

Certificat d'Etude Juridique et Fiscales	Droit de Travail	Année Universitaire 2005&2006
---	------------------	--

Introduction

I. Définition et caractères généraux du droit de travail

Définition du droit de travail

L'expression droit de travail est relativement récente pendant un certain temps on lui a préféré celle de législation industrielle mais cette expression était doublement inexacte d'abord parce qu'elle laissait croire que cette branche du droit est réglementée uniquement par la loi alors qu'elle déborde largement la seule étude des textes législatives ensuite parce qu'elle laissait croire que seule l'industrie était concernée par cette science alors que celle-ci intéresse également le commerce l'agriculture les professions libérales...

Bien sur l'expression législation industrielle a été doublée par une autre expression on avait désigné le droit de travail par droit ouvrier, on s'est aperçu que cette expression était très étroite car le droit de travail ne régit pas seulement les relations qui s'établissent entre un employeur et les ouvriers uniquement mais tous les salariés cadre employé ingénieur sont également visés par conséquent c'est l'expression droit de travail qui a été retenue pourtant ce vocable est lui-même ambigu car à la réflexion tout travail humain n'est pas forcément régit par cette branche pour en prendre conscience il est nécessaire de partir d'une définition approximative du droit de travail.

Le droit de travail peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés ou assimilés et ceux qui travaillent sous leur autorité à l'occasion de ce travail Riverau et Sabatier

Cette définition permet du même coût de préciser l'objet du droit de travail :

- 1- Le droit de travail ne vise que le travail effectué au service d'autrui, une distinction capitale est à faire entre le travail indépendant artiste écrivain avocat ... et le travail effectué sous l'autorité d'autrui ce dernier relève en principe du droit de travail encore faut-il préciser que tout travail pour autrui n'entraîne pas de ce fait même l'application des règles de droit travail car à la limite tout le monde travaille pour quelqu'un d'autre la seule dépendance économique de l'acheteur est insuffisante il faut une dépendance juridique caractérisée par l'exercice d'un pouvoir d'autorité sur le travailleur
- 2- Le droit de travail ne vise que les relations de travail privée toute situation de dépendance juridique ne tombe pas sous le coup du droit de travail ainsi le fonctionnaire qui exécute un travail sous l'autorité de l'Etat échappe à la réglementation du droit de travail.
- 3- Le droit de travail régit les relations entre employeur et salarié ici il faut préciser que le droit de travail n'est pas le droit des travailleurs salariés seulement sans doute historiquement le droit de travail s'est élaboré en vue d'assurer la protection des salariés mais il consacre aussi des prérogatives du chef d'entreprise: la contre partie des obligations du

salarié ainsi le droit de travail s'applique tout autant à l'employeur qu'au salarié

- 4- Le droit de travail régit les relations aussi individuelle que collective qui naissent entre les employeurs et les salariés historiquement et pour une longue période le droit de travail n'a pour objet que de régir les relations individuelles existants entre un employeur et un salarié mais on constate aujourd'hui que sans avoir disparu ces relations individuelles s'estompent derrière des relations collective, le développement du droit syndical salarié et employeur a montré la solidarité qui existe aussi bien chez le travailleur que chez les employeurs, les syndicats négocient les conventions collectives exprimant la volonté collective ces rapports collectives constituent la partie originale du droit de travail et témoignent par la même du particularisme du droit de travail

Caractères généraux du droit du travail

Le droit de travail se caractérise essentiellement par les traits suivants :

- Particulariste
- Exemptionniste
- Largement tributaire de la conjoncture politique économique et sociale

2.1- Le droit de travail est un droit particulariste

Par cette expression on désigne généralement le fait que le droit de travail tend à faire éclater les divisions traditionnelles du droit tout en s'organisant lui-même en un ensemble cohérent on constate d'abord que le droit de travail s'intègre mal dans les divisions traditionnelles du droit en droit public et en droit privé il est certain qu'à l'origine le droit de travail constituait une branche du droit privé en ce sens tous les rapports qu'il régissait étaient en même temps privés le contrat de travail n'était pas autre chose qu'une forme de contrat comme autre dont le contenu y compris le salaire était en principe discuté librement par les parties c'est si vrai que le code des obligations et des contrats en traite comme une forme de louage, le louage du service ou de travail article 828 et suivant du code des obligations et du contrat mais à la différence des autres branches du droit privé le droit de travail porte très largement la marque de l'interventionnisme étatique sans doute ce phénomène est également sensible dans le droit commerciale ou le droit civil mais il est particulièrement net en droit de travail ici tout est marqué du signe de l'ordre public social qui permet à la négociation individuelle ou collective d'ajouter au minima légaux mais non de retrancher exp le salaire peut être supérieur au SMIG il ne peut en principe lui être inférieur légalement L'interventionnisme de l'Etat se traduit encore par le caractère répressif du droit par des sanctions pénales voir article 223 nouveau du code du travail l'interventionnisme de l'Etat ne doit cependant pas nous conduire à la conclusion que le droit de travail est parti intégrante du droit public car aucune activité n'est ici placée sous le signe du service public ou de l'intérêt général cette impossibilité de classer le droit de travail vient aussi de ce que ce droit tend à s'ériger à son tour en un ensemble cohérent disposant de ses propres principes de ses propres méthodes et de ses propres sanctions

2.2- Le droit de travail est un droit expansionniste

Ce second caractère se vérifie à plusieurs égards en effet le droit de travail est expansionniste en raison de l'augmentation du nombre de salariés il l'est encore au regard de son domaine et de son contenu, à cet égard on peut relever trois signes du dynamisme du droit de travail alors qu'au départ la législation du travail consistait seulement en quelques dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité dans les manufactures l'extension s'est traduite quant aux professions concernées de l'industrie le droit de travail a progressivement gagné le commerce la profession libérale l'agriculture ... l'extension s'est ensuite manifestée au regard des personnes protégées au départ seules les femmes et les enfants étaient protégés par la suite ces mesures ont été étendues à l'ensemble des travailleurs salariés

2.3- Le droit de travail est un droit tributaire des conjonctures

On peut avoir une vision correcte du droit de travail si on ne le replace pas dans la vie de la nation toute entière l'importance du droit de travail tient essentiellement à ces fondements idéologiques à ces conséquences sociales et à ces incidences sur l'économie en effet toute société dispose d'une certaine éthique d'une certaine conception de l'homme et de la société ces conceptions varient dans le temps et dans l'espace le système juridique reflète ces conceptions et cela est particulièrement net en matière de droit de travail le libéralisme économique l'idéologie individuelle résiste à l'élaboration du droit de travail actif en revanche les systèmes dit socialiste ont joué dans le développement de cette branche du droit un rôle prépondérant.

II. Le développement historique du droit de travail en Tunisie

Si on veut schématiser, on distingue deux grandes périodes dans l'histoire du droit du travail en Tunisie avant et après l'indépendance

1 Période du protectorat

La période du protectorat se caractérise essentiellement par l'importation en Tunisie des lois françaises ceci dit une distinction s'impose selon les secteurs d'activité qui sont au nombre de trois

Le secteur traditionnel : dans le secteur traditionnel des corporations, la construction d'un véritable droit de travail était extrêmement difficile en effet les corporations avaient créé un système juridique autonome traduisant une organisation hiérarchique pourvue d'un monopole et disposant de juridiction professionnelle la résistance du milieu à la pénétration du droit de travail moderne fait que l'on relève peu de dispositions relatives à ce secteur.

