

La contractualisation des relations individuelles de travail en droit tunisien

Nouri MZID
Professeur à la Faculté
de droit de SfaxTunisie

Received2021-11-10

Accepted: 2021-11-10

Résumé

En Tunisie, comme ailleurs, on assiste aujourd'hui à un mouvement très poussé de contractualisation des rapports individuels de travail. Il en découle un enrichissement du contenu du contrat de travail par l'insertion de diverses clauses, qui visent le plus souvent à protéger l'intérêt de l'entreprise, mais dont le régime juridique n'est pas clairement fixé par la loi. Cette contractualisation se manifeste, d'abord, comme instrument d'adaptation du rapport du travail aux besoins de l'entreprise, à travers des clauses qui visent soit l'accroissement des sujétions professionnelles du salarié, soit son implication aux risques liés à l'activité de l'entreprise. La contractualisation se présente, ensuite, comme instrument d'organisation de la rupture du contrat de travail, à travers des clauses qui visent soit la fragilisation du lien contractuel, favorisant ainsi sa rupture, soit l'aménagement des suites de cette rupture en fonction de l'intérêt de l'entreprise.

Mots clés: La contractualisation- en droit tunisien- relations individuelles de travail

1. Introduction:

Le droit du travail est né, historiquement, de l'irruption du travail dans la sphère du contrat. C'est toujours le contrat individuel qui a servi de cadre à la définition juridique de la relation de travail. De ce point de vue, la contractualisation des rapports de travail est une chose ancienne, même si elle a pris aujourd'hui une nouvelle ampleur¹.

Il est vrai que, depuis longtemps, on a pu annoncer le déclin du contrat de travail, en affirmant qu'il ne joue qu'un rôle secondaire, voire marginal, dans l'aménagement juridique des rapports entre employeurs et salariés en raison du développement d'une législation sociale spéciale d'ordre public. Une ancienne doctrine avait même dénié toute consistance au contrat de travail, en suggérant d'y voir un simple acte-condition déclenchant l'application d'un statut légal et conventionnel².

Toutefois, cette analyse anti-contractualiste n'a pas été adoptée par l'ensemble de la doctrine. Au contraire, on ne cesse d'insister aujourd'hui sur un renouveau du contrat de travail qui traduit un mouvement de contractualisation très poussé des rapports individuels entre employeurs et salariés³. Cette contractualisation est entendue ici au sens de conférer à tel ou tel élément de la relation de travail un caractère contractuel, en l'intégrant sous forme de clause insérée dans le contrat de travail. Elle peut porter sur les aspects les plus variables du rapport de travail, tels que le

¹ A. SUPIOT, « La contractualisation des relations de travail en droit français », in *La contractualisation du droit social*, sous la direction de Ph. AUVERGNON, Univ. Montesquieu – Bordeaux IV, 2003, p. 23.

² G. SCHELLE, *Le droit ouvrier*, éd. A. Colin, 2^{ème} éd., 1929, p. 109 et s. Voir aussi dans le même sens, P. OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapport avec les autres sources de droit dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1982, p. 680.

³ C.f. notamment, P. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », *RJS*, 1999, p. 383, et A. JEAMMAUD, « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudos juridicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, 2003 (disponible internet)

salaire, la prestation à accomplir par le salarié, le lieu de travail, la rupture du contrat, ainsi que les suites de cette rupture.

Il en découle, ainsi, un enrichissement du contenu du contrat de travail par l'insertion de diverses clauses promues par la liberté contractuelle, imposant des obligations accessoires à l'une ou à l'autre des parties, mais le plus souvent au salarié⁴.

Le Code du travail n'a pas précisé quelles sont les clauses qui peuvent, licitement, figurer dans le contrat de travail et n'a pas prévu des règles communes applicables à ces clauses. Tout au plus, on peut dégager à travers quelques dispositions de la loi que certaines clauses peuvent être valablement insérées dans le contrat de travail, telle que la clause d'essai ou la clause de dédit-formation⁵. En revanche, d'autres clauses sont interdites par la loi, comme la clause par laquelle le salarié renonce préalablement au droit éventuel de demander des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat⁶, ainsi que la clause par laquelle il renonce à son droit au congé annuel, même contre l'octroi d'une indemnité compensatrice⁷.

