U.C.M

Droit du travail

Textes de base : code du travail et code de prévoyance social

Le droit du travail fait partie du droit social. Il y a le droit du travail proprement dit (employeur-travailleur) et la prévoyance sociale. Le droit du travail a été instauré dans le but d'avoir un travail décent.

Le droit du travail comprend : les relations individuelles (contrats individuels) et les relations collectives de travail (une collectivité de travailleur face à un ou plusieurs employeurs).

En ce qui concerne la prévoyance sociale n'est pas un problème entre l'employeur et le travailleur. En effet, c'est la CNaPS qui s'en charge. La prévoyance sociale, c'est la garantie de l'indemnisation des risques dont sont victimes les travailleurs (risques issues de l'exercice de leur métier). Il y a d'abord les prestations familiales (pour aider à l'épanouissement des enfants, de la femme, …), ensuite, les accidents de travail et les maladies professionnelles, il y a également la pension vieillesse.

RECHERCHE : Relation collective du travail (recherche sur la grève : aspect juridique : historique, définition, problème juridique).

Article I. Introduction :

Section 1.01 Notion et définition :

Le droit du travail est une branche du droit social qui se compose essentiellement du droit du travail d'une part de la prévoyance sociale d'autre part.

I. La prévoyance sociale :

C'est le droit de prestation sociale, des accidents de travail et des maladies professionnelles et des pensions de retraite. Elle a pour but de protéger les travailleurs contre les conséquences économiques de la réalisation des risques dont sont entourés les conditions de vie et d'existence et également de faire face au danger occasionné par la maladie ou l'accident. C'est la caisse nationale de la prévoyance sociale ou CNaPS qui est chargé de veiller les régimes de compensation des prestations familiales, accidents et maladies professionnelles et le régime des retraites.

L'article 1er du code de prévoyance sociales instaure que tous les employeurs doivent s'immatriculé à la CNaPS sous peine de sanction Judiciaire. Ils doivent y affiler leurs travailleurs et verser mensuellement les cotisations correspondantes. En contrepartie, la CNaPS offre aux travailleurs des avantages sociaux et diverses prestations.

Le code de prévoyance sociale s'applique à tous les salariés soumis au code de travail et au code maritime, quel que soit le secteur de leur activité professionnelle. L'employeur qui n'exécute pas ces obligations à l'égard de la CNaPS engage sa responsabilité et pourra être condamné à payer au salarié les prestations non versées par la CNaPS au lieu et place de celle-ci (c'est l'employeur qui doit verser les indemnisations en cas d'accident, en cas d'accident causant une incapacité de travail, l'indemnité sera conséquente).

II. La médecine du travail :

Tout employeur, utilisant les services d'un ou de plusieurs travailleurs est tenu de leur assurer des prestations médico-sanitaires dans le cadre d'un service médical du travail. Ils doivent, en conséquence s'affilier à un service médical inter-entreprises appelé OSIE qui fait office de médecine du travail si l'employeur ne dispose pas d'un service médical adéquat. Les OSIE sont des services médicaux du travail, financièrement et administrativement autonome et qui sont administré par un conseil de gestion, de composition paritaire et tripartite comprenant des représentants de l'Etat, des représentants de l'employeur et des représentants des travailleurs (exactement comme le conseil d'administration de la CNaPS : la CNaPS, actuellement, est un établissement public à caractère industriel et commercial).

Cette composition signifie que c'est le syndicat des employeurs et les groupements patronaux qui élisent leur représentant.

III. Les rapports collectifs de travail :

A. Principe de la liberté syndical :

Dans le cadre de leur profession, les salariés comme les employeurs peuvent, sans aucune distinction, et sans autorisation préalable, se regrouper au sein de syndicat ou d'organisation de leur choix, soit au niveau régional, ou dans le cadre de l'entreprise, ou national ou même international. Le principe de la liberté syndicale tant celle d'adhérer ou celle de ne pas adhérer à un syndicat ou de se retirer à tout moment du syndicat auquel ils ont adhéré, et garantie, tant, par les normes nationales qu'internationales. L'alinéa 2 de l'article 137 du code du travail définit le syndicat comme étant une organisation de travailleur ou d'employeurs, ayant pour but, de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs. L'objectif du mouvement syndical est le progrès économique et social de ses membres. Les syndicats et les groupements patronaux négocient des conventions collectives. Chaque organisation syndicale peut créer au sein de l'entreprise ou de l'établissement, une section syndicale qui assure la défense des intérêts individuels et collectifs, matériels et moraux de ses membres par l'intermédiaire d'un délégué syndical.

Le syndicat est extérieur à l'administration. Dès que le syndicat a plus de 7 travailleurs adhérant, ils peuvent créer une section syndicale (envoie de lettre à la direction). C'est le syndicat qui désigne le délégué syndical. Dès que la lettre est envoyée, les délégués syndicaux sont protégés à l'égard d'un licenciement qui peut être décidé à cause de leur rôle syndical. Pour les licencier, il faut l'autorisation de l'inspecteur du travail. C'est le délégué qui fait les démarches pour protéger les membres du syndicat. Dans une même entreprise, il peut y avoir plusieurs sections syndicales. Les sections syndicales peuvent, par convention, élire, un délégué intersyndical. Ce dernier doit être désigné en accord par les sections syndicales de l'entreprise. Il faut que les sections syndicales s'entendent.

