoir des incidences sur les relations de travail existant au sein d'une entreprise.

49. Cela étant, le recours au travail précaire est traditionnellement moins fréquent en Allemagne que dans les autres pays européens. Le CDD est, certes, en principe autorisé (article 620 du Code civil). Le CDD doit, cependant, être impérativement consigné par écrit. En l'absence de contrat écrit, il sera requalifié en CDI.

²² L'une des principales fonctions de l'INEM est la gestion des contrats de travail et des allocations de chômage. En règle générale, et bien que la législation espagnole du travail soit actuellement en plein processus de réforme, toute personne devant être embauchée par une entreprise doit être inscrite à l'INEM. Toutefois, l'institut est surtout connu pour son rôle dans la gestion des allocations de chômage et dans l'assistance aux chômeurs à la recherche d'un emploi. L'INEM organise également des stages de reconversion.

50. La jurisprudence est allée plus loin en exigeant, généralement, une « cause objective » pour le recours au CDD: remplacement d'un travailleur permanent pour raison de maladie ou de congé ou encore lorsqu'il s'agit de travail auxiliaire ou à caractère saisonnier, etc. Cette jurisprudence reposait sur l'idée que la fixation d'une durée limitée ne doit pas servir à assouplir la gestion des effectifs.

51. Cette situation a été modifiée depuis la promulgation de la loi pour la promotion de l'emploi du 1^{er} mai 1985 (*Beschäftigungsförderungsgesetz*). Le point central de cette loi est la possibilité de conclure des CDD sans contrôle judiciaire pour un an et demi (ou pour deux ans en cas de création d'entreprise) dans l'hypothèse de salariés nouvellement embauchés. Depuis l'adoption de cette loi, le cadre légal pour la conclusion de CDD est devenu moins restrictif qu'en France. L'évolution allemande est telle que la part des CDD par rapport à l'ensemble de l'emploi salarié est devenue même plus importante qu'en Grande-Bretagne, pays qui ne connaît pas de restrictions légales concernant ce type d'emploi.

52. En contrepartie de cette flexibilité quant au recours au CDD, des garanties sont prévues, dont notamment un salaire horaire minimum obligatoire qui, depuis le 1^{er} janvier 2015, est fixé à 8,50€ brut. De nombreuses exceptions et règles transitoires ont toutefois été mises en place jusqu'à fin 2016 voire 2017. De nombreuses branches telles que l'intérim, l'industrie textile et alimentaire, la coiffure, la blanchisserie ou le portage de journaux ont convenu d'un salaire minimum propre. Les stagiaires et demandeurs d'emploi de longue durée sont également exclus de cette réglementation.

53. La loi relative à la protection contre le licenciement (*Kündigungsschutzgesetz – KSchG*) vise, pour sa part, à protéger les salariés contre les licenciements abusifs. Pour les salariés embauchés depuis le 1^{er} janvier 2004, cette loi ne s'applique qu'aux personnes travaillant dans des entreprises de plus de dix salariés.

v) Droit anglais

54. En Grande-Bretagne, la loi laisse habituellement une liberté quasi-totale à l'employeur de définir ses relations contractuelles. Le travail flexible et précaire concerne une proportion importante de la population active employée comme travailleurs indépendants, à temps partiel ou temporaires.

55. Plus, l'intervention du législateur, loin de limiter la liberté de l'employeur de choisir le contrat adapté aux besoins de l'entreprise, joue au contraire le rôle d'incitation à l'usage de formes d'emploi flexibles, et ce, en multipliant les avantages

de tout genre accompagnant ces formes d'emploi : règles plus avantageuses en matière de licenciement, de sécurité sociale, de fiscalité, etc..

vi) Droit américain

56. Aux Etats-Unis, le poids de la législation du travail est, traditionnellement, quasiment inexistant. A la différence des pays européens, les Etats-Unis n'ont en fait jamais promulgué des dispositions légales fondées sur un modèle type de relation du travail. Le droit du travail aux États-Unis est, en fait, caractérisé par son imbrication entre lois fédérales et lois des États fédérés, ainsi que par la grande flexibilité du marché du travail, notamment en matière de licenciement.

57. De fait, historiquement, l'emploi est gouverné par la doctrine de l'emploi à discrétion (*At-will employment*), toujours en vigueur dans de nombreux États. Cette doctrine considère, qu'à moins de disposition expressément contraire incluse dans le contrat de travail, l'employeur ou l'employé peut mettre fin à tout moment au contrat, sans avoir à en justifier la raison.