En dehors de ces cas particuliers, on peut envisager plusieurs autres clauses susceptibles d'être insérées dans le contrat de travail, mais dont le régime juridique n'est pas clairement fixé par la loi. Certes, en se référant au principe de faveur lié à l'ordre public social, la validité de la clause peut être facilement admise lorsqu'elle est stipulée au bénéfice du salarié. C'est le cas notamment des clauses de stabilité de l'emploi⁸. Mais, le plus souvent, les clauses insérées dans le contrat de travail visent à protéger l'intérêt de l'entreprise et à renforcer le pouvoir de l'employeur à l'égard de ses

⁴ Voir notamment, P.H. ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2005

⁵ Sur ces deux clauses, voir infra.

⁶ Art. 23 al. 2 du CT.

⁷ Art. 131 du CT.

⁸ C.f. J. SAVATIER, « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr. soc.*, 1991, p. 413, F. PETIT, « Sur les clauses de garanties d'emploi », *Dr. soc.* 2000, p. 80

subordonnés. Ce sont surtout ces clauses qui évoquent le plus de difficultés et qui méritent une attention particulière comme illustration de la contractualisation de la relation de travail. Cette contractualisation peut se traduire à travers deux mouvements liés à l'intérêt de l'entreprise : **l'adaptation du rapport du travail aux besoins de l'entreprise**, d'une part, **(I)** et **l'organisation de la rupture du contrat de travail**, d'autre part, **(II)**.

I- La contractualisation, technique d'adaptation du rapport de travail aux besoins de l'entreprise

Cette adaptation se manifeste à travers plusieurs techniques contractuelles qui visent soit l'accroissement des sujétions professionnelles du salarié **(A)**, soit son implication aux risques liés à l'activité de l'entreprise **(B)**.

A- L'accroissement des sujétions professionnelles du salarié

Diverses clauses peuvent être insérées dans le contrat de travail en vue de renforcer les obligations professionnelles à la charge du salarié et assurer, ainsi, une adaptation du contrat aux besoins de l'entreprise.

Dans ce cadre, on peut mentionner, d'abord, la **clause d'exclusivité**. Elle vise à interdire au salarié d'exercer, en dehors de l'entreprise, toute activité professionnelle, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, même si cette activité n'est pas concurrente à son employeur. Elle se distingue, alors, de la clause de non-concurrence qui régit les relations post-contractuelles et qui vise seulement à interdire au salarié l'exercice d'une activité concurrente à son ancien employeur.

La clause d'exclusivité permet de renforcer la fidélité du personnel à l'entreprise, mais son impact dépasse le simple devoir de loyauté qui incombe de plein droit à tout salarié. Pour cette raison, elle ne peut s'imposer à celui-ci que si elle est prévue expressément dans le contrat. Du reste, ayant pour effet de porter atteinte au principe de la liberté de travail, cette clause doit être justifiée par un intérêt légitime de l'entreprise. Tout en

tenant compte de la nature de la tâche à accomplir par le salarié, elle doit être proportionnée au but recherché⁹.

À la clause d'exclusivité peut s'ajouter, ensuite, une *clause de mobilité*. C'est la clause par laquelle le salarié consent d'avance à changer de lieu ou de poste de travail. Il s'agit, alors, d'une technique de flexibilisation de l'emploi par une adaptation de la force de travail aux exigences de l'entreprise.

En droit tunisien, le recours à la mobilité du personnel, impliquant une sorte d'adaptation du contrat de travail aux exigences de l'entreprise, est déjà autorisé par la loi¹⁰ et les conventions collectives¹¹ et validé par la jurisprudence, à condition que cette mesure soit justifiée par les nécessités du travail. Certains contrats de travail supposent, par leur nature particulière, une obligation de mobilité, tels que les contrats internationaux et les contrats conclus au sein des groupes de sociétés où l'obligation de mobilité peut être sous-entendue¹². Dans d'autres situations, l'insertion d'une clause de mobilité dans le contrat semble nécessaire pour imposer au salarié une telle obligation. En réalité, la jurisprudence tunisienne n'est pas aussi exigeante s'agissant de l'insertion d'une clause explicite de mobilité dans le contrat. Elle se contente souvent de contrôler le respect ou non des

⁹ Voir en ce sens l'arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation française du 11 juillet 2000 : « La clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à son employeur porte atteinte à la liberté de travail (...) elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché... », Bull. civ. 2000, V., n° 277, p. 219.