Pour l'accomplissement de leur mission, les délégués syndicaux et intersyndicaux bénéficient, d'abord, d'un crédit d'heure (pour l'accomplissement de leur mission, chaque délégué syndical a droit à 5 heures (payé) par mois pour exercer leur mission). D'autre part, d'une protection contre un licenciement anti-syndicat. Ce sont des travailleurs protégés.

B. Les différends et contentieux de collectif de travail :

Il peut y avoir différends collectifs de travail quand une collectivité de salarié est touchée par une mesure déterminée, quand les intérêts en cause concernent tout

un groupe d'individu ou tout l'ensemble du personnel. Ainsi, l'article 209 du code du travail précise que pour qu'un conflit soit collectif, il faut 2 conditions :

- La présence d'un certain nombre de travailleur, constitué en un groupement de droit ou de fait
- L'existence d'un intérêt collectif, traduit par des revendications précises.

Section 1.02 Evolution historique :

Toutes les règlementations juridiques sont soumises à des facteurs idéologiques, sociologiques, économiques et à l'histoire du pays considéré. Le droit du travail n'échappe pas à cette règle.

I. Le cas d'un pays économiquement développé (France) :

Pendant des milliers d'année, le travail essentiel était le travail agricole, mais il s'agissait surtout d'un travail familial, bien qu'il y eu d'autres types de travail comme l'artisanat et les corporations.

A. Fin de la 18ème et première moitié du 19ème siècle :

A la fin du 18ème, jusqu'à la première moitié du 19ème siècle, se produit la révolution industrielle, d'où, naissance du machinisme et bouleversement social, le travail devient un travail salarié. Les salariés dépendent de l'argent et de l'emploi que le patron de l'usine leur donne. Il y eu création de petites villes autours des usines et concentration du prolétariat dans les sens urbains. Les effets de ce machinisme :

- Sur le plan idéologique : La doctrine régnante est le libéralisme économique (loi de l'offre et de la demande et de la liberté de la concurrence). Par conséquent, il y a eu baisse des salaires car beaucoup de main d'œuvre concurrentes entre les salariés.
- Sur le plan économique : c'est l'époque du régime capitaliste. Les entreprises sont des établissements privés. Les salariés n'ont aucun droit sur la gestion des entreprises. Il n'y a aucun coup d'acte entre la masse prolétarienne et la direction de l'entreprise.
- Sur le plan juridique, le libéralisme correspond à la doctrine de l'autonomie de la volonté qui obéit à 2 principes : liberté et égalité. En principe, liberté contractuelle et égalité des parties contractantes. Mais en fait, le principe d'égalité n'est que théorique. Le travailleur est obligé d'adhérer aux conditions imposées par l'employeur. La conception individualiste a concouru à laisser le travailleur isolé et faible, face au patron tout puissant. Par ailleurs, la loi interdit les syndicats, les rapports collectifs et les grèves parce que les coalitions et les grèves étaient considérées comme attentatoires à la liberté individuelle. Le bilan de cette période : on peut citer la construction des

institutions de l'économie moderne (usine, route et développement du textile…), forte augmentation de la population avec création d'emploi par la création de villes. Mais au passif, le développement du pays, à part la construction des institutions de l'économie moderne, est payé par une très grande misère de la classe ouvrière. Les conditions de travail sont très dures (durée journalière de travail de 15-16 heures, pas de congé payé, salaire très bas) une famille ne peut pas vivre si la femme ne travaille pas, travail commence tôt (vers 8 ans) et surtout climat d'insécurité (le salarié peut perdre son travail facilement par exemple en cas d'accident de travail ou de crise économique). Par conséquence, durant cette période s'est créée un climat de révolte de la part des salariés, et le prolétariat avait pris conscience de sa condition.

B. De la moitié du 19ème siècle, jusqu'à la première moitié du 20ème :

2 faits marquants : d'abord, l'intervention de l'Etat, et l'avènement des rapports collectifs de travail avec la naissance du syndicalisme. Les causes essentielles de cette évolution :

- La condition ouvrière déplorable,
- Beaucoup de chômeurs,
- La misère a atteint un point de rupture ;
- Grand rôle joué par la doctrine (les théories marxistes, du christianisme social) ;
- L'intervention des organismes internationaux (Société Des Nations) ;
- La masse ouvrière s'organise et le suffrage universel est institué.

L'Etat est obligé d'intervenir pour limiter les abus patronaux. L'Etat fixe alors le salaire minimum et impose des mesures de sécurité dans l'exécution du travail. Les rapports collectifs de travail sont permis et organisés. Les syndicats reçoivent un statut juridique. La grève devient un droit constitutionnel.