58. Le *Wrongful Discharge from Employment Act* de 1987 du Montana est, à cet égard, une exception notable. Trente-sept États acceptent la doctrine du contrat implicite de fait (*Implied-in-fact contract*), qui considère qu'un contrat de travail peut être créé par un simple accord oral et peut, le cas échéant, restreindre les possibilités de mettre fin au contrat.

59. Malgré ce cadre général très flexible, un certain nombre d'États ont mis en place des législations protégeant les employés contre les licenciements abusifs. Les conditions et la définition de ce que peut constituer un licenciement abusif sont cependant très restrictives.

60. Depuis 1988, le *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* (WARN Act) impose aux entreprises de plus de 100 salariés un préavis minimum de 60 jours avant tout licenciement collectif de masse (en cas de fermeture d'usine, etc.). Plusieurs exceptions à ce délai de préavis sont toutefois prévues.

vii) Droit japonais

61. Au Japon, les politiques traditionnelles de gestion de la main-d'œuvre étaient fondées sur une distinction nette entre deux catégories de salariés : il y a, d'une part, les salariés «réguliers», noyau dur de l'entreprise et qui bénéficient du «système d'emploi à vie», c'est-à-dire d'un système où l'employeur garantit un emploi à ses salariés jusqu'à l'âge de la retraite avec un salaire progressant automatiquement avec l'ancienneté et un certain nombre d'avantages en nature (logement, maison de

vacances, etc.) et, d'autre part, les salariés «*irréguliers*», occupés à des tâches plus ou moins marginales et occasionnelles et laissés en dehors du système de protection.

62. Par suite aux changements structurels qui ont affecté depuis les années 80 du siècle dernier la société japonaise sur les plans économique, social et culturel, de nouvelles formes d'emploi connaissent un développement fort et libre. A la base, on évoque surtout les causes suivantes : stagnation économique, développement de nouvelles technologies, tertiarisation, transformation des caractéristiques démographiques de la main-d'œuvre (féminisation, vieillissement, allongement de la scolarité).

63. Les nouvelles formes d'emploi vont concerner tout autant, mais avec des modalités différentes, les salariés «*réguliers* » et les salariés «*irréguliers* » :

- S'agissant des salariés «*réguliers*», les entreprises ont développé diverses pratiques, dont la suppression pure et simple de certains emplois sans rapport direct avec la production (gardiennage, nettoyage, informatique, etc.) et leur substitution par des emplois temporaires ou par un recours à la sous-traitance, ainsi que le développement de la mobilité interentreprises de l'ensemble du personnel, notamment les cadres et agents de maîtrise. Le champ de mobilité des salariés est, par ailleurs, élargi de l'entreprise au groupe d'entreprises, et ce, grâce à une interprétation du système d'emploi à vie impliquant une garantie d'emploi non plus au sein d'une même entreprise, mais au sein du groupe dans son ensemble.

64. Enfin, il y a lieu d'évoquer le recours, de plus en plus fréquent, par les entreprises à la pratique du changement de poste et qui concerne souvent les ouvriers et les employés, alors qu'il était réservé traditionnellement aux cadres ;

- S'agissant des salariés «*irréguliers* », ils seront encore plus touchés par les nouvelles formes d'emploi. Parmi elles, il faut citer le travail temporaire réglementé par une loi du 5 juillet 1985 et qui connaît un développement important depuis dans divers secteurs, notamment ceux de l'informatique, les emplois de bureaux et les activités de gardiennage. La réduction des effectifs permanents et des coûts salariaux sont parmi les principales motivations à la base de la stratégie en ce domaine.

(b) Etat du droit tunisien : réformes inachevées

65. Diversifier les modèles et les réactions a été, sans doute, à la base des réformes substantielles ayant été introduites dans le Code du travail successivement en 1994 (loi n° 94-29 du 21 février 1994) et en 1996 (loi n° 96-62 du 15 juillet 1996) et qui ont touché une grande partie de ce code, promulgué en 1966.

Dans ce nouveau contexte, ces réformes se devaient de redonner au droit du travail tunisien un sens à partir de données beaucoup plus complexes que par le passé. Y sont-elles parvenues ? Ont-elles permis de surmonter dogmatisme et rigidité intellectuelle en offrant une synthèse cohérente et un traitement objectif des différentes situations qui se présentent ?