¹⁰ Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 76-2 du C.T. : « Pour nécessité de service, le travailleur peut être chargé d'effectuer des travaux d'une catégorie inférieure ou supérieure à sa catégorie. ». Selon le même article, les modalités d'application de ces dispositions sont fixées par les conventions collectives, les contrats individuels ou par arrêté du Ministre des affaires sociales pris après consultation des organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs concernés.

¹¹ Voir notamment les articles 15 et 22 de la convention collective cadre.

¹² Voir notre article intitulé « Groupe de sociétés et relations de travail », Etudes juridiques, n° 8, 2001, p. 89.

conditions prévues par les dispositions légales et conventionnelles en la matière, notamment celle relative à l'existence d'un intérêt légitime de l'entreprise lié aux exigences objectives de l'activité¹³.

Enfin, on peut mentionner aussi la ***clause d'astreinte***. Elle vise à renforcer la disponibilité de la force de travail en permettant de prévoir des périodes pendant lesquelles le salarié, bien que n'exerçant aucune activité effective, s'oblige à rester disponible afin de faire face à toute éventualité rendant nécessaire son intervention dans l'entreprise. Mais, contrairement au droit français par exemple, qui a réglementé cette pratique, le législateur tunisien garde le silence à ce sujet, ce qui pose beaucoup de difficultés s'agissant de la qualification du temps d'astreinte et de son régime.

En plus des techniques contractuelles visant l'accroissement des sujétions professionnelles du salarié, d'autres techniques relatives à la rémunération permettent d'opérer une sorte de répartition des risques liés à l'activité de l'entreprise¹⁴.

B- L'implication du salarié aux risques d'activité de l'entreprise

De manière classique, on affirme souvent qu'en droit du travail le salarié n'est pas, en principe, impliqué dans les risques de l'entreprise¹⁵. Mais certaines clauses relatives à la rémunération peuvent être utilisées par l'employeur comme technique d'impliquer le salarié dans la gestion de ces risques. Il en est ainsi de la ***clause de forfait*** qui vise à contractualiser l'accomplissement d'heures supplémentaires payées forfaitairement.

Non prévue par le Code du travail, cette clause est d'un usage fréquent dans la pratique, notamment pour les cadres. Elle a pour effet de contraindre le

¹³ Voir par ex., cass. civ. n° 24285 du 4 septembre 2015, inédit, cass. civ. n° 14095 du 1^{er} décembre 2007, inédit, cass. civ. n° 32280 du 23 janvier 1992, bull. de la cour de cass., p. 160.

¹⁴ Voir K. BAKLOUTI, « Les clauses relatives à la rémunération », in Les clauses du contrat de travail, Publications de l'Ecole doctorale de la Faculté de droit de Sfax, n° 4, 2012, p. 21.

¹⁵ Ces risques sont normalement supportés par l'employeur qui tire profit de l'activité de l'entreprise. En effet, « celui qui a les avantages a les charges et risques » (art. 554 C.O.C).

salarié à effectuer un nombre d'heures supplémentaires fixées par le contrat et payées forfaitairement, sans pouvoir prétendre à une rémunération complémentaire. Mais l'article 90 du Code du travail semble constituer un obstacle à la mise en œuvre de cette clause car il dispose que toute heure de travail effectuée au-delà de la durée hebdomadaire normale est considérée comme heure supplémentaire et doit être rémunérée à un taux majoré. Dans tous les cas, la clause de forfait ne doit pas avoir pour effet de réduire la rémunération du salarié concerné en dessous des minimas et des majorations légaux et conventionnels¹⁶.

Le contrat de travail peut comporter aussi une *clause d'objectifs* qui fixe au salarié un résultat quantitatif ou qualitatif à atteindre. Tout en l'incitant à développer sa performance, une telle clause permet une meilleure évaluation de la prestation fournie. Le droit tunisien n'a pas réglementé cette clause. Mais, à la lumière de la jurisprudence française, on doit admettre que la seule insuffisance des résultats par rapport aux objectifs fixés ne peut pas en soi constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁷.