C. L'époque contemporaine et la mondialisation :

La catégorie des salariés tient une très grande place dans la nation (70% en France et 90% aux USA). Ce ne sont plus les individus qui discutent et qui négocient les conditions de travail, mais ce sont les groupes, les syndicats. Sur le plan international, il se crée un véritable arsenal d'instrument, visant à la protection de l'homme (DUDH). Le commerce international se libéralise. L'activité économique se mondialise, d'où l'ouverture des frontière. Création d'entreprise multinationale, transfrontière et même internationale.

Conséquence : les entreprises sont confrontées à une grande concurrence (régionale et même mondiale). Ce qui nécessite des restructurations et compression d'effectif. En conséquence, apparition de phénomènes sociaux négatifs. Les entreprises ont tendance à se débarrasser des mains d'œuvre exigeante. La nouvelle tendance consiste pour les chefs d'entreprise en une grande flexibilité et moins de règle draconienne dans la gestion de l'emploi.

II. L'évolution historique dans un pays sous-développé (Madagascar) :

Partant, comme en France, d'une civilisation agricole, l'évolution se fait d'une manière différente. En effet, si en France, le développement du droit du travail est consécutif à l'avènement du machinisme et à une réaction contre les abus suscité par l'absence de règles légales, le processus a été différent en Afrique et à Madagascar. Dans ces pays, les phénomènes centraux sont les phénomènes de la colonisation.

A. Dans le droit traditionnel :

C'est essentiellement le travail rural. Il s'agit d'un travail familial sous l'autorité du chef de famille ou du chef du patriarcal, assisté du conseil des RAY AMAN-DRENY. La terre appartient à la communauté et le produit du travail est distribué entre tous. Il n'y a pas de véritable rapport de travail au sens moderne du terme. Durant cette période, il y a eu apparition du travail asservi, c'est-à-dire, le travail imposé. Le produit du travail des individus ne profitent qu'à une classe de personnes, sans contrepartie. Les travails, facteurs de production étaient les paysans corvéables et surtout, des esclaves. Ainsi, la pratique systématique de l'esclavage résulte d'un problème de main d'œuvre. L'esclave étant un bien qui ne pouvait avoir aucun droit.

B. Pendant la période coloniale :

L'autorité coloniale a aboli l'esclavage. Mais il faut trouver de la main d'œuvre. Contrairement à ce qui s'est passé en Europe, le salarié n'a pas occupé de plus en plus de personnes. La grande masse de la population autochtone est restée rurale, d'où l'idée d'obliger les gens à travailler et l'institution des travaux obligatoires qu'on appelle prestation. Ces prestations étaient, au départ, gratuites, mais par la suite, deviennent rachetables, c'est-à-dire, qu'on avait le choix, soit de donner une prestation de travail, soit une contribution en argent. Mais il s'agissait en fin de compte d'un travail forcé parce que le travail forcé, c'est tout service ou tout travail exigé d'un individu, sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel, l'individu ne s'est pas offert de son plein grés.

Conséquence : sous l'influence de la doctrine (catholicisme social et socialiste) et sous l'action des organisations internationales (SDN et de l'OIT) le travail forcé fut formellement interdit, sauf, à titre exceptionnel pour des fins publiques.

Après la 2ème guerre mondiale, et la conférence de Brazzaville en 1944, et avec la propagation e nouvelles idéologies marxistes et socialistes, et surtout, avec les luttes contre la discrimination raciale, il y eu un net changement avec l'élaboration de la loi du 15 décembre 1952 portant code du travail des territoires d'outre-mer, relevant du ministère de la France d'outre-mer.

Ce code est fondamental sur 2 points. D'une part, il interdit de façon absolu, le travail forcé. D'autre part, il réalise l'égalité de tous les travailleurs, bien que certaines de ces dispositions prévoient encore des avantages en faveur des travailleurs européens.

C. Après l'indépendance :

- Il y a eu d'abord l'ordonnance 60-79 du 1er octobre 1960 portant code du travail.
- Ordonnance 75-013 du 17 Mai 1975 portant code du travail. Ce code a été appliqué pendant 20 ans.
- Loi 94-029 du 25 Août 1995
- La loi 2003-041 du 21 février 2005 portant code du travail.