Le secteur industriel et commercial : en revanche dans le secteur industriel et commercial la plus part des avantages obtenus en France par les travailleurs ont été introduits en Tunisie

Le secteur Agricole : Pour sa part ne s'est pas ouvert que très tard aux préoccupations sociales du droit de travail la raison majeure en est que ce secteur était doublement indifférent d'une part, l'agriculture traditionnelle liée aux aléas climatiques en plus essentiellement extensif n'avait nul besoin d'une

réglementation quelconque puisque organiser suivant une structure familiale d'autre part l'agriculture moderne intensive étant entre les mains des collants hostile a toute intervention de l'Etat.

2- Période de l'indépendance

Depuis son accession a l'indépendance la Tunisie s'est engagé très largement dans la rénovation du droit de travail le lien avec le passé n'a pas été totalement rompu mais plusieurs éléments nouveaux doivent être relever

- au niveau de la forme : il faut signaler la promulgation du code de travail par la loi n° : 66-27 du 30 avril 1966 ce code important (446 articles) abroge un grand nombre de textes antérieurs pour les refondre en un ensemble homogène.
- Au niveau du fonds : les tendances de l'époque du droit de travail montre que la Tunisie évoluait vers un socialisme dominé par l'Etat
- Les reforme du 1994 - 1996 :
 - La loi n° : 94-29 du 21 février 1994 a procédé a la modification de certaine disposition du code de travail en effet cette reforme qui a touché 87 articles du code du droit de travail est le fruit d'un long travail de concertation entre les divers partenaire sociaux elle a concerné la représentation des travailleurs au sein de l'entreprise, le règlement des conflits individuels et collectifs du travail ainsi que le renforcement du rôle de l'inspection du travail
 - La loi n° : 96-62 du 15 juillet 1996 en effet après la 1ere tranche de révision du code de droit de travail en 1974 la loi du 15 juillet 1966 constitue la 2eme tranche en cette matière (130 articles) l'objectif recherché par le législateur est de permettre a l'entreprise de s'adapter au nouveau contexte économique et de relever les défis auxquels elle est confronté suite a l'adhésion de la Tunisie aux accords du GAT et a la signature de l'accord d'association avec l'union européenne

III. Les sources du droit du droit de travail

Sous cette expression il convient d'entendre les divers procéder d'élaboration des règles constitutives du droit de travail, ici encore le droit de travail affirme son originalité: du plan international a celui de la volonté individuel toute une gamme de source existe et qui témoigne du dynamique de ce droit.

1-Les sources internationales :

C'est un fait d'observation courant que le droit de travail s'internationalise le mouvement de rapprochement des pays sur le plan politique devait nécessairement avoir des répercutions sur le plan social par ailleurs les mouvements migratoires des travailleurs ont amené les Etats intéressés a ménager des traitements équitable au travailleur étranger c'est pourquoi les sources du droit de travail sont de plus en plus d'origine internationale toutefois une distinction technique doit être faite entre les traités bilatéraux et les conventions conclus dans le cadre d'organisation internationale d'autre part ;

- les traités bilatéraux : comme leurs noms l'indique le traité bilatéral est un accord conclu entre deux Etats sur un objet déterminé, ces traités constituent la forme la plus simple des accords internationaux et la plus facile a conclure en effet il suffit de tenir compte des conditions économique

et sociale des deux Etats l'objet de ces traités est très variable tantôt ils ont pour objet la jouissance des droits en effet les Etats conviennent que l'étranger aura les même droits que le national tantôt il prévoit la collaboration des autorités administratives des deux Etats.

- Les conventions internationales des travailleurs : présentent l'originalité d'être élaborer par un organisme international (la conférence internationale du travail) et d'être soumise a une procédure particulière pour donner force de loi sans enter dans les détailles de structure de l'organisation internationale du travail qui se compose de trois organes : la conférence internationale du travail, le bureau international du travail et le conseil d'administration. C'est la conférence internationale du travail qui revient la charge d'adopter les conventions internationales du travail celles-ci apparaissent comme des traités multilatéraux destiner a engager tous les Etats qui les ratifieront en effet lorsque la convention est adopté par la conférence internationale du travail cela ne signifie nullement que les divers pays membres soient automatiquement liés par les textes de la convention il faut encore que la convention soit ratifier. En effet lorsque la convention est ratifié elle acquière dans le pays signataire la force de loi la Tunisie membre de l'organisation internationale du travail depuis 1956 a ainsi ratifié de très nombreuses conventions internationales de travail elle a du de ce fait modifier sa législation interne lorsque celle-ci était en contradiction avec la loi interne.

2- Les sources classiques du droit interne

Ces sources sont appelées « classique » en ce sens qu'elles ne sont pas propre au droit du travail mais commune a toutes les branche du droit dans l'ordre hiérarchique on trouve ainsi

a- La constitution

Comporte certaines dispositions relative au droit du travail ainsi l'article 8 alinéa 2 dispose que « le droit syndical est garanti ».

De même l'article 35 nouveau fixant le domaine respectif de la loi et du règlement prévoit que « la loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail et de la sécurité sociale ».

Le préambule de la constitution proclame en fin « le droit des citoyens au travail à la santé et a l'instruction »

b- La loi

Depuis la reforme constitutionnelle du 8 avril 1976 la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, le sur plus relève du domaine du règlement la loi en droit du travail c'est avant tout le code du travail promulgué par la loi de 66-27 du 30 avril 1966 mais plusieurs autres lois qui n'ont pas été intégré dans le code ont depuis 1966 complété le droit du travail pour tenir compte des modifications intervenues depuis lors dans la conjoncture économique ou sociale.

c- Le règlement

Par opposition a la loi qui émane du pouvoir législative le règlement émane du pouvoir exécutif, sous cette appellation générale on groupera : les décrets et les arrêtés.

Le pouvoir réglementaire constitue une source importante du droit du travail dans la mesure il prend les textes nécessaires à l'exécution des lois nécessairement générales et impersonnelles.

Depuis la réforme constitutionnelle du 8 avril 1976 les matières relevant du pouvoir réglementaire prendront une importance accrue augmentant par la même la valeur du règlement comme source du droit en général et du droit du travail en particulier.

d- La jurisprudence

On appelle ainsi l'ensemble des décisions rendus par les tribunaux, en matière de droit du travail la jurisprudence est essentiellement celle des décisions des conseils du prud'homme : juridiction chargée de trancher les litiges survenant à l'occasion d'un contrat de travail ou d'apprentissage. La jurisprudence n'est pas une source directe du droit car les tribunaux ont pour mission d'appliquer un texte de loi à un cas particulier néanmoins son rôle ne doit toutefois pas être minimiser, les textes nécessairement imprécis en raison de leurs généralités doivent être interprétés c'est le rôle du juge, l'opinion du juge sur la portée d'un texte est capital mais comme ces opinions peuvent différer d'un juge à l'autre il était nécessaire d'instituer une jurisprudence chargée en dernière analyse de trancher les difficultés d'interprétation il est le rôle de la cour de cassation. Les décisions rendues par la cour de cassation sont capitales il faut donc les connaître pour savoir le sens que cette juridiction donne à tel ou tel texte.