Les clauses d'objectifs peuvent fonder, par ailleurs, une variation de la rémunération. Dans ce cas, elles relèvent de la catégorie des *clauses de rémunération variable*. Ces clauses confèrent à l'employeur la faculté de faire varier un élément de la rémunération en fonction des résultats de l'activité des salariés. Mais la clause doit être fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, sinon elle sera qualifiée comme une clause purement potestative et donc jugée nulle¹⁸. De même, la clause n'est valable que si elle n'a pas pour effet de faire porter le

¹⁶ Chambre soc. de la cour de cass. fr., 21 juin 2005 (cité par P.H. ANTONMATTEI, Les clauses du contrat de travail, éd. Liaisons, coll. Droit vivant, 2005, p.58)

¹⁷ Cass. soc. 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 641.

¹⁸ Cette solution peut trouver son fondement dans l'article 121 du C.O.C. selon lequel « l'obligation est nulle lorsque l'existence même du lien dépend de la nue volonté de l'obligé ».

risque d'entreprise sur le salarié, ni de réduire la rémunération en dessous des minimas légaux et conventionnels¹⁹.

Il est possible, également, d'insérer dans le contrat de travail une *clause de responsabilité pécuniaire*. Elle vise à indemniser financièrement l'employeur des préjudices causés par l'exécution défectueuse du travail par le salarié. En réalité, les fautes du salarié dans l'exécution du contrat tombent plus fréquemment dans le champ du droit disciplinaire. Or, ce qui sépare le droit disciplinaire et le droit de la responsabilité civile, c'est que le premier s'exerce indépendamment de l'existence d'un préjudice résultant de la faute.

On pourrait hésiter sur le principe même d'une responsabilité civile du salarié en cours d'exécution du contrat de travail dans la mesure où ce contrat est exécuté sous la direction et le contrôle de l'employeur qui supporte seul, en principe, les risques de l'exploitation. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française considère que le salarié ne peut être tenu pour responsable des résultats défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle une faute lourde assimilable au dol²⁰.

En dehors des techniques contractuelles visant l'adaptation du rapport de travail aux besoins de l'entreprise, d'autres techniques peuvent être utilisées comme instrument d'organisation de la rupture du contrat.

II- La contractualisation, instrument d'organisation de la rupture du rapport de travail

L'intervention de la loi pour encadrer juridiquement la rupture du contrat de travail, notamment en matière de licenciement, laisse a priori peu de place à la liberté des parties de prévoir des clauses relatives à ce sujet. Pourtant,

¹⁹ Voir en ce sens la position de la jurisprudence française, cass. soc. 2 juillet 2002, Bull. civ. V, n° 229, D. 2003, somm. 391, obs. V. WAUQUIER.

²⁰ Cette solution a été consacrée par la cour de cassation française dans son arrêt du 27 novembre 1958 (RTD civ., 1959, p. 731, obs. H. et L. MAZEAUD), et depuis sa jurisprudence est constante.

certaines clauses portant sur la rupture du contrat de travail sont devenues fréquentes. On peut distinguer, à cet égard, entre les clauses qui impliquent une fragilisation du lien contractuel, favorisant ainsi sa rupture (**A**), et celles qui portent sur les suites de cette rupture (**B**).

A- La fragilisation du lien contractuel

Parmi les clauses impliquant une fragilisation du lien contractuel, il y a lieu de mentionner, d'abord, la *clause d'essai*. Ainsi, au lieu de s'engager de manière définitive, les parties peuvent convenir de passer par une période au cours de laquelle chacune d'elles dispose librement d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat, sans passer par une procédure particulière et sans qu'aucune responsabilité puisse être, en principe, reconnue. Il en découle, surtout, une réhabilitation du pouvoir de l'employeur en matière de résiliation unilatérale du contrat, ce qui a pour conséquence d'écarter l'application des règles du droit du licenciement.

Prévue par le Code du travail²¹, l'insertion de cette clause dans le contrat est surtout soumise aux conditions fixées par les conventions collectives dont les dispositions sont spécifiques aux contrats de travail à durée indéterminée²². La question demeure posée s'agissant de la possibilité d'insérer une telle clause dans un contrat de travail à durée déterminée²³.

On est tenté de donner une réponse positive dans la mesure où la loi ne l'interdit pas. Mais l'attitude de la jurisprudence à ce sujet n'est pas

²¹ Voir notamment les articles 6-3, 18, 370, et 410 du CT. Sur le régime de la clause d'essai en droit tunisien, v. H. KOTRANE, « La tendance à la flexibilité de l'emploi en Tunisie. L'exemple des contrats de travail à l'essai », Revue tunisienne de droit social, n° 2/3, 1987, p. 87 ; L. AFFES, « La clause d'essai dans le contrat de travail », in Les clauses du contrat de travail, Publications de l'Ecole doctorale de la Faculté de droit de Sfax, op. cit., p. 91.