III. Les sources du droit du travail :

1. Les sources internationales :

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, on assiste à une internationalisation du droit, suite à une prise de conscience des travailleurs en même temps, dans toute l'Europe. L'action du mouvement ouvrier a dépassé, très vite, le cadre national dans plusieurs pays. Les luttes ouvrières ont abouti à quelques différences près, à l'adoption de mêmes principes et de mêmes institutions. On en a déduit qu'on pouvait adopter certains principes au niveau international. On distingue parmi ces sources internationales, d'une part, les sources en dehors de l'OIT et d'autre part, les normes internationales du travail dans le cadre de l'OIT.

a. Les sources internationales en dehors de l'OIT :

Il s'agit de traités bilatéraux et de pactes internationaux. D'abord, les traités ou conventions bilatérales conclus entre deux pays, peuvent porter sur le statut des travailleurs étrangers et lient les deux pays signataire. Le plus souvent, chaque Etat signataire s'engage à traiter les ressortissants de l'Etat étranger comme ces propres ressortissants. Cependant, le général, ces conventions bilatérales, ainsi que les pactes internationaux qui n'ont pas pour objet principal les relations de travail, contiennent néanmoins des dispositions qui s'y rapportent :

- La déclaration universelle des droits de l'homme de décembre 1948 en ses articles 23 et 24
- Le pacte international relatif au droit civil et politique de 1976 en son article 8

- Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en ses articles 6-10
- La convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes de 1981 en ses articles 11 et 12.
- La charte africaine des droits de l'homme et du peuple de 1981 en ses articles 10 et 15.
- La convention relative au droit de l'enfant de 1990.

b. Les NIT dans le cadre de l'OIT

C'est l'OIT, dans le conseil d'administration et dans une composition tripartite qui élabore ces NIT. L'OIT, créé en 1919, dans le cadre de la SDN est devenu, par la suite, une institution spécialisée des nations unies. Elle rassemble actuellement 187 membres, dont Madagascar.

- La conférence internationale du travail constitue l'organe suprême de l'OIT. Elle réunit, chaque année, les délégations de chaque Etat membre. Chaque délégation comprend deux représentant du gouvernement de l'Etat membre, un représentant des catégories de travailleur et un représentant des catégories d'employeur. Ces derniers sont désignés sur proposition des organisations syndicales les plus représentatives. Chaque représentant s'exprime et vote en toute indépendance. La conférence élabore et adopte les NIT, dont, en particulier, les conventions, les recommandations et des déclarations.

- Les conventions doivent être ratifié par le par le parlement et après ratification, elles ont une valeur supérieure à celle de la loi. Les pays qui l'ont ratifié doivent faire des rapports à l'OIT qui, en contrepartie, s'assurera de l'application de la convention.

    - Les recommandations n'ont pas à être ratifiées. Elle complète éventuellement les conventions

    - Il y a une déclaration qui est fondamentale. C'est la déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Cette déclaration adoptée en 1998 s'applique à tous les Etats membres, même ceux qui n'ont pas ratifié les conventions visées par cette déclaration. En effet, cette déclaration affirme les principes et droits fondamentaux relatifs, premièrement, à la liberté d'association ou liberté syndicale et le droit de négociation collective. Ces principes font l'objet de conventions n°87 et n°98. Ensuite, second principe, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire. Les conventions correspondantes sont n°29 et n°105. Troisième principe : c'est l'abolition effective des pires formes de travail des enfants. Les conventions correspondantes sont n°38 et n°182. Quatrième principe : l'élimination de la discrimination en matière

d'emploi et de profession. Convention n°100 et n°111. En ce qui concerne les déclarations, en 2008, la déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable. L'objectif principal est la mise en œuvre de l'agenda du travail décent.

- Le conseil d'administration de composition tripartite oriente les travaux de l'OIT entre les cessions de la conférence. Il est dirigé par un directeur général. C'est ce conseil d'administration qui détermine les coopérations techniques avec les Etats membres et exécutent les conventions.

- Le bureau international du travail (BIT). C'est l'organe administratif et le secrétariat émanant de l'OIT. Il est composé de fonctionnaires internationaux. Le BIT effectue diverses publications, diverses informations pour les Etats membres. Le BIT a un bureau, en principe auprès de chaque Etat membre. Au sein du BIT, sont instituées des institutions dont, en particulier, la commission des experts pour l'application des conventions et des recommandations, ainsi que le comité de la liberté syndicale, pour analyser et faire des observations sur les rapports établis par les Etats membres, concernant l'application des conventions.

2. *Les sources étatiques :*

a. Constitution de 2010 :

Elle proscrit toute injustice, inégalité et discrimination sous toutes ces formes. Elle proclame la garantie de droits sociaux fondamentaux, telle que la liberté syndicale, le principe d'une rémunération juste et équitable, le droit de grève dans les conditions fixées par la loi.

b. La loi :

Elle reste la source essentielle du droit du travail. Le texte de base est la loi 2003-044 portant code du travail du 28 juillet 2004. Elle est complétée par de nombreux décrets et arrêtés très détaillés, suivant les professions et suivant l'objet en cause.

3. *La jurisprudence :*

Le législateur propose, mais dans de nombreux cas, lorsque les textes sont imprécis, c'est le juge qui dispose. La jurisprudence peut se définir comme la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes, rendues par les juridictions, concernant des questions de droits. La jurisprudence crée du droit lorsqu'elle fournit les solutions, en l'absence de règles préexistantes, ou en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi. Exemple : dans le code de 1990, le texte disait que le contrat est suspendu en cas de chômage technique. Après la crise de 1991, les entreprises avaient beaucoup de difficulté par rapport à la matière première et au

marché. Alors, une grande majorité de travailleur est mise en chômage technique. Mais après quelques mois, certains travailleurs ont saisi le tribunal pour licenciement abusif, le problème est qu'il n'y a pas eu de licenciement. La jurisprudence a alors affirmé que les chômages techniques doivent être limités : « durée, humainement supportable par le travailleur, sans salaire ». Par conséquent, dans le nouveau code de travail, avec l'influence de cette jurisprudence, le chômage technique est limité à 6 mois.