S'agissant de la jurisprudence il est nécessaire d'observer que les décisions qui intéressent le droit du travail n'émanent pas seulement des conseils du prud'homme les juridictions répressives sont fréquemment appelés à se prononcer sur les dispositions pénales qui sanctionnent tel ou tel obligation sociale les tribunaux administratifs peuvent se prononcer sur la l'égalité des décisions réglementaires ou individuelles prises par les autorités compétentes en matière de droit du travail.

3- Les sources professionnelles

Le droit du travail étant un droit professionnel il n'y a pas lieu de s'étonner qu'il ait secrété ces propres règles juridiques de façon spontanée ou volontaire :

a- Les conventions collectives

Il s'agit ici d'une source relativement récente. La convention collective est l'accord entre un ou plusieurs employeurs d'une part et les représentants de la collectivité des salariés d'autre part à l'effet de régler les problèmes généraux des relations de travail dans le cadre professionnel et territorial auquel s'étend la convention il s'agit donc bien d'une règle d'origine professionnelle même si pour certaines conventions l'intervention des pouvoirs publics est nécessaire (titre 3 du code du travail article 31 à l'article 52 les conventions collectives).

b- Le règlement intérieur

C'est une source particulièrement originale du droit du travail en effet le règlement intérieur par lequel le chef d'établissement fixe les règles d'organisation et de discipline du travail dans l'entreprise offre cette particularité tout à fait exceptionnelle de résulter d'une manifestation unilatérale de volonté.

c- l'usage

Certificat	Droit de Travail	Année
d'Etude Juridique		Universitaire
et Fiscales		2005&2006

L'usage peut être défini comme « la répétition d'un certain comportement face a une situation donnée ce comportement formant une habitude acceptée par le milieu social comme étant conforme a la règle de droit »

Comme source du droit du travail, l'usage conserve une place éminente la loi elle-même y fait référence (article 114 bis relatif au préavis article 115 et 119 relatif au congé payé)

En tant que source du droit l'usage nécessite quelques observations :

- on constate que son importance tend a décliner en raison de la multiplication des textes en matière de droit du travail en ce sens on peut dire que l'usage prépare la règle de droit puisqu'il est repris en compte par un texte législative ou réglementaire.
- L'usage lorsqu'il est général et constant (article 544 du COC) s'impose aux parties et aux juges.

Les caractères de généralité et de constance s'apprécient en fonction de la profession ou de l'entreprise considérée.

Certificat d'Etude Juridique et Fiscales	Droit de Travail	Année Universitaire 2005&2006
---	-------------------------	--

Partie 1 : Les relations individuelles de travail

Les relations individuelles de travail ont une double origine, le plus souvent la relation s'établit par la conclusion d'un contrat de travail. D'ailleurs pendant longtemps la seule source des relations individuelles du travail s'était le contrat de travail, depuis une époque relativement récente et afin de faire face au besoin d'une main d'œuvre qualifiée, les pouvoirs publics ont entrepris une vaste politique de formation professionnelle; dans le cadre de cette politique les relations individuelles peuvent alors s'établir sur la base d'un contrat d'apprentissage.

Chapitre 1 : Le contrat de travail

Un grand principe, celui de la liberté du travail, domine toute cette matière, tout individu peut travailler pour qu'il désire, il peut donc en principe choisir son métier son employeur son lieu de travail à l'inverse la liberté du travail signifie aussi que l'employeur demeure libre de choisir son personnel aux conditions qu'il propose, ce principe d'inspiration libérale trouve son expression dans la définition que le code du travail donne du contrat de travail selon l'article 6 nouveau « Le contrat de travail est une convention par laquelle l'une des parties appelée travailleur ou salarié s'engage à fournir à l'autre partie appelée employeur ses services personnels sous la direction et le contrôle de celle-ci, moyennant une rémunération. »

1- Caractéristique et spécificité du contrat de travail

1.1- Caractéristique du contrat du travail

De la définition posée par le code du travail il ressort que le contrat de travail se caractérise par 3 éléments :

- La prestation de travail
- La rémunération
- La subordination

1.1.1-La prestation de travail

Dans tout contrat de travail le salarié ou travailleur s'engage à fournir pendant un temps déterminé ou non ses services personnels à l'employeur le travail fourni par le salarié ou le travailleur peut être de nature très divers, il peut s'agir d'une activité manuelle ou intellectuelle un maçon, un médecin peuvent parfaitement être liés par un contrat de travail.

« Dans la cité moderne aucune tâche ne repunieux par sa nature objectif a s'inscrire dans le cadre d'un contrat de travail ... » Kamerling.

1.1.2-La rémunération

Tout contrat de travail suppose qu'une rémunération ait été convenu expressément au tacitement en effet la contrat de travail est un contrat à titre onéreux ce second élément ne soulève pas de problème particulier la seule difficulté concerne les hypothèses d'entre aide amicale ou familiale en principe l'entre aide est exclusive de tout contrat de travail même lorsqu'elle s'accompagne du versement d'une rémunération.

Ces deux premiers caractéristiques du contrat de travail pour être nécessaire ne sont ce pendant pas suffisante car de nombreuses activités humaines peuvent exercer sous forme de contrat obligeant l'une des parties à effectuer un travail moyennant une rémunération, exemple le transporteur, l'architecte, l'avocat exercent une activité moyennant « une rémunération » ce ne sont ce pendant pas de personnes liés par un contrat de travail le signe distinctif du contrat du travail réside en réalité dans le 3^{es} élément qui est la subordination.

1.1.3-La subordination

En précisant que le salarié ou le travailleur fournit ces services personnels sous la direction et le contrôle de l'employeur le code de travail exprime le critère du

contrat de travail mais il faut encore préciser le genre de subordination dont il s'agit et rechercher à quel signe elle se reconnaît.

1.1.3.1- La notion de subordination

La subordination peut être conçue de deux manières économiques ou juridiques

- a- La subordination économique signifie que l'on dépend quant à la rémunération d'une personne et que l'on vit uniquement du produit de son travail, cette conception de dépendre d'une seule personne a le grand mérite de faire entrer le plus grand nombre de personnes dans le champ d'application des dispositions du droit de travail. Cette conception a contre elle son imprécision en effet à un titre ou à un autre toute personne dépend d'autrui pour sa rémunération exemple l'ouvrier dans une usine, l'avocat, l'architecte sont à cet égard dans une situation semblable pourtant personne ne dira d'un avocat qu'il est lié par son client par un contrat de travail donc la thèse de subordination économique qui fait dépendre la qualification des contrats de la condition sociale d'une des parties n'est pas admise pas les tribunaux.
- b- La subordination juridique : admise comme signe distinctif du contrat de travail signifie que le salarié est placé sous l'autorité de l'employeur lequel a le pouvoir de donner des ordres concernant l'exécution du travail d'en contrôler l'accomplissement d'en vérifier les résultats le critère du contrat de travail est donc d'ordre technique en effet puisque le contrat de travail a pour effet et pour objet de placer le salarié dans une situation de dépendance il est naturel qu'en retour lui soit assurée une certaine sécurité d'emploi.

L'adoption du critère de la subordination juridique ne signifie pas que la dépendance économique ne joue aucun rôle en effet il est vrai qu'il existe une certaine coïncidence de fait entre les deux thèses.