66. Cette contribution ne peut pas répondre à cela en détails. On se limitera, ici, à relever les insuffisances relatives à la définition des formes juridiques d'emploi (b1) et au régime du licenciement (b2).

(b1) Formes juridiques d'emploi

67. Une lecture attentive du Code du travail, avant la réforme introduite par la loi du 15 juillet 1996, précitée, révèle que le droit tunisien donnait une nette préférence et privilégiait la formule du contrat de travail à durée indéterminée (CDI) qui constituait ainsi l'idéal type conventionnel: une relation bilatérale ferme avec un employeur unique, un travail à temps plein, un même lieu de travail et, surtout, un emploi suffisamment stable par le poids des protections légales et conventionnelles contre le licenciement.

68. Les conditions de travail accompagnant la conclusion d'un tel type de contrat étant, par ailleurs, fixées par des règles essentiellement impératives, il était difficile d'imaginer, en l'état, d'autres formules de contrats offrant une certaine différenciation qui pourrait, pourtant, s'avérer nécessaire pour une bonne gestion de l'entreprise : travail temporaire, à temps partiel, intermittent, etc. Seule la et formule du contrat à durée déterminée (CDD) était alors prévue par l'article 6 du Code du travail, mais elle demeurait insuffisamment réglementée, ce qui explique l'incertitude et le flou qui imprégnaient généralement ce type de contrats.

69. L'opinion largement répandue est, pourtant, que des situations de travail différentes exigent des mesures de protection différentes, sans que cela implique, toutefois, une opposition totale et rigide des statuts applicables aux différents modèles ou types de contrats. La différenciation nécessaire dans la protection ne peut être mise en œuvre si l'on continue à imputer grossièrement des effets totalement opposés selon que l'une (CDI) ou l'autre (CDD) des modalités du contrat est retenue. L'atypisme ou la différenciation normative, au lieu d'être une source de discrimination scandaleuse et intolérable, pourrait s'avérer en réalité un facteur d'enrichissement du droit du travail.

i) Le contrat à durée déterminée: une réglementation confuse

70. L'une des confusions regrettables introduites par la loi de 1996 provient de la réglementation hésitante et confuse du CDD, comme en témoigne la contradiction majeure dans les dispositions de l'article 6-4 du Code du travail, son paragraphe 1^{er} définissant les situations objectives justifiant le recours au CDD, ce qui renvoie implicitement, mais en puissance, à l'idée que le CDD ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise, alors que le paragraphe 2^{ème} autorise plus librement la conclusion d'un CDD, dans des cas autres que ceux indiqués au paragraphe précédent, sur accord entre l'employeur et le travailleur, pour une durée pouvant atteindre quatre années "y compris ses renouvellements", durée qui se conjugue manifestement mal avec les dispositions restrictives du paragraphe 1^{er} du même article. Quelle utilité rationnelle y a-t-il, en particulier, à mentionner, comme cas pouvant tolérer aux termes de l'article 6-4 1^o/ le recours au CDD, celui du « *remplacement provisoire* » d'un travailleur permanent absent ou encore celui justifié par "*exécution de travaux saisonniers*" ou d'autres activités pour lesquelles, est-il expressément précisé par le même texte, "*il ne peut être fait recours, selon l'usage ou de par leur nature, au contrat à durée indéterminée*" si, de toute façon, il est en même temps permis d'utiliser la formule du CDD afin de pourvoir aussi durablement un emploi qui, de par sa nature, est paradoxalement lié à l'activité normale de l'entreprise. Un même article ne peut pas contenir, en toute logique, une chose et son contraire : entre les deux logiques, il faut choisir !

ii) Le contrat à de travail temporaire : une réglementation lacunaire

71. Le caractère lacunaire de la réforme de 1996 provient notamment du fait que le législateur a omis de réglementer les diverses formes de travail temporaire dit, parfois, « intérimaire » ainsi que l'activité des bureaux de placement privés alors que ces pratiques de travail triangulaires, très répandues en Tunisie, paraissent, parfois, contredire les règles et l'esprit de la législation, dès lors qu'elles peuvent dissimuler de réelles formes de « marchandage », et qu'elles gagneraient manifestement, dès lors, à être encadrées par la loi, afin de concilier normes et pratiques professionnelles, étant précisé que nombre de systèmes de droit comparé offrent aujourd'hui un cadre harmonieux à ces pratiques, conformément aux instruments internationaux de protection²³.