شيراز بالي، "فترة التجربة في عقد الشغل على ضوء قرارات محكمة التعقيب"، مجلة القضاء والتشريع، عدد 6،

2009' ص. 73

²² Voir notamment l'article 10 de la convention collective cadre.

²³ C.f. F. BEN SALEM, « Un contrat de travail à durée déterminée peut-il être assorti d'une période d'essai ? », Revue Infos juridiques, n° 2/3, 2006.

suffisamment claire²⁴. De toute façon, la durée d'essai ne doit pas être excessive eu égard aux fonctions que le salarié doit remplir et en rapport avec la durée totale du contrat.

En dehors de la période d'essai, la question se pose également sur la possibilité d'insérer dans un contrat de travail à durée déterminée une ***clause de rupture anticipée*** permettant de mettre fin à ce contrat par la volonté unilatérale. La validité de cette clause est douteuse. Normalement, le contrat à durée déterminée prend fin, en effet, par l'expiration de la durée convenue ou par l'accomplissement du travail objet du contrat. La seule hypothèse de rupture anticipée de ce contrat, par la volonté unilatérale de l'une des parties, est celle de la faute grave commise par l'autre partie²⁵. D'ailleurs, la jurisprudence française n'hésite pas à déclarer la nullité de la clause accordant à l'employeur une faculté de résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée²⁶. En revanche, la clause de résiliation unilatérale créée au bénéfice du salarié pourrait être admise²⁷.

De même, une ***clause de résiliation de plein droit*** insérée dans un contrat de travail à durée indéterminée, entraînant ainsi la rupture automatique de ce contrat, devrait être déclarée non valable, dans la mesure où elle heurte les dispositions impératives régissant le régime du licenciement qui exige le respect d'un ensemble de conditions de fond et de forme ayant pour finalité de rationaliser le pouvoir de l'employeur dans ce domaine et de protéger le salarié contre le licenciement abusif.

²⁴ Dans l'un de ces arrêts, la cour de cassation a écarté la possibilité d'insérer une clause d'essai dans le contrat de travail à durée déterminée (cass. civ. n° 22518 du 27 janvier 2003, Revue tunisienne de droit social, n° 9, 2004, p. 110). Mais dans d'autres arrêts, elle a affirmé que ce contrat peut valablement comporter une telle clause, en se basant sur le principe de la liberté contractuelle (cass. civ n° 6560 du 9 janvier 2006, inédit, et cass. civ. n° 19092 du 6 février 2015, inédit)

²⁵ Cette solution découle de l'article 14, al. 1 et 3 du CT.

²⁶ Cass. soc. 5 juillet 1995, D. 1996, 280, note J. MOULY. Une jurisprudence antérieure avait consacré la solution de la requalification du contrat comportant une telle clause en un contrat à durée indéterminée. Cass. soc. 27 mars 1991, Bull. civ. V, n° 154.

²⁷ Voir en ce sens, cass. soc., 23 mars 1999, D. 1999, 470, obs. F. LAGARDE.

B- L'aménagement des suites de la rupture du contrat

L'employeur peut avoir intérêt à utiliser certaines techniques contractuelles qui visent à organiser l'après-contrat de travail. À cet égard, on peut évoquer, d'abord, la ***clause de dédit-formation***²⁸. Par cette clause, le salarié s'engage, en cas de démission avant le terme d'une période déterminée, à verser à l'entreprise une somme forfaitaire pour couvrir les frais de formation engagés à son profit par l'employeur. Cette clause trouve son fondement dans l'article 26-2 du Code du travail. Elle joue, en réalité, un double rôle, comme technique de fidélisation du personnel et comme instrument de responsabilisation du salarié. Mais la clause n'est valable que dans la mesure où elle constitue la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant effectivement des frais réels. En l'absence de contrepartie, la clause serait nulle. De même, une clause excessive eu égard aux frais réellement engagés par l'entreprise devra être réduite par le juge. Cette réduction peut s'analyser en une nullité partielle pour absence partielle de cause, plutôt que comme une clause pénale²⁹. Du reste la responsabilité du salarié, en vertu de la clause, ne sera déclenchée que si la rupture du contrat lui était imputable.