1.1.3.2- Les éléments de la subordination juridique

Lorsque les tribunaux sont amenés à reconnaître l'existence d'une subordination juridique, c'est à la suite de la découverte de certains éléments significatifs. Tantôt il s'attache au comportement de l'employeur, exemple si l'employeur accomplit certaine prescription du code de travail tel que remise d'un bulletin de paie, d'un certificat de travail cela constitue une présomption d'existence du contrat de travail tantôt les juges retiennent les éléments tirés des conditions d'exécution du travail. Par exemple si l'employeur impose un lien de travail ou un honoraire précis se sont là des indices décisifs pour le juge. En définitif la multiplicité des éléments pris en compte et leur diversité témoignent d'une réaction plus sociologique que juridique de la part du juge la tendance est donc d'admettre assez largement l'existence d'un contrat de travail, dès qu'une personne aliène une partie de sa liberté au profit d'une autre mais on constate alors qu'il existe un mouvement de fait vers l'admission du critère de la subordination économique. Cette extension du domaine du contrat de travail pose alors le problème de sa spécificité par rapport à certain contrat voisin.

1.2- Spécificité du contrat du travail

1.2.1- Distinction du contrat du travail et du contrat de société

Dans le contrat de société les associés sont placés sur un pied d'égalité aucun ne peut donner d'ordre à un autre c'est ce qu'on appelle « l'affectio societatis ». Tous

les associés oeuvrent ensemble pour la réalisation du but commun si on peut admettre que l'employeur et le salarié ont également la même perspective d'une œuvre commune du moins le salarié ne peut il jamais contribuer aux pertes son contrat de travail peut prévoir une participation au bénéfice comme les associés mais non aux pertes c'est ce qui distingue la relation employeur associés.

1.2.2- Distinction du contrat du travail et du contrat de mandat

Selon l'article 1104 COC « Le mandat est un contrat par lequel une personne charge une autre personne d'accomplir un acte licite pour le compte d'un commettant ». Il existe donc une analogie entre ce contrat et le contrat de travail puisque dans ce dernier l'employeur charge également le salarié d'accomplir quelque chose. La différence essentielle tient ici au fait que le mandataire exerce en toute indépendance à l'égard du mandant. Il organise son activité comme il l'entend, alors que dans le contrat de travail le salarié est sous le contrôle constant de l'employeur. Mais en pratique la distinction n'est pas toujours facile à faire, d'une part à l'occasion d'un contrat de travail un mandat peut être conférer par exemple un directeur ou un responsable dans un établissement peut recevoir le pouvoir d'embaucher du personnel. D'autre part dans ces relations avec la clientèle une entreprise fait souvent appelle à des intermédiaires tel que les agents commerciaux commissionnaire courtier et VRP ; ces intermédiaires n'ont pas toujours la même qualité le législateur a du lui-même à cet égard étendre la qualité de salarié à certain de ces intermédiaires (exp VRP article 409 et suivant du code de travail).

Enfin dans les sociétés les dirigeants ont la qualité de mandataire et non de salarié mais il arrive parfois que tel dirigeant cumule son contrat de mandat avec un contrat de travail c'est au juge alors d'après les circonstances de fait dans lesquels l'intéressé exerce son activité de dire s'il s'agit d'un contrat de travail ou de mandat.

1.2.3- Distinction du contrat du travail et du contrat d'entreprise (louage d'ouvrage)

D'après l'article 828 2ème alinéa du COC « le louage d'ouvrage est celui par lequel une personne s'engage à exécuter un ouvrage déterminer moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer ».

Ici aussi une certaine analogie existe avec le contrat d'entreprise c'est qu'il est passé avec un travailleur indépendant qui conserve sa liberté dans l'exécution de son travail et assure les risques économique de son activité celui qui commande le travail « le donneur d'ordre » n'exerce aucune autorité sur la personne de l'exécutant. S'il est clair qu'un réparateur de voiture n'est pas lié par un contrat de travail à son client que dire des travailleurs à domicile selon des horaires qu'il détermine eux même sans surveillance de l'employeur. Il s'agit des travailleurs indépendants mais très souvent ces travailleurs sont dans une situation de dépendance économique tel que sans les qualifier de salariés le législateur l'aura étendu le bénéfice de certaine disposition du code du travail. C'est ainsi que « sont considérés comme salariés ... pour l'application des textes sur les commissions consultative des entreprises, les travailleurs à domicile sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il existe entre eux et leurs employeurs un lien de subordination juridique » article 159 code du travail.

2- La conclusion du contrat

La conclusion du contrat du travail soulève de multiple difficulté tenant a la détermination des parties au contrat aux conditions de validité du contrat enfin au modalité de celui-ci.

2.1- Les parties au contrat du travail

2.1.1- Le salarié

La détermination de la qualité de salarié ne sera évoqué ici que pour mémoire. Nous avons vu en effet précédemment q quel signe on reconnaissait l'existence du contrat de travail et déterminer par la même la qualité du salarié en revanche il convient d'insister sur le fait que l'employeur n'embauche pas n'importe quel salarié mais que selon les besoins de son entreprise il recherchera un ouvrier un employé ou un cadre si bien que les conditions du salarié dépend pour une large part de sa qualification.

2.1.1.1- qualification individuelle

En droit tunisien à défaut d'un texte législatif de portée générale (article 140) la qualification individuelle résulte essentiellement des conventions collectives celle établissant en générale une double distinction

- La première distinction oppose le personnel technique et le personnel administratif ce qui au plan sociologique recouvre en partie l'opposition entre ouvrier et employé
- La seconde distinction oppose a l'intérieur de chaque de ces catégories trois groupes de salariés les agents d'exécution, le personnel de maîtrise et les cadres. L'appartenance a l'une quelconque de ces catégories dépend des fonctions réellement exercer par l'intéressé

2.1.1.2- qualification Contractuelle

Dans les entreprises privées le chef d'entreprise est maître de la structure et de l'organisation de son entreprise. Il se peut donc que lors de la conclusion du contrat de travail le salarié se voit confier une fonction sans rapport avec les titres dont il est muni. Il faut distinguer deux situations :

- a- La 1^{ère} situation : attribution de la qualification professionnelle : généralement la qualification contractuelle et la qualification individuelle coïncide. Exp. Un technicien supérieur de maintenance/ mais des erreurs pouvant également se produire il se peut d'abord qu'il fait « sur classement » en ce sens le salarié se voit reconnaître une qualification supérieure a celle qui normalement correspondrait aux fonctions qu'il exerce réellement. Dans ce cas l'employeur est tenu en principe de verser le salaire correspondant à la qualification convenue. Il se peut par suite qu'il ait « sous classement » en ce sens que le salarié exerce en faites des fonctions correspondantes a une qualifications supérieure a celle qui a été convenue. Dans ce cas sous réserve que le salarié apporte la preuve de ce sous classement le juge devra rectifier la qualification convenue.
- b- La 2^{ème} situation : Modification ultérieur de la qualification professionnelle : Plusieurs événements peuvent intervenir et qui auront pour effet de modifier en cours de contrat la qualification initialement convenue :
 - En 1^{er} lieu, le cas de la rétrogradation : la rétrogradation suppose que le salarié sera désormais placé de façon définitive dans un emploi ne nécessitant qu'une qualification inférieure a celle qui a été initialement

prévue. Ainsi la rétrogradation ne peut elle intervenir que dans des cas bien précis car elle constitue une mesure grave de conséquence. La rétrogradation ne peut avoir lieu qu'en cas de faute grave du salarié (voir convention cadre) ou bien une rétrogradation de l'entreprise en effet l'employeur ne commet aucune faute si en vertu de son pouvoir de direction il procède à une rétrogradation de l'employé et par conséquent modifié les qualifications de ses salariés ceux-ci ne sont pas évidemment tenus d'accepter cette modification qui lui porte préjudice mais si ils refusent et que l'employeur les licencieront ne sera pas abusif.