²³ Convention (n° 96) de l'OIT sur les bureaux de placement payants (révisée) et Convention (n° 181) de l'OIT sur les agences d'emploi privées.

(b2) Le régime juridique du licenciement

72. La réforme introduite par les lois du 21 février 1994 et du 15 juillet 1996, précitées, a apporté, sans doute, certaines améliorations par rapport à la législation antérieure :

- définition des cas de fautes justificatives de licenciement (art. 14 quater (nouveau) du C.T);
- plafonnement des dommages-intérêts dus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (art. 23 bis (nouveau) du C.T) ;
- réaménagement des procédures administratives concernant le licenciement pour motif économique par la fixation de délais raisonnables impartis à l'administration de donner son avis sur les projets présentés par l'entreprise et l'élargissement de l'éventail de mesures pouvant être arrêtées au niveau de la commission de contrôle des licenciements (art. 21-3 (nouveau) et 21-9 (nouveau) du C.T), etc..

73. Sur nombre d'autres questions, par contre, la réforme du Code du travail s'avère, insuffisante, entretenant les risques évidents de contradictions et de différends d'interprétation devant les tribunaux et ne parvenant pas, en définitive, à un arbitrage cohérent entre les besoins mouvants de mobilité exprimés par les entreprises et le souci de préserver un socle minimum de protections.

74. Au-delà de toutes les questions et débats juridiques et techniques qui ne peuvent être abordés dans cette contribution, le principal grief qui peut être relevé ici tient essentiellement à la méthodologie d'ensemble qui a animé ces réformes. Et pour vouloir parvenir à tout prix à un texte général applicable invariablement à tous, ces réformes seront condamnées à n'offrir guère que de petites retouches, non susceptibles de modifier en substance l'économie générale du système.

i) Le licenciement pour motif personnel

75. La question majeure posée, en ce domaine, conduit à s'interroger s'il n'était pas plus judicieux de limiter l'intervention du législateur au minimum, c'est-à-dire à la fixation de la gratification de fin de service due à tous les travailleurs quelque soit la modalité du contrat – CDD ou CDI – et, pour tout le reste, c'est-à-dire les dommages-intérêts, d'aller au-delà d'un simple plafonnement et de confier carrément la définition de leurs conditions d'octroi et de leur étendue à l'action conjointe des acteurs collectifs qui y procéderaient, secteur par secteur, selon les réalités propres à chacun d'eux. Loin de constituer une remise en cause intolérable des droits du travailleur, une telle voie lui permet, au contraire, de faire pression par le poids de

son organisation collective reconnue juridiquement et de réaliser ainsi la protection de ses droits dans l'autonomie.

76. Une deuxième variation devrait être introduite dans le régime juridique du licenciement et tient à la taille de l'entreprise. Il paraît, en effet, inconcevable de continuer à réserver le même traitement juridique à toutes les entreprises quelle qu'en soit la taille ou le nombre de travailleurs.

La législation du travail apparaît, en effet, forcément trop rigide pour une petite entreprise, peu rompue aux contentieux nés des licenciements et pour laquelle l'existence d'une législation tatillonne en ce domaine est une source d'embarras influant, dans bien des cas, sur sa stratégie d'embauche. Dans une entreprise de taille et d'envergure suffisante, un lien fort d'entreprise unit par contre les travailleurs aux facteurs de production permettant ainsi de forger l'unité organique de l'entreprise en tant qu'entité économique et sociale de production. La cellule sociale n'est pas simplement juxtaposée à la cellule économique, elle en est, en l'espèce, indissociable; ce qui permet de justifier et d'admettre plus facilement l'apport des règles et des tutelles protectrices du licenciement. C'est l'orientation prise, par exemple, en droit français. Les sanctions et indemnités prévues en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou opéré en violation des règles de procédure sont limitées aux salariés justifiant de deux années d'ancienneté et travaillant dans une entreprise de 11 salariés au moins. Pour les autres salariés, notamment ceux des petites entreprises (moins de 11 salariés), la violation tant du droit substantiel que du droit procédural est sanctionnée par la technique de l'abus du droit (article L.122-13, al1 du C.T français) dont le régime juridique et les conséquences matérielles sont moins contraignants pour l'entreprise: on relèvera, en particulier, que la faute même légère du salarié justifie alors le licenciement et que le salarié supporte, dans un tel système, la charge de la preuve.