Il convient d'évoquer aussi la ***clause de non-concurrence*** qui répond, également, à deux objectifs : dissuader le salarié de quitter l'entreprise et, si la rupture est consommée, l'empêcher d'exercer une activité concurrente ou de se mettre au service d'une entreprise concurrente à son ancien employeur³⁰.

²⁸ Voir A. BOUZAABIA, « La clause de dédit-formation », in Les clauses du contrat de travail, publications de l'Ecole doctorale de la Faculté de droit de Sfax, op. cit., p. 141.

²⁹ Voir en ce sens, F. GAUDU et R. VATINET, Les contrats du travail, LGDJ, 2001, p. 250. Sur la clause pénale en droit du travail tunisien, voir Y. GHRAB, « La clause pénale en droit du travail », in Les clauses du contrat de travail, Publications de l'Ecole doctorale de la Faculté de droit de Sfax, op. cit., p. 157.

³⁰ Voir J. AMIEL-DONAT, Les clauses de non-concurrence en droit du travail, éd. Litec, 1988. Sur la clause de non-concurrence en droit du travail tunisien, voir H. BOUAZIZ, « La clause de non-concurrence en droit du travail », in Les clauses du contrat de travail, Publications de l'Ecole doctorale de la Faculté de droit de Sfax, op. cit. p. 49.

Le Code du travail n'a pas prévu de dispositions spécifiques à ce sujet. Mais à la lumière de la jurisprudence, on peut admettre la validité de la clause de non-concurrence lorsqu'elle répond à un ensemble de conditions relatives notamment à son objet et à sa cause. Ainsi, dans la mesure où la clause constitue nécessairement une limite à la liberté de travail, l'objet de l'obligation de non-concurrence doit être strictement limité. La clause doit alors indiquer avec précision les activités qui sont interdites au salarié, et doit être limitée dans sa durée et dans son rayon géographique. L'absence de limitation de la clause risque, en effet, de créer à la charge du salarié un engagement perpétuel interdit par la loi et de l'empêcher d'exercer son droit au travail proclamé comme droit fondamental³¹.

S'appuyant sur les dispositions de l'article 118 du Code des obligations et des contrats³², les juges ont ainsi exigé pour la validité de la clause qu'elle soit limitée dans le temps et dans l'espace³³. En réalité, l'article mentionné utilise la conjonction « ou », ce qui laisse entendre que les limitations de temps et d'espace présentent un caractère alternatif. Mais les juges ont exigé que la clause soit limitée à la fois dans le temps et dans l'espace.

De même, la clause doit avoir une cause licite sous peine de tomber sous le coup de l'article 67 du Code des obligations et des contrats. Ainsi, conformément à la jurisprudence française, la clause n'est considérée comme ayant une cause licite que si elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière³⁴. Cette

³¹ Ce droit est garanti par la Constitution du 27 janvier 2014 dans son article 40 qui dispose que « tout citoyen et citoyenne a le droit au travail dans des conditions décentes et à salaire équitable ».

³² Après avoir affirmé la nullité de toute condition, et de l'obligation qui en dépend, « ayant pour effet d'interdire ou de restreindre l'exercice des droits et des facultés appartenant à toute personne humaine », cet article a ajouté que « cette disposition ne s'applique pas au cas où une partie s'interdirait d'exercer une certaine industrie, pendant un temps ou dans un rayon déterminé ».

³³ Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 39131 du 13 janvier 2005, RJL, février 2006, p. 129, comm. I. LAHMAR.

³⁴ Cass. soc. 10 juillet 2002, Bull. civ., V, n° 239 ; D. 2002, 2491, note Y. SERRA.

condition, qui semble être ignorée par les juges tunisiens, apparaît pleinement justifiée. Il est équitable que l'atteinte à la liberté professionnelle du salarié soit compensée en sa faveur par une contrepartie financière versée par l'employeur.

Du reste, en Tunisie comme en France, les juges ont affirmé que la clause n'est déclarée licite que si elle est justifiée par la protection d'un intérêt légitime de l'entreprise concernée³⁵. Cette condition nous semble aussi bien justifiée dans la mesure où la clause de non-concurrence n'est qu'une dérogation à un principe fondamental, à savoir le principe de la liberté du travail.