- En 2ème cas la promotion : la promotion consiste dans le passage dans une catégorie supérieure dans l'activité c'est un bénéfice d'octroyer par l'employé et en cela la promotion se distingue de l'avancement lié à l'ancienneté ensuite il n'y a pas plus promotion lorsque le salarié est employé par nécessité de service et pour une période temporaire dans une catégorie immédiatement supérieure à celle où il est classé. Toutefois c'est souvent le prélude à une mesure de promotion ultérieure.

2.1.2- L'employeur

A priori ce point ne paraît pas soulever de difficulté. En réalité quelques problèmes peuvent surgir sur le point de savoir qui est l'employeur. De façon générale l'employeur est la personne qui pour des besoins de son activité se procure le service de personnes salariées en concluant avec elles des contrats de travail. Juridiquement la qualité d'employeur est parfois difficile à préciser, d'autant plus que l'activité de l'entreprise n'est pas toujours assujettie aux mêmes règles.

2.1.2.1-La qualification d'employeur

Dans les entreprises individuelles la qualification d'employeur coïncide avec celle de chef d'entreprise. Au contraire, dans les entreprises organisées sous forme de société, l'employeur se distingue du chef d'entreprise ; en effet juridiquement c'est la société personne morale qui est employeur. Le contrat de travail sera conclu par la société représentée par le PDG, DGA lorsque le chef d'entreprise est l'organe dirigeant. La détermination de l'employeur soulève d'autre part des difficultés liées aux structures actuelles de l'activité économique :

- a- La sous entreprise : au lieu de recruter lui-même le personnel dont il a besoin l'employeur peut conclure avec un entrepreneur qui recrutera la main d'œuvre nécessaire. Au regard des travailleurs l'employeur est alors le chef de l'entreprise sous traitant et non le donneur d'ordre (Art 6 CT) mais le dernier assume cependant certaines obligations inhérentes à la qualité d'employeur. Ainsi en cas d'insolvabilité du sous traitant le donneur d'ordre est responsable du paiement des salaires et des congés payés de la réparation des accidents de travail et des maladies professionnelles ainsi que les charges résultant des régimes de sécurité sociale (art 28 CT) ensuite le donneur d'ordre est responsable avec le sous traitant de toutes les prescriptions relatives aux conditions de travail (durée, hygiène, sécurité..) lorsque les salariés du sous traitant travaillent dans ses locaux.
- b- Le travail temporaire : dans certains pays industrialisés ou émergents des entreprises de travail temporaires mettent à la disposition provisoire

d'utilisateurs des salariés qu'elles embauchent et rémunèrent a cet effet. Il s'opère alors une dissociation de la fonction d'employeur. Juridiquement, l'employeur est l'entreprise de travail temporaire mais les salariés mis à la disposition de l'utilisateur se trouvent sous l'autorité de ce dernier. Le fournisseur embauche, paie, licence. L'utilisateur exerce les mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations à l'égard de ses propres salariés pour tous les autres aspects de la relation de travail.

- c- Modification dans la situation juridique de l'employeur : selon l'article 15 CT « le contrat de travail subsiste entre le travailleur et l'employeur en cas de modification de la situation juridique de ce dernier notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds et mise en société ». ce texte traduit l'originalité des perspectives du droit de travail en ce qu'il crée un véritable droit au maintien de l'emploi. En effet les principes classiques du droit civil conduisaient à dire que sauf accord, l'acquéreur des biens d'une entreprise n'est pas tenu de continuer les contrats conclus par le précédent tout sur le terrain de la sécurité de l'emploi cela aurait entraîné de graves conséquences. L'article 15 du CT vient précisément assurer le maintien des contrats de travail en cours. Comme l'énumération du texte n'est pas limitative il y a notamment et en vue de réserver les droits des travailleurs la cour de cassation précise dans un arrêt n° :16605 du 01/12/01986 que dans tous les cas de figure l'employeur ne peut pas mettre fin aux contrats de travail aux motifs qu'ils aient un nouveau propriétaire car il se substitue a celui avec lequel avait été conclu les dits contrats. Cette disposition rentre dans le cadre d'une meilleure protection des travailleurs surtout en période de restructuration des entreprises et en manière générale en raison des mutations économiques et technologique que connaît le monde actuellement.

La protection instituée par l'article 15 est cependant dans l'effet plus apparent que réelle. D'une part rien n'oblige l'employeur initial à prévenir son personnel de la modification projetée. D'autre part le nouvel employeur peut toujours procéder à la réorganisation de son entreprise ce qui peut justifier le licenciement des salariés dont l'ancienneté sera toutefois calculée en tenant compte du temps global passé dans l'entreprise.

- d- La diversification des employeurs : de même que les salariés se diversifient en raison de leur qualification professionnel de même les employeurs ne forment pas un bloque homogène soumis aux mêmes règles de droit dans leurs rapports avec les salariés. Plusieurs distinctions doivent être faites qui ont des répercussions sur les obligations de l'employeur.

La taille de l'entreprise influe d'abord sur l'application de certaines règles c'est ainsi que la représentation du personnel s'opère différemment dans les grandes et petites entreprises.

Selon l'article 157 nouveau du CT « il est institué dans chaque entreprise régit par les dispositions du présent code et employant au moins 40 travailleurs permanents, une structure consultative dénommée commission consultative d'entreprise ». Part ailleurs et en ce qui concerne les entreprises employant un nombre d'employé permanents = > a 20 et < a 40 un délégué titulaire du personnel et un délégué suppléant élu exerce les

mêmes attributions que celle confiée au représentant du personnel au sein de la commission consultative de l'entreprise voir articles 163 et 164 nouveaux du CT.

Enfin l'activité de l'entreprise assure à son tour une influence sur l'application du droit de travail selon que l'employeur exerce tel et tel profession. Les salariés seront eux-mêmes soumis à des statuts particuliers ce qui traduit le caractère concret et diversifié du droit de travail selon la profession.

2.2- Les conditions de la conclusion du contrat de travail

Comme tout accord de volonté le contrat de travail obéit à certaines conditions de fonds et de forme dont l'absence entraîne certaines sanctions

2.2.1- Les conditions de fonds

Le contrat de travail doit comme tout contrat respecter les règles générales relatives à la validité des conventions (article 2 COC) il faut donc consentement, capacité, objet et cause.

- a- **Le consentement** : son existence ne soulève pas en principe de grande difficulté surtout le consentement ne doit pas être vicié toutes les causes qui affectent la liberté du consentement peuvent trouver à s'appliquer en matière de contrat de travail tel que erreur, dol, violence mais il est rare de constater de tel vice en cette matière.
- b- **La capacité** : les conditions de capacité sont celles du droit commun ainsi le mineur ou l'interdit ne peuvent contracter seuls ils doivent être assistés par leur représentant légal
- c- **L'objet**: l'objet du contrat doit être déterminé ou déterminable sauf limitation légale toute activité peut faire l'objet d'un contrat de travail précisément l'article 843 du COC annule à cet égard les contrats qui auraient pour objet :
 - l'enseignement ou accomplissement de pratique occulte ou de fait contraire à la loi aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.
 - Des faits physiquement impossibles
 - Des faits que tout musulman est tenu d'accomplir personnellement tel que la prière et le jeûne.
- d- **La cause** : la cause du contrat de travail doit être licite d'autre serait illicite par exp. la cause du contrat liant une femme de ménage dans une maison de tolérance et les tenanciers de cette maison.