77. Une autre variation mériterait d'être examinée et tient, cette fois-ci, à la catégorie professionnelle à laquelle appartient le salarié. Contrairement à l'ouvrier et à l'employé occupant un poste inférieur ou intermédiaire dans la pyramide des emplois, pour lesquels le modèle des tutelles protectrices semble avoir été aménagé, le cadre ou l'ingénieur paraissent plus en mesure de faire pression par la force de leur formation et de leurs aptitudes professionnelles, de négocier librement leurs conditions d'emploi et de protection et de réaliser, ainsi, leur émancipation dans l'autonomie, en dehors de toute tutelle extérieure.

78. Un dernier point doit être soulevé, au terme de cette analyse du régime juridique du licenciement, et concerne le pouvoir attribué en 1973 à la commission consultative d'entreprise par la convention collective cadre et consacré légalement,

depuis la réforme introduite par la loi du 21 février 1994, précitée, et lui conférant la mission de s'ériger en conseil de discipline et d'appliquer la procédure fixée par les textes législatifs, réglementaires ou conventionnels régissant l'entreprise (article 160 (nouveau), e) du C.T).

L'article 37 (nouveau) de la convention collective cadre est plus explicite quant aux différentes modalités de convocation du conseil de discipline et des règles régissant son fonctionnement et sa procédure. Quant à l'article 38 de la même convention, il précise bien la nature consultative des propositions et avis formulés par le conseil, et qui "*...ne fait pas obstacle au droit, pour les parties intéressées, de porter le litige devant les tribunaux compétents*".

79. C'est l'institution du conseil de discipline qui pose, en réalité, difficulté. Institution de droit public, notamment du droit de la fonction publique, elle apparaît en substance inadaptée à l'entreprise privée et y constitue un "corps étranger" et, en tout cas, une atteinte réelle à l'un des pouvoirs inhérents à la qualité d'employeur et qui en constitue même le fondement: le pouvoir disciplinaire.

L'autre inconvénient lié à l'institution du conseil de discipline est traduit une déviation par rapport à la finalité fonctionnelle d'une structure voulue comme le cadre d'une collaboration directe et d'une coopération fructueuse des travailleurs à la vie de l'entreprise.

80. Mieux vaut alors supprimer l'institution du conseil de discipline et, à l'instar de la plupart des expériences de droit comparé, rétablir l'employeur dans ses fonctions traditionnelles en l'invitant, toutefois, à respecter certaines formalités essentielles avant la décision finale de licenciement, telle la convocation du salarié à un entretien préalable, par lettre recommandée lui notifiant les griefs qui lui sont reprochés et lui indiquant la date, l'heure et le lieu de l'entretien ainsi que la possibilité de se faire, le cas échéant, assister par une personne de son choix. L'employeur qui après cet entretien préalable qui doit se dérouler de façon contradictoire, décide de licencier le salarié, devrait être obligé, également, d'adresser à ce dernier une lettre de notification, en recommandé, etc.

ii) Le licenciement pour motif économique

81. Il faut rappeler, sur ce point, que l'institution du licenciement pour motif économique tend, de par sa finalité, à octroyer un avantage juridique précieux à l'entreprise : si le licenciement est reconnu comme tel, le salarié ne reçoit qu'une indemnité forfaitaire sans rapport avec les montants qu'il aurait perçus du fait d'un licenciement pour motif personnel et injustifié. Il est dès lors normal que l'entreprise

qui cherche à bénéficier de ce régime plus souple dans ses résultats ait à subir un certain contrôle en la matière.

82. Celui-ci prend, en droit comparé, soit la forme d'une autorisation que délivre l'administration après consultation des représentants du personnel, soit la forme plus souple d'une intervention de l'administration par voie simplement consultative mais obligatoire.