Constitue également une jurisprudence, source de droit, les décisions prises, ainsi que les principes posés par la commission d'expert pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) et le comité de la liberté syndicale du BIT (s'il y a eu licenciement pour cause de liberté syndicale, le travailleur peut demander sa réintégration).

4. Les sources professionnelles :

Ce sont des règles générales, élaborées par la profession.

a. Les usages professionnels et les usages d'entreprise :

L'usage signifie d'abord une pratique régulière, considérée comme obligatoire, plus-ou-moins ancienne. Les usages professionnels peuvent concerner une profession particulière en un lieu donné. Les usages ou pratiques d'entreprise les plus fréquentes concernent par exemple le 13ème mois, la prime de fin d'année, ou prime de bilan. Ce sont des normes internes à l'entreprise. Il s'agit de continuer les habitudes des manières qui se sont maintenus dans le métier et qui sont devenus obligatoires. Deux éléments constitutifs sont nécessaires pour qu'un usage ait force obligatoire.

- D'abord, l'élément matériel, c'est l'habitude d'agir de telle ou telle façon, l'ancienneté et la permanence d'une pratique qui est prise en considération. Par exemple, la fourniture annuelle d'une combinaison de travail ou le paiement annuel d'un 13ème mois.
- L'élément psychologique : croyance au caractère obligatoire de cet usage, ainsi, l'usage doit être certain, et parfaitement établi. En conséquence, l'employeur sera obligé de maintenir ou de servir l'avantage parfaitement établi. Un salarié qui invoque un usage, doit en établir l'existence.

b. La convention collective et accord d'établissement :

La convention collective, ainsi que les accords d'établissement sont des écrits relatifs aux conditions de travail (article 174-184 du code de travail). La convention collective est conclue, entre, d'une part, un ou plusieurs syndicats de travailleurs et les représentants du personnel et d'autre part, une ou plusieurs organisations d'employeur. La négociation d'une convention collective est obligatoire, dès lors que l'entreprise occupe habituellement plus de 50 travailleurs. La convention collective

doit prévoir des dispositions plus favorables que celles du code de travail. Le code du travail ne prévoyant qu'un minimum exigible.

L'article 182 alinéas 2 précise que les accords d'établissement ont pour objet, d'adapter aux conditions particulières de l'établissement, les dispositions des conventions collectives. Les conventions collectives peuvent concerner plusieurs établissements ou plusieurs entreprises d'une même branche d'activité.

Les entreprises ayant une même branche d'activité se regroupent pour établir leur propre convention collective (banque, garage, assurance… pour arriver : convention collective des banque, convention collective des assurances…). Les accords d'établissement, c'est l'application des conventions collectives.

c. Le règlement intérieur (imposé par l'employeur):

Le règlement intérieur constitue la manifestation de l'autorité patronale. Article 169 à 173. Il s'agit d'un document obligatoire dans toutes les entreprises, employant habituellement, au moins 11 travailleurs. Le règlement intérieur indique des règles applicables aux personnels d'une entreprise ou établissement bien déterminé, et ne peut contenir que les dispositions relatives à l'organisation technique du travail à la discipline et aux prescriptions sur la sécurité et l'hygiène. Donc, ce sont des règles édictées pour la bonne marche de l'entreprise. Le règlement intérieur doit être communiqué à l'inspecteur du travail.

L'employeur ne peut pas mettre dans le règlement intérieur, des amendes, c'est-à-dire des sanctions à titre pécuniaire.

IV. L'importance du droit du travail et principes généraux, gouvernant le droit du travail :

a. Importance du droit de travail :

Réflexion personnelle : instrument de l'économie, instrument de la paix sociale…

b. Principes généraux, spécifiques au droit du travail :

Hiérarchie des normes générales

En cas de contradiction, c'est la norme supérieure qui l'emporte.	Traités et conventions internationales
	Constitution
	Lois
	Décret
	Arrêté
	Circulaire
	Note

Hiérarchie des normes en matière du droit du travail :

Normes internationales du travail
Constitution
Loi : code du travail et LTGO
Décret et arrêté
Convention collective
Contrat de travail
Règlement intérieur
Accord d'établissement

Supposons que dans le code du travail, il est prévu que le congé est d'un mois. Dans un contrat de travail d'un directeur étranger. Ce dernier jouira de 60 jours de congé annuel. La convention collective dit 45 jours de congé, la loi 30 jours, les conventions internationales donnent 20 jours de congé annuel. Ici, on va appliquer le principe du plus favorable, ou principe de faveur (les normes supérieures imposent une limite minimale). La plus favorable sera imposée.