2.2.2- Les conditions de forme

Aucune forme particulière n'est exigée pour la perfection du contrat de travail, celui-ci relève du principe général du consensualisme article 828 alinéa 3 COC le contrat de travail peut être écrit ou verbal express ou tacite. Si en principe de nombreux contrats de travail sont conclus sans qu'un écrit ne soit dressé on doit relever cependant une tendance contemporaine en faveur d'un certain formalisme Exp. contrat d'apprentissage doit être constaté par écrit 344 CT.

Le contrat des VRP article 440 CT doit être constaté par écrit, les contrats à durées déterminées article 6-4- 2ème paragraphe.

Pour leurs parts les conventions collectives prévoient que le travailleur sera obligatoirement informé par écrit lors de son embauche de la catégorie professionnelle dans laquelle il sera affecté et du taux de salaire correspondant.

L'absence de forme obligatoire exerce une incidence sur le terrain de preuve du contrat par dérogation à l'article 473 du COC qui exige la preuve écrite pour toute convention excédant 1000 dinars.

L'article 6 nouveau du CT prévoit expressément que la relation de travail est prouvée par tout moyen ainsi un bulletin de paie, l'immatriculation de l'intéressé à la caisse nationale de sécurité social, le témoignage peut servir de preuve.

2.2.3- Les sanctions des conditions de validité du contrat

C'est la nullité mais celle-ci opère de façon originale. En droit commun lorsque un contrat a été déclaré nul, la nullité agit de façon rétroactive, les contractants sont remis dans la situation ou ils se trouvent avant de conclure, les prestations réciproques sont restituées.

En droit de travail la rétroactivité est inconcevable il serait inadmissible d'obliger le salarié à verser les sommes qu'il a reçu et il est absurde de penser qu'il puisse demander la restitution de sa forme de travail c'est pourquoi il est admis que la nullité opère simplement pour l'avenir toute la période comprise entre la conclusion du contrat et la déclaration de nullité sera considérée comme ayant réellement eu lieu. En fin la nullité n'opère donc que pour l'avenir.

2.3- Les modalités du contrat de travail

Le COC prévoit que l'obligation peut être affectée d'une condition (article 116 à 135) ou d'un terme (article 136 à 150). Ces deux modalités ont un rôle important à jouer dans le contrat de travail celui-ci peut en effet être conclu à l'essai ou à une durée déterminée ou indéterminée

2.3.1- L'essai

a- La période d'essai :

C'est un accord conclu entre l'employeur et le travailleur sur un laps de temps de durée variable au terme duquel chacune des parties est libre de rompre le contrat sans préavis ni indemnité de rupture sauf disposition conventionnel ou contractuel contraire.

Selon l'article 6-3 du CT les travailleurs recrutés par un contrat de travail à durée indéterminée sont soumis en ce qui concerne la période d'essai et de confirmation aux dispositions légales ou conventionnelles qui leurs sont applicables. Cet article ajouté par la loi 96-62 du 15-07-96 fait de l'essai un principe l'absence d'une tel clause a permis à la cour de cassation en 1979 de rejeter l'interprétation selon laquelle la période d'essai est obligatoire sauf convention contraire des parties aux usages.

Tout en considérant que l'essai ne se présume pas mais il doit être stipulé dans le contrat de travail (arrêt 2786-29/03/79).

b- La durée de l'essai

En ce qui concerne la fixation de la période d'essai, le code du travail stipule dans son article 18 qu'elle résulte des conventions collectives ou particulières de l'usage ou de la loi.

Suivant la convention collective cadre cette durée est en fonction de la qualification professionnel du travailleur l'article 10 nouveau de cette convention dispose que la durée de la période d'essai est fixée à 6 mois pour les agents d'exécution à 9 mois pour les agents de maîtrise et une année pour les cadres à l'issu de la période d'essai tout engagement doit être confirmé par une lettre précisant les fonctions du travailleur ainsi que sa rémunération mais dans le cas

ou l'essai n'est pas concluant le travailleur pourra être soumis a une 2eme et dernier essai pour une même période ce qui porte la durée maximal d'essai a une année pour les agents d'exécution à 18 mois pour les agents de maîtrise et à 2 années pour les cadres.

La période d'essai s'entend comme une durée effective de travail en cas d'arrêt pour maladie ou autre motif cette période d'essai est prolongée pour une durée égale à l'absence du salarié.

Enfin si un travailleur vient d'être embaucher après les deux périodes on engagement ne se fera que sur la base de la confirmation direct.

Il faut noter que la durée de l'essai fixer par les parties du contrat doit être dans les imites maximales de la convention collective cadre ou bien de la convention collective sectorielle si la durée est plus courte ; étant préciser que les conventions collectives sectorielles ne peuvent prévoir de disposition moins avantageuse pour les travailleurs que celle de la convention collective cadre article 51 CCC.

A titre d'exemple l'article 9 nouveau de l'avenant n° : 3 a la convention collective nationale des constructeurs et concessionnaire de véhicule automobile stipule que l'employeur peut réduire la première période d'essai s'il s'avère que le travailleur a manifester durant cette période son mérite pour être confirmer.

c- La situation des parties pendant la période d'essai

Cette situation peut être schématisé au tour des traits suivants :

- l'identité de la condition des parties dans l'essai et dans le contrat définitif en d'autre terme les rapports de travail se nouent immédiatement et la réglementation protectrice s'applique dès le début d'exécution du travail, le salaire est du par l'employeur, le salarié doit évidemment travailler
- l'appréciation de la valeur de l'essai par l'employeur : seul l'employeur est seul juge du point de savoir si le candidat a fait preuve des qualités nécessaire pendant la durée de l'épreuve a laquelle il a consenti de se soumettre, le salarié pas plus que le juge ne peuvent exiger ou imposer une autre période d'essai.
- Liberté de rupture pendant la période d'essai le travailleur peut donner ou recevoir congé sans préavis par simple signification.

2.3.2- Le contrat a durée déterminée ou a durée indéterminée

Cette distinction capital sur le plan de la rupture met en relief l'existence ou l'absence d'un terme fixé dans le contrat, il y a contrat a durée indéterminée lorsque les parties n'ont pas fixé de date précise marquant la fin du contrat. Le contrat est a durée déterminée lorsque une tel échéance a été fixée ou bien lorsque le contrat a été conclu pour la réalisation d'une opération limitée dans le temps. Dans les deux cas le régime de travail est le même seul diffère les modalités de rupture. Selon l'article 14 nouveau le contrat de travail a durée déterminée prend fin par l'expiration de la durée convenue ou par l'accomplissement du travail objet du contrat. Le contrat de travail a durée indéterminée prend fin par l'expiration du délai de préavis.