C'est cette dernière forme, plus souple, que le droit tunisien consacre dans l'article 21 du Code du travail (nouveau), tel que modifié récemment par la loi du 15 juillet 1996, puisqu'il n'est toujours question expressément - comme de par le passé - que d'un avis que donne la commission - régionale ou centrale - de contrôle du licenciement (C.C.L) sur l'opportunité du licenciement ou de la mise en chômage et, au cas où la demande est acceptée, " sur la gratification de fin de service prévue par la législation en vigueur" en s'employant, à cet égard, "à concilier les deux parties concernées sur le montant de cette gratification et à faire procéder au règlement immédiat de celle-ci" (article 21-10 (nouveau) du C.T). Cela veut dire, en termes clairs, que l'employeur reste seul juge en définitive de l'opportunité d'une mesure de licenciement pour motif économique ou technologique. Il lui suffit de respecter la procédure établie par la loi et il pourra, par la suite, passer outre l'avis de la C.C.L : il appartiendra alors au juge judiciaire de régler les litiges en cas d'action intentée individuellement par tout salarié mécontent (article 21-11 (nouveau) du C.T).

83. Une amélioration devrait, toutefois, être introduite consistant à reconsidérer l'organe administratif compétent en ce domaine. Certes, un projet de licenciement pour motif économique annonce généralement le début d'un conflit social, de sorte que l'inspection du travail se trouve forcément concernée, de par la mission générale de conciliation qui lui est -dans des conditions qu'il convient d'ailleurs de redéfinir - reconnue. Mais il ne faut pas oublier que le conflit latent n'est qu'une conséquence probable du projet de licenciement pour motif économique; il n'en est pas l'essence ou le fondement. Continuer à régir de telles situations avec une logique de crise et de conflit ne permet pas de parvenir à un traitement efficace des questions réellement posées et aboutit à dévier l'institution du licenciement pour motif économique de ses objectifs et de ses finalités fonctionnelles.

84. Le fait, d'ailleurs, que dans l'expérience actuelle l'on parvient souvent à concilier les parties et à trouver des solutions négociées n'est pas, forcément, le signe d'une efficacité des structures existantes. Il est, au contraire, l'expression nette de la confusion des tâches et des rôles attribués aux différents intervenants en la matière. Un projet de licenciement pour motif économique, n'étant pas, dans ses fondements propres, le résultat d'un conflit collectif, même s'il peut, parfois, y déboucher, il a

besoin d'être examiné, non pas par des instances de conciliation ou de règlement des conflits, mais plutôt par des organes compétents et spécialisés dans l'analyse du marché de l'emploi et de ses réalités, qui donneraient leur avis motivé sur le projet présenté par la direction de l'entreprise et les mesures sociales d'accompagnement, après avoir recueilli, entre autres, l'avis des représentants des travailleurs, lequel pourrait être formulé dans le cadre de la commission consultative d'entreprise, dont il constituerait ainsi une des prérogatives principales.

(B) RECOMMANDATIONS

85. Une nouvelle réforme du Code du travail touchant tout à la fois les formes juridiques d'emploi et le régime du licenciement s'avère nécessaire. Une telle réforme devrait, à notre avis, être substantielle et se présenter comme suit :

R 7- Clarifier le régime du CDD en supprimant purement et simplement le paragraphe premier de l'article 6-4 et toute référence aux situations objectives pouvant tolérer la conclusion exceptionnelle d'un CDD., ces situations étant forcément couvertes par le paragraphe 2 du même article, tout en exigeant la rédaction d'un écrit dès la phase du recrutement du salarié, avec obligation d'y insérer des mentions obligatoires sur la durée du contrat, le salaire et les autres conditions du travail.

R 8- Faire du CDD un contrat plus attractif et limiter les effets diamétralement opposés qui séparent cette formule de la formule d'emploi protégée (CDI) en étendant aux salariés occupés pour une durée déterminée le bénéfice de la gratification de fin de service.

R 9- Réglementer les diverses formes de travail temporaire ou intérimaire ainsi que l'activité des bureaux de placement privés afin de concilier normes et pratiques professionnelles, conformément aux instruments internationaux de protection.

R 10- Reconsidérer le régime juridique du licenciement pour motif personnel en limitant l'intervention du législateur au minimum, c'est-à-dire à la fixation de la gratification de fin de service due à tous les travailleurs, quelque soit la modalité du contrat de travail (CDD ou CDI) et, pour tout le reste, c'est-à-dire les dommages intérêts, aller au -delà d'un simple plafonnement et confier carrément la définition de leurs conditions d'octroi et de leur étendue à l'action conjointe des acteurs collectifs qui y procéderaient, secteur par secteur, selon les réalités propres à chacun d'eux.