La plupart des règles du droit de travail apparaissent comme délimitation apportée au caractère arbitraire du pouvoir du chef d'entreprise. Ainsi, bien que le contrat de travail soit une convention synallagmatique qui nécessite donc le concours de la volonté des parties, il y a un interventionnisme très accentué de l'Etat. Le principe de la liberté contractuelle est limité par une règlementation très minutieuse qui comporte des prescriptions impératives.

- C'est une règlementation impérative : les règles du droit de travail sont d'ordre public. Le non-respect de la plupart des dispositions du code constitue une infraction pénale. Il y a ce qu'on appelle, un ordre public social. Cela signifie que la législation du travail impérative souffre des dérogations à la seule condition que celles-ci soient plus favorables au salarié.
- C'est une règlementation protectrice du travailleur : il s'agit d'un ordre public à sens unique dans le sens d'une protection légale des droits du travailleur. L'employeur ne peut pas même, avec le consentement de ses travailleurs, diminuer les avantages reconnus à ceci, par la législation du travail. Prenons l'hypothèse d'une femme qui a plusieurs enfants et qui n'a aucune ressource de revenu. Par contre, lorsque le minimum prévu par la règlementation est respectée, les parties peuvent toujours aller au-delà et prévoir des conditions d'emploi plus favorable. La règlementation ne constitue donc que le minimum. En vertu du principe de faveur ou du principe du plus favorable qui gouverne les conflits entre les différentes normes du travail, c'est la norme la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application.
- Les conséquences de ce principe sont les suivantes :
    - Les parties peuvent s'entendre pour accorder plus que ce que la législation prévoit, mais ne peuvent, en aucun cas, prévoir moindre.

- En outre, en cas d'ambigüité ou de silence des textes et des conventions ou de contradiction entre les termes du contrat et l'intention des parties, on interprète toujours en faveur du travailleur.
- Enfin, s'il y a conflit entre le contrat du travail, la convention collective et les dispositions légales, ce sont les dispositions les plus favorables au travailleur qui s'applique.

- En principe, le contrat de travail est un contrat de droit privé. Néanmoins, la règlementation de droit commun des contrats ne s'appliquent que dans la mesure où la règlementation du travail n'a pas prévu de dispositions spéciales. Ce particularisme protecteur du droit du travail, par rapport au droit commun, est mise en exergue par l'interventionnisme très accentué de l'Etat et ceux, par l'institution d'autorité administrative spécifique.

V. Autorité administrative spécifique :

L'administration du travail comprend, d'une part, l'administration centrale. Il s'agit du ministère du travail et des lois sociales, dont les attributions concernent en particulier la conception des lois et règlement, le contrôle et la coordination des services du travail et le maintien des relations internationales avec le BIT en particulier.

a. L'inspection du travail :

C'est un corps de contrôle spécialisé pour les problèmes de travail. L'inspection comprend deux cadres : celui des inspecteurs d'une part et celui des contrôleurs d'autre part.

Les contrôleurs sont des assistants des inspecteurs auxquels ils sont subordonnés. Les inspecteurs et contrôleurs doivent prêter serment avant de prendre leur fonction (audience solennelle du TPI). Ils doivent tenir pour confidentielles les plaintes qu'ils reçoivent. Ils ont pour mission principale, d'une part, le contrôle de l'application de la législation du travail, d'autre part, mission de conciliation en cas de conflit et enfin, mission technique d'encadrement.

i. Contrôle de l'application des dispositions légales :

Ils vérifient en particulier les conditions de travail, le respect des conditions d'hygiène et de sécurité. Leur contrôle s'exerce sur tous les établissements, de quelque nature que ce soit : public ou privé, laïc ou religieux à l'exception des établissements ayant un caractère militaire. Ils peuvent constater les infractions aux dispositions légales. Ils peuvent pénétrer librement, sans avertissement préalable dans les établissements, et bénéficient du droit de communication des registres. Les contrôles s'exercent d'abord au moment de l'embauche. L'employeur doit déclarer à l'inspection du travail, l'embauche de certains travailleurs (travailleurs déplacés et travailleurs expatriés). Ensuite, lors de l'exécution du travail, l'employeur doit lui

communiquer le règlement intérieur, l'horaire de l'entreprise et l'inspecteur du travail doit autoriser les heures supplémentaires. Enfin, contrôle lors du licenciement du travailleur, en cas de travailleur protégé.

ii. Mission de conciliation :

Dans le cadre des conflits individuels et collectifs du travail. En principe, la tentative de conciliation devant l'inspection du travail, en cas de conflit individuel, est facultative. Cependant, le règlement amiable du litige par l'inspecteur du travail est obligatoire, préalablement à toute instance judiciaire, lorsque le travailleur est encore sous contrat.