Par ailleurs il y a lieu d'observer ici que l'article 833 du COC déclare « nul toute convention qui engagerait les services d'une personne, sa vie durant pour un temps tellement étendu qu'elle lierait l'obligé jusqu'à sa mort »

3- Exécution du contrat de travail

Le contrat de travail met a la charge de chacune des parties un certains nombres d'obligation qu'il conviendra d'abord d'examiner puis nous envisagerons deux problèmes au droit de travail qui se posent fréquemment dans la pratique :

- la modification des contrats
- la suspension du contrat

3.1- Les obligations des parties

3.1.1- Les obligations de l'employeur

on relèvera ici seulement que l'employeur est tenu de verser le salaire convenu et de fournir le travail convenu, en bref de respecter un certain nombres d'obligation légale tel que la durée du travail, l'hygiène et la sécurité la déclaration a la CNSS.

3.1.2- Les obligations du salarié

L'obligation principale est peu être unique du salarié est de fournir la prestation du travail convenu, l'exécution du travail revêt un triple caractère, elle doit être personnel, consciencieuse et loyale.

a- Exécution personnelle du travail

Il résulte de l'article 6 nouveau que le salarié doit fournir à l'employeur ces services personnels, ici on relève la différence avec la principale obligation de l'employeur qui est de nature plutôt patrimonial (verser le salaire). De ce caractère il ressort que le salarié ne peut se faire remplacer par un tiers dans l'exécution du travail ni se faire aider par lui sans le consentement de l'employeur sinon il commettrait une faute grava qui justifierait son licenciement

b- Exécution consciencieuse du travail

Le salarié doit apporter dans l'accomplissement de son travail tous les soins d'un bon père de famille. Logiquement on devrait déduire de cette obligation que toute faute commise par le salarié même légère devrait entraîner sa responsabilité contractuelle et de ce fait justifier son licenciement. Cette manière de voir semble trop sévère il est difficile d'exiger d'un salarié la continuité dont la perfection c'est pourquoi en droit de travail en particulier en droit français la doctrine récente ainsi que la jurisprudence ont assoupli la règle pour tenir compte des impératifs propre au droit du travail. Néanmoins le problème se pose sur tout à propos des malfaçons commises par le salarié, la position des tribunaux est actuellement la suivante : en cas de malfaçon on ne peut pas tenir compte de n'importe quel faute du salarié le responsabilité du salarié ne sera retenue qu'en cas de faute grave voir article 14 quarter du code de travail voir article 10, 11, 12,13 du code du travail

c- Exécution loyale du travail

Comme tout contrat doit être exécuté de bonne foi et oblige non seulement a ce qu'y est exprimé mais encore a toutes les suites que la loi l'usage ou l'équité donne a l'obligation d'après sa nature (article 243 COC). Cette obligation trouve particulièrement à s'appliquer en matière de contrat de travail.

Une doctrine traditionnelle considère en effet que le salarié faisant partie d'une organisation collective est tenu d'une obligation de fidélité et de loyauté en vers l'employeur. Cette opinion est aujourd'hui contesté par la plus part des auteurs qui refusent l'idée que le salarié fasse partie d'un organisme dont il peut a tout

moment être exclu, c'est pour quoi ces auteurs préfèrent parler de devoir de correction plutôt que d'obligation de loyauté.

3.2- La modification du contrat de travail

C'est une question ext importante que celle de la modification (ou la révision) du contrat de travail, en effet il faut concilier deux impératifs, d'une part la force de l'engagement contractuel qui interdit a l'une des parties de modifier unilatéralement les termes du contrat, d'autre part l'obligation se trouve l'employeur de tenir compte de l'évolution technique et économique et adapter son entreprise en conséquence.

Le conflit peut être résolu de plusieurs manières, si l'on considère que la seule réalité est l'entreprise à la tête de laquelle le chef dispose d'un pouvoir de direction tout portera à croire que les modifications apportées au contrat de travail seront largement admises. Au contraire si le contrat de travail initialement conclu doit seul régir les relations entre l'employeur et le salarié pendant toute sa durée on admettra difficilement que l'employeur puisse y apporter des modifications unilatérales, on ne peut parler véritablement de modification de contrat que lorsqu'elle procède de la volonté d'une seule partie il y a donc lieu d'exclure les modifications prévues lors de la conclusion du contrat lui-même ou celle qui résulte de l'intervention d'une loi ou d'une convention collective. Cela étant les modifications peuvent affecter n'importe quel clause du contrat du travail. Exp. Le lieu de travail, la qualification du salarié, le salaire... Lorsque ces modifications interviennent en faveur du salarié, elles ne soulèvent généralement pas de difficulté majeure, elles sont le plus souvent tacitement acceptées par l'intéressé. Le problème se pose surtout lorsque la modification joue en défaveur du salarié et soulève alors de multiple question.

3.2.1- La modification peut elle être imposée par l'employeur ?

La réponse de principe est négative car le contrat constitue la loi des parties (242 COC) l'employeur ne tire pas de ça qualité le pouvoir de modifier a sa guise le contrat qu'il a conclu. En pratique on observe quelque assouplissement de la règle de principe, ainsi l'usage peut exister dans certaines entreprises de modifier le lieu ou l'horaire de travail notamment dans les chambres de travaux publics. De même il semble qu'il faille opérer une distinction suivant que la modification affecte un élément essentiel ou secondaire. Il est claire que la modification d'une clause secondaire ne serait faire grief au salarié, tel sera le cas par exemple d'un changement de bureau a l'intérieur du même bâtiment.

Les conventions collectives tunisiennes se sont efforcées de régler les points les plus délicats concernant les modifications du contrat.

- l'utilisation des travailleurs dans des fonctions autres que celle de leurs travail suivant une clause reprise dans toutes les conventions « tout travailleur pourra être requis pour assurer les fonctions d'une catégorie immédiatement inférieur a celle ou il est classé suivant les exigences de service et pour une période n'excédant pas un mois par année. Le travailleur gardera dans ce cas le salaire et les avantages correspondant a un grade d'origine, si le travailleur intéressé estime que cette mesure revêt un caractère vexatoire il n'est pas dicté par le seul savoir découlant d'une nécessité de service il pourra saisir la commission paritaire la quel sera compétente pour statuer sur cette question ».

- les changements de résidence : la encore toutes les conventions collectives disposent que « dans le cas ou une entreprise aurait une ou plusieurs succursale les changements de résidence ou mutation ne peuvent être décidé que pour nécessité de service ne peuvent être prononcer d'office que dans la mesure qu'il n'existe pas de volontaire »

3.2.2- A qui incombe la rupture du contrat en cas de refus d'accepter la modification

Il faut ici distinguer deux situations :

- Si l'on se trouve dans l'une des hypothèses prévues par la convention collective le refus du salarié alors que la modification est imposé par nécessité de service entraîne la rupture du contrat a la charge du salarié, ce dernier ayant pris l'initiative de rompre le contrat il ne bénéficiera pas des avantages prévus en cas de licenciement.
- Dans toutes autres hypothèses et dans celle ou il n'existe pas de convention collective, la modification doit être analysé comme un licenciement conditionnel. Le refus du salarié met a la charge de l'employeur l'initiative de rupture, ce dernier devra donc verser toutes les indemnités liés au licenciement y compris les indemnités pour licenciement abusive. La modification ne se fonde pas sur une juste cause mais dissimule la volonté de se débarrasser d'un salarié dont l'employeur ne veut plus

3.3- La Suspension du contrat de travail

En droit civil lorsque le contrat ne peut pas être exécuté a raison d'une cause indépendante des parties les obligations respectives s'éteignent (article 345 COC). Il en est ainsi en cas de force majeur (article 283 COC). Si on applique en droit du travail cette situation aurait présenté de grave situation. En effet l'impossibilité d'exécution peut être limité dans le temps et il aurait été regrettable de considérer le contrat de travail comme rompu. Ainsi et dans le soucis d'assurer une certaine stabilité des relations de travail on a été conduit a la construction d'une théorie originale, la suspension du contrat de travail dans les hypothèses ou le contrat sans être rompu se trouve priver d'effet momentanément, il convient d'examiner les causes et les effets de cette suspension.