R 11- Supprimer l'institution du conseil de discipline et, à l'instar de la plupart des

expériences de droit comparé, inviter l'employeur à respecter certaines formalités essentielles avant la décision finale de licenciement, telle que la convocation du salarié à un entretien préalable, par lettre recommandée lui notifiant les griefs qui lui sont reprochés et lui indiquant la date, l'heure et le lieu de l'entretien ainsi que la possibilité de se faire, le cas échéant, assister par une personne de son choix, ainsi que l'obligation de notification par écrit de toute décision finale de licenciement.

R 12- Procéder à la définition précise des situations pouvant donner lieu à des licenciements pour motif économique.

R 13- Reconsidérer l'organe administratif compétent en matière de contrôle du licenciement pour motif économique en confiant cette mission, non pas à des instances de conciliation ou de règlement des conflits, mais plutôt à des organes compétents et spécialisés dans l'analyse du marché de l'emploi et de ses réalités, qui donneraient leur avis motivé sur le projet présenté par la direction de l'entreprise et les mesures sociales d'accompagnement, après avoir recueilli, entre autres, l'avis des représentants des travailleurs, lequel pourrait être formulé dans le cadre de la commission consultative d'entreprise, dont il constituerait ainsi une des prérogatives principales.

2^{ème} AXE : FAVORISER UNE PLUS GRANDE CAPACITE DE MOBILITE INTERNE DU TRAVAIL ET D'ADAPTATION DES TACHES ET DES COMPETENCES

(A) ANALYSE DE LA SITUATION

86. Parler de mobilité interne revient à s'interroger sur les prorogatives de l'employeur, inhérentes à sa qualité de chef d'entreprise assumant la responsabilité et les risques de production, en vue d'affecter les ressources humaines et matérielles disponibles aux activités et aux besoins mouvants de l'entreprise.

87. Les possibilités d'introduire une certaine mobilité en ce domaine sont forcément plus limitées car, contrairement aux normes relatives à la gestion du contrat de travail, ci-dessus exposées (licenciement, formes juridiques d'emploi) et qui sont plus facilement ouvertes aux exigences de la mobilité, les normes relatives à l'organisation du travail dans l'entreprise suscitent habituellement des questions plus largement imprégnées des exigences de l'ordre public social et sont d'ailleurs elles-mêmes souvent la traduction de conventions internationales du travail ratifiées par la Tunisie.

88. La recherche d'une plus grande fléxisécurité pourrait pourtant être dictée par le besoin croissant, dans bien des secteurs, de procéder à un ajustement du travail en fonction de l'aptitude du salarié, des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise ou de la conjoncture économique et sociale. La loi du 15 juillet 1996, précitée, y a partiellement pourvu en ajoutant un article 76-2 au Code du travail, aux termes duquel : « *Pour nécessité de service, le travailleur peut être chargé d'effectuer des travaux d'une catégorie inférieure ou supérieure à sa catégorie.*

Les modalités d'application des dispositions du paragraphe précédent sont fixées par les conventions collectives, les contrats individuels ou par arrêté du ministre chargé des Affaires Sociales, pris après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs concernées ».

89. Doctrine et jurisprudence s'accordent, toutefois, pour affirmer un principe général selon lequel l'employeur, maître de l'organisation et du bon fonctionnement de ses services, peut librement, et sans engager sa responsabilité, apporter, dans les limites de son pouvoir de direction, des aménagements dans l'exécution de la prestation du travail, dès l'instant où il ne porte pas atteinte pour autant aux « éléments substantiels du contrat » ou ne lui apporte pas de « modification essentielle » touchant à la qualification, aux attributions principales, aux conditions de travail ou à la rémunération.

90. Le droit conventionnel a, au contraire, comblé en partie le silence du code de travail en prévoyant des dispositions explicites couvrant, notamment, deux situations majeures pouvant s'apparenter à des cas de modifications essentielles de la prestation de travail :

- la première résulte de l'utilisation des travailleurs dans les fonctions autres que celles de leur grade: article 15 (nouveau) de la CCC ;
- la deuxième résulte du changement de résidence ou de la mutation du salarié: article 22 (nouveau) de la CCC.