La conciliation peut est partielle. La conciliation devant l'inspecteur du travail met fin au litige sur les points qui ont été réconciliés. Les parties ne peuvent plus remettre en cause, les points qui ont été concilié devant le tribunal.

Par contre, dans l'hypothèse de conflit collectif de travail, la procédure de médiation, en général, devant l'inspection générale du travail, est obligatoire. En effet, si les parties ne sont pas d'accord sur la désignation du médiateur, l'inspecteur du travail est désigné d'office, médiateur. Les parties ne peuvent plus remettre en cause les points qui ont fait l'objet d'une conciliation.

iii. Mission d'encadrement technique :

L'inspection du travail a le devoir de fournir aux employeurs et aux travailleurs, des informations et des conseils techniques sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales. Par exemple, pour le classement dans les différentes catégories professionnelles.

iv. Enfin, l'inspecteur du travail prend les décisions administratives.

Ils peuvent refuser l'accomplissement d'heures supplémentaires. Ils peuvent autoriser ou refuser le licenciement d'un travailleur protégé. Une telle décision administrative est susceptible de recours (hiérarchique devant le ministre ou un recours devant les juridictions administratives). En outre, il faut également décider de la liste des travailleurs à licencier dans le cadre d'une compression de personnel pour récession économique. Il peut, enfin, ordonner toute mesure destinée à éliminer les défectuosités constatées dans les installations, les conditions de travail, dans le cas de danger pour la santé ou la sécurité des travailleurs. L'inspection du travail dresse procès-verbal et en cas d'infraction, peut transmettre ce PV au ministère public, afin de poursuite.

b. Conseil national

Ce conseil est un organe tripartite de consultation de dialogue et de suivi en matière d'emploi, de travail et de salaire. Il constitue un cadre de concertation et de négociation entre les partenaires sociaux. Il détermine les mécanismes de fixation de

salaire et doit être consulté dans la conception des textes législatifs et règlementaires, concernant le travail. Des conseils nationaux, régionaux tripartites du travail sont créés au niveau de chaque région.

c. Le juge administratif :

Il s'agit d'une part des tribunaux administratifs, et d'autre part, le conseil d'Etat. La séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire de se prononcer sur la validité d'une décision administrative. Seul le juge administratif peut le faire, or, l'inspecteur du travail prend de nombreuses décisions administratives. Ces décisions peuvent faire grief, soit à l'employeur, soit aux salariés. Chacun d'eux, peut donc exercer un recours à l'encontre de la décision qui lui fait grief.

Il peut y avoir d'abord, un recours hiérarchique auprès du ministre du travail et/ou un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif et qui vise à obtenir l'annulation de la décision prise. Les contentieux les plus nombreux concernent les décisions de l'inspecteur de travail qui autorise ou qui refuse d'autoriser le licenciement d'un travailleur protégé. En effet, l'article 156 du code du travail prévoir en ces alinéas 1 et 4 : « tout licenciement d'un délégué du personnel, envisagé par l'employeur, doit être soumis à la décision de l'inspecteur du travail. Si le licenciement est refusé, la décision prise par l'employeur est nulle et non avenue. Dans une hypothèse particulière, si l'employeur estime qu'il y a vraiment une faute lourde (vol flagrant ou ivresse), l'employeur peut, en attendant la décision de l'inspecteur de travail, il peut émettre une mise à pied. Ceci, parce que l'inspecteur dispose de 45 jours pour répondre à la requête. Si l'inspecteur refuse et le ministre également, l'employeur n'aurait jamais dû faire une mise à pied, et il devra payer le salaire du travailleur pendant la mise à pied.

Le juge administrative saisi d'un recours contre la décision d'un inspecteur de travail peut, soit, confirmer le refus d'autorisation de licenciement, soit annuler la décision de refus ou d'autorisation.

VI. Juridictions judiciaires spécialisées du travail et particularité de procédure :

La nature particulière des relations de travail explique la mise en place au niveau des tribunaux, d'une juridiction d'exception, spécialisée pour connaitre des litiges individuels. Les textes applicables sont, d'abord, l'ordonnance 60-107 du 27/09/1960 sur l'organisation judiciaire. Ensuite, l'ordonnance 60-120 du 01/10/1960 sur la procédure à suivre devant les juridictions du travail. Ensuite, la loi organique, relative à la cours suprême n°2004-036 du 28/07/2004 ; la loi 99-028 du 03/02/2000 portant code maritime.

(i) La juridiction du travail, juridiction d'exception :

Il y a un juge professionnel et 2 assesseurs. Ces assesseurs sont issus des organisations syndicales les plus représentatives (syndicats et organisation patronale). Ces organisations dressent une liste adressée au chef de région qui désignera les assesseurs.
Au niveau de la cour d'appel, il y a un juge et deux conseillers.