3.3.1- Les causes de la suspension du contrat de travail

a- Cause de suspension liée a la situation du salarié

- La maladie du salarié

Selon l'article 20 du code de travail « la maladie suspend le contrat de travail elle ne constitue pas un motif de rupture » le salarié est alors en position de congé de maladie, toutefois « sauf si elle est suffisamment grave ou prolongé et si les nécessités de l'entreprise oblige l'employeur a remplacer le salarié malade » dans ce cas la, la maladie constituerait alors un motif de rupture du contrat et non plus seulement une cause de suspension.

La preuve incombe à l'employeur (arrêt cour de cassation n° : 13911 du 26 janvier 1987)

- La maternité

Comme la maladie, la maternité constitue une cause de suspension du contrat pendant la période légale du congé de maternité est de 30 jours la situation de la

femme salarié est alors la suivante d'une part elle a droit au congé de maternité d'autre part il est interdit à l'employeur sous peine de dommage et intérêt de rompre le contrat pendant la durée du congé. Il en est de même si au congé de maternité s'ajoute un congé maladie résultant de la grossesse ou des couches, la femme bénéficie alors du congé supplémentaire dans la limite de 12 semaines (article 64 CT) pendant toute cette période l'employeur ne peut rompre le contrat de travail.

- L'accomplissement d'un service public

Lorsque le salarié doit s'absenter pour s'acquitter d'un devoir public le contrat de travail est simplement suspendu et l'employeur ne peut profiter de cette absence pour rompre le contrat sous peine de dommage et intérêt.

Il en est ainsi notamment lorsque le salarié est investi d'un mandat électif au conseil de prud'homme (article 193 CT), de même l'appel sous les drapeaux a quelque titre que se soit constitue une cause de suspension et non de rupture du contrat de travail (article 19 CT). Le salarié bénéficie alors d'un droit a reprendre son emploi ou un emploi de même catégorie professionnel a moins que cet emploi ait été supprimé alors il dispose d'un droit de priorité a l'embouche pendant un an a dater de sa libération (article 8 CT).

- La grève et lock out

Entraînement la suspension du contrat de travail a l'issu des conflits, les travailleurs sont réintégrés sauf en cas de grève et lock out illégale a la suite desquels les relations de travail sont rompues du fait de la partie responsable de l'inobservation des dispositions prévues, en cas de grève ou lock out conformément au 2ème paragraphe de l'article 387 nouveau du code de travail.

- La mise a pied

Parmi les sanctions, le chef d'entreprise peut prendre a l'encontre du salarié a l'occasion des fautes commises par le salarié existe la mise a pied cad l'interdiction provisoire (jusqu'à 30 jours) de fournir ces services en le privant corrélement de son droit au salaire.

- L'accident de travail et maladie professionnel

Les victimes d'accident de travail et maladie professionnel devront être réintégré a l'issu de leur période d'incapacité sauf en cas de faut grave dûment établi ou pour un motif indépendant de l'accident ou de la maladie.

b- Cause de suspension du fait de l'employeur

Certains événements peuvent contraindre l'employeur a fermer provisoirement son entreprise justifiant aussi la suspension des contrats de travail ainsi sera il par exemple a l'occasion du phénomène naturel comme l'inondation ou bien l'incendie des locaux.

En cas du contrat de travail suite a une décision administrative ou judiciaire prononcée a titre de sanction la fermeture temporaire ou définitive d'une entreprise ou bien d'interdiction pour le chef d'entreprise d'exercer sa profession, ce dernier doit continuer a rémunérer son personnel pendant la durée de cette fermeture ou de cette interdiction. Les salaires, indemnités et rémunérations de toute nature auxquels le personnel avait droit jusqu'à lors sans que cette obligation puisse étendre au delà de 3 mois. Par ailleurs si la fermeture ou l'interdiction doit excéder les 3 mois, le chef de l'entreprise est en outre tenu de payer a son personnel toute gratification de fin de service prévu par la loi ou bien

les convention collectives ou les usages sans préjudice des dommages et intérêt auquel il peut être éventuellement condamné.

3.3.2- Les effets de la suspension du contrat de travail

La suspension du contrat de travail s'analyse en définitif en une dispense provisoire pour les partie d'exécuter leurs obligations mais le contrat de travail subsiste et contenu a produire certains effets. Plusieurs conséquences vont découler de cette double contestation :

- d'une part l'autorité de l'employeur sur le salarié disparaît ceci est important au regard de la législation sur les accidents de travail pendant cette période le salarié ne peut plus en bénéficier.
- D'autre part le salaire n'est pas du en principe pendant la période de suspension mais de plus en plus la législation social prend ici le relais du droit de travail en attribuant au salarié des prestations par un mouvement naturel ; les conventions collectives ses sont engagées dans la même voie en accordant au salarié a l'occasion de congé pour maladie ou maternité, le maintient intégrale de tous les éléments de salaire
- En fin et parce que le contrat n'est pas rompu le travailleur ou salarié demeure membre de l'entreprise, il peut donc a ce titre participer au élection professionnel et conserve son ancienneté.

4- La rupture du contrat de travail :

Dans un régime de pure liberté contractuel il appartient normalement aux parties de déterminer elles-mêmes les modalités d'extinction de leur obligation réciproque. En droit du travail cette liberté jouerait très largement au détriment du salarié aussi a t'en assister a une intervention croissante du législateur de façon a donner au salarié sinon une totale sécurité d'emploi du moins des contreparties pécuniaire en cas de perte de l'emploi, la rupture du contrat de travail entraîne des conséquences considérables en effet sur le plan sociale c'est toute la vie du salarié qui se trouve remise en cause.

Juridiquement il n'est pas exagéré de dire que c'est élaboré une grande partie du droit de travail car la très grande majorité des réclamations formulés devant le juge par l'une des parties sont a l'occasion de la rupture du contrat

Sous le bénéfice de ces observations préliminaires il convient de rappeler que la rupture du contrat obéit quelque soit la forme du contrat a certaines règles communes mais d'autre part il existe des règles propres a chaque modalités de contrat

4.1- Les règles communes

4.1.1- Les causes de ruptures commun a tout contrat

L'article 14 nouveau du CT énumère les cause d'extinction :

- a- par l'accord des parties c'est le départ a l'amiable il s'agit d'une rupture du contrat de travail négocié soit une transaction entre les deux parties évitant ainsi toute action judiciaire
- b- par la volonté de l'une des parties suite à une faute grave commise par l'autre partie
- c- en cas d'empêchement d'exécution résultant soit d'un cas fortuit ou de force majeur survenu avant ou pendant l'exécution du contrat soit du décès du travailleur.

Certificat	Droit de Travail	Année
d'Etude Juridique		Universitaire
et Fiscales		2005&2006

- d- Par la résolution prononcer par le juge dans les cas déterminés par la loi (non respect de la condition d'âge).
- e- Dans les prévus par la loi. Ex ; manquement à la législation sur l'emploi de la main d'œuvre étrangère.