91. Il n'est pas utile d'analyser, dans les détails, le contenu de ces dispositions introduites par l'avenant n°1 à la CCC, signée le 17 novembre 1984 et généralement reprises dans les conventions sectorielles. Force est cependant de reconnaître qu'elles ont porté de sérieuses restrictions à ces diverses formes de mobilité, en faisant largement prévaloir les considérations sociales sur les besoins économiques de l'entreprise, aboutissant par là même, à porter gravement atteinte au pouvoir de direction du chef d'entreprise. L'exemple de la mutation permettra de s'en convaincre, l'article 22 de la CCC, précité, disposant à ce sujet :

« Les changements de résidence ou mutations ne peuvent être décidés que par nécessité de service et dans la mesure où il n'existe pas de volontaires parmi les travailleurs remplissant les conditions requises.

Dans ce cas, il sera tenu compte de l'ancienneté du travailleur, de sa condition familiale et d'habitation, ainsi que de sa responsabilité syndicale.

Dans tous les cas, tous les frais engendrés directement par ce changement de résidence ou cette mutation seront à la charge de l'employeur ».

92. Que la Convention collective prenne soin de prévenir les cas extrêmes d'abus en interdisant les mesures de mobilité revêtant un caractère vexatoire ou qu'elle définisse les mesures sociales d'accompagnement et tendant à limiter les conséquences matérielles et sociales d'une telle mesure, l'affaire en soi est indiscutable et digne d'intérêt. Mais, en la circonstance, l'article 22 précité va bien au-delà, jusqu'à ignorer toute considération économique pouvant présider à la désignation par le chef d'entreprise du salarié qui, au regard du profil nécessaire et de l'efficacité recherchée, pourrait être le mieux à même à y répondre: le chef d'entreprise est alors contraint à abandonner ces considérations et à rechercher, quand la condition préalable de nécessité de service est établie, un candidat volontaire à la mutation et, seulement en l'absence d'un tel candidat, à choisir la

personne concernée en tenant compte au surplus de conditions toutes à caractère social, liées à sa situation professionnelle, familiale et syndicale !

(B) RECOMMANDATIONS

93. Une réforme du droit s'avère nécessaire, celle par laquelle les partenaires sociaux arrivent à un arbitrage plus cohérent entre les considérations économiques de mobilité et d'ajustement constant des prestations de travail selon l'aptitude du salarié et les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, d'une part, et les considérations sociales devant normalement accompagner les mesures de mutation, d'autre part.

R 14- Reconsidérer le régime légal et conventionnel de la mobilité fonctionnelle, y compris la mutation avec changement de résidence du salarié.

CONCLUSION

QUESTION FINALE : A QUAND UNE REFORME TOTALE DU CODE DU TRAVAIL ?

94. Il convient de rappeler, en conclusion, que le Code du travail du 30 avril 1966 n'est autre chose que l'addition de textes épars, apparus depuis 1910 et regroupés en 1966 selon une certaine logique dans un code unique qui est devenu depuis, et à la faveur des réformes qui s'y sont ajoutées, un amas de dispositions disparates, sans cohérence d'ensemble, difficiles à lire et à comprendre, et donc à appliquer, même par les personnes rompues aux discussions et aux techniques juridiques.

RECOMMANDATION FINALE

95. La Tunisie gagne à engager, dans le cadre d'un large dialogue national entre le gouvernement et l'ensemble des organisations représentatives des travailleurs et des employeurs, ainsi que les autres composantes de la société civile, y compris les organisations de la jeunesse – à qui l'avenir appartient – une réflexion profonde en vue d'adapter la législation du travail aux nouvelles réalités: **un nouveau Code du travail alliant concision et rigueur méthodologique devrait être adopté dont l'objet devrait porter essentiellement sur la mise en œuvre des valeurs et principes essentiels et incontournables, ceux-là même proclamés dans le Préambule et aux articles 12, 35, 36 et 40 de la Constitution du 27 janvier 2014, et qui résument, en général, les tendances majeures consacrées par les conventions internationales du travail ratifiées par la Tunisie, à savoir le droit à la justice sociale, le droit à un travail décent sur la base du mérite et de l'équité et dans des conditions favorables et avec un salaire équitable, le droit à la liberté syndicale et au dialogue social.**

Pour tout le reste, tout ce qui a trait à la portée des engagements contractuels et aux droits et obligations respectives des parties, le législateur devrait se limiter à poser des règles générales, renvoyant les données techniques à l'action conjointe des partenaires sociaux en matière de qualification des situations nouvelles, de définition des tâches et des compétences et d'adaptation des conditions d'emploi et de rémunération aux besoins spécifiques des différents secteurs d'activité et aux réalités mouvantes des entreprises et de l'emploi.