Par ailleurs, la question demeure posée concernant la possibilité d'insérer dans le contrat de travail une **clause compromissoire** en vue de recourir à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges individuels du travail³⁶. Le Code du travail est silencieux sur cette question. Certains auteurs adoptent pourtant une thèse rejetant toute clause compromissoire dans les conflits individuels de travail³⁷. Ils avancent comme motif le caractère exclusif de la compétence prud'homale. Mais on peut douter du bien fondé de cette attitude qui repose sur un faux-semblant d'opposition entre le recours à l'arbitrage et la compétence exclusive des conseils de prud'hommes. D'ailleurs, on peut soutenir, en se référant à Ph. FOUCHARD, que la compétence exclusive des conseils de prud'hommes n'exclut que

³⁵ Conseil de prud'hommes de Sfax, jugement n° 22825 du 4 novembre 2003, inédit.

³⁶ C.F. T. CLAY, " L'arbitrage, justice du travail", in Procès du Travail, travail du procès, sous la direction de M. KELLER, LGDJ, 2008, p. 98. J.M OLIVIER, " Arbitrage et droit du travail ", in Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, sous la direction de T. CLAY, revue Droit et patrimoine, mai 2002, p. 52. V. aussi sur la question en droit tunisien, N. ZGHAL, " La clause compromissoire et le contrat de travail : réflexions sur une antinomie discutable", in Les clauses du contrat de travail, Publications de l'Ecole Doctorale de la Faculté de Droit de Sfax, op. cit., p. 103.

³⁷ C.f., A. OUERFELLI, Le Code de l'arbitrage annoté : l'arbitrage interne, Centre des Etudes Jurid., Tunis 2006, p. 42 et s. (en arabe), F. MECHRI, Le droit du travail en Tunisie, Sud éditions, Tunis 2009, p. 161, et s.

l'intervention des autres tribunaux étatiques, sans trancher la question de l'arbitrabilité des litiges, qui est d'une autre nature³⁸.

Les partisans de la thèse du rejet de l'arbitrage dans les conflits individuels de travail se fondent aussi sur l'exception d'ordre public en se référant aux dispositions de l'article 7 du Code de l'arbitrage. Conformément à cet article, on ne peut compromettre dans les matières touchant à l'ordre public. Mais cet argument nécessite d'être relativisé. En effet, le principe en droit positif est l'arbitrabilité des litiges nés d'une relation contractuelle³⁹. Le motif d'ordre public reste alors une exception et doit être strictement interprété. L'arbitrage ne devrait être écarté que si l'essence du litige relève d'une matière d'ordre public. Or, n'est-il pas excessif d'affirmer que toute la matière régissant les rapports de travail est dominée par l'ordre public ?

Il n'existe pas en Tunisie une jurisprudence bien développée concernant la validité ou non de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail. Mais un arrêt de la Cour de cassation mérite d'être mentionné à cet égard⁴⁰. Il s'agit, en l'espèce, d'un contrat de travail dans lequel figure une clause compromissoire invoquée devant la Cour de cassation pour contester la compétence des conseils de prud'hommes. La juridiction suprême qui a rejeté le pourvoi, au motif que la clause n'a pas indiqué l'objet du litige et les noms des arbitres, n'a fait aucune allusion au motif d'inarbitrabilité fondée sur l'exception de l'ordre public. Elle semble donc reconnaître implicitement la validité de la clause compromissoire insérée dans le contrat de travail.

Enfin, à la lumière de cette analyse des clauses du contrat de travail, une intervention du législateur en la matière nous semble aujourd'hui souhaitable, voire indispensable, en vue de rationaliser ce phénomène de plus en plus poussé de contractualisation des rapports individuels de travail, en adoptant un ensemble de règles claires permettant d'éviter le recours aux

³⁸ Ph. FOUCHARD, " La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 ", Rev. arb. 2001, n° 3, p. 397.

³⁹ Art. 16 du Code de l'arbitrage.

⁴⁰ Cass. civ. n° 12925-2008 du 7 janv. 2008 (inédit).

clauses abusives et de préciser les critères de validité des clauses susceptibles d'être insérées dans le contrat, ainsi que leur régime juridique, tout en ayant comme ligne directrice la recherche d'un équilibre nécessaire entre les intérêts légitimes de l'entreprise et ceux des salariés.