A la cour de cassation, il y a le président de chambre et 4 conseillers.

a. Compétence d'attribution:

La compétence du tribunal du travail est strictement limitée de par son caractère de juridiction d'exception. Ce tribunal connait :

- Différends et litiges individuels, nés à l'occasion du contrat de travail entre un employeur et un travailleur. (Code du travail)
- Cette juridiction connait également les différends individuels, relatifs aux conventions collectives. (Code du travail)
- Elle connait les litiges relatifs aux prestations familiales, à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles et des litiges concernant la prestation de retraite. (Différends entre employeur-employé-CNaPS : code de prévoyance sociale)
- Les différends individuels entre marins et armateur. (Code maritime)

Le tribunal du travail est incompétent pour trancher les différends collectifs. Les différends collectifs sont jugés par le conseil d'arbitrage.

b. La compétence territoriale :

Si le contrat de travail n'est pas encore rompu, alors, le tribunal du lieu de travail est compétent (problème sur la classification de l'employeur)

Prenons ensuite l'hypothèse où le contrat est rompu, et que l'employeur et l'employé ne se trouvent plus sous la compétence du même tribunal (le travailleur est parti dans un autre lieu), le travailleur a le choix. Il peut, soit, choisir le tribunal du lieu de son domicile, ou le tribunal du lieu de son ancien travail. En effet, le travailleur est économiquement plus faible (article 208 du code de travail : « toute clause contraires à ces dispositions est considérée comme non écrite ».

Pour le marin, le code maritime, en ces article 3.11-03 et 13.3-03 prévoit que la compétence est celle prévue par le droit de travail. Le point d'attache du navire étant considéré comme le lieu normal du travail maritime.

(ii) Procédure proprement dite :

La procédure devant le tribunal social se caractérise par sa gratuité, la rapidité et sa tendance à privilégier le règlement à l'amiable du conflit. En outre, les particularités

de procédure sont constatées par rapport à la procédure de droit commun, devant les autres juridictions.

- La procédure est gratuite parce qu'aucun frais de procédure n'est requis, il n'y a aucun droit d'enregistrement à payer. L'huissier qui va exécuter les jugements ou arrêts, fera supporter ces émoluments par l'employeur qui a succombé.
- La procédure est rapide. En effet, les renvois durant le procès sont limités. On ne peut pas faire appel indépendant, d'un jugement avant-dire-droit (ADD). Il y a ADD, surtout quand le doute subsiste sur la source de la rupture. Par exemple, l'employeur a dit « hors de ma vue » et que le travailleur est parti. Dans ce cas, on ne sait pas s'il s'agit de licenciement ou de démission. Alors si le travailleur engage un procès, et le juge va annoncer une audition de témoin en ADD. Le but recherché étant la célérité et d'éviter tout appel dilatoire (abusif). Enfin, en ce qui concerne les délais, les délais sont réduits. Les délais pour former pourvoi en cassation est de 1 mois alors que pour les autres procédures, ce délai est de 2 mois. En ce qui concerne l'appel, le délai pour interjeter appel (après jugement définitif) est de 15 jours alors qu'en matière civil et commercial, le délai est de 1 mois. Enfin, pour former opposition, le délai est de 10 jours alors qu'en matière de droit commun, c'est de 15 jours.
- Le règlement amiable des litiges :
    - Il y a d'abord le règlement à l'amiable devant l'inspecteur du travail (199).
    - Avant tout débat, le tribunal doit procéder à une tentative de conciliation. S'il y a conciliation totale ou partielle, un procès verbale est dressé et les parties ne peuvent plus remettre en cause les demandes du requérant qui ont fait l'objet de conciliation. Les chefs de demandes non conciliés vont être débattus devant le tribunal. Le demandeur ne peut plus formuler des demandes additionnelles qui n'auront pas été soumises au préalable de conciliation.
- Représentation des parties :
    - Les parties peuvent être représentées par un avocat, un autre travailleur ou un employeur ou un directeur de son entreprise. L'une ou l'autre peut se faire représenter par le syndicat ou le groupement patronal auquel ils sont affilés. La représentation de droit commun est également possible (conjoint ou parent en ligne ascendante ou descendante, en ligne collatéral : le parent jusqu'au 3ème degré inclus : neuve, nièce).

…

Section 1.03 Chapitre 2 : distinction du contrat travail des contrats voisin :

(a) Section 1 : contrat de travail et contrat d'entreprise :

Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle, une personne dénommée, maitre de l'ouvrage charge une personne dénommée entrepreneur ou sous-traitant ou tâcheron d'exécuter en toute indépendance un ouvrage ou un travail moyennant une rémunération forfaitaire.

Par exemple, l'université contracte avec COLAS pour la construction d'amphithéâtre. L'université est le maitre d'ouvrage. Il demande la construction pour un montant de 2 milliards pendant une période de 1 an. Ce n'est pas un contrat de travail car il n'y a pas de relation successive (une fois la construction terminée, il n'y a plus de relation). En plus, COLAS est une personne morale qui a ses propres travailleurs. En plus, COLAS a beaucoup de liberté dans l'exécution. Le maitre d'œuvre ne fait que donner les directives générales, mais il ne peut pas entrer dans les problèmes techniques. Le maitre d'œuvre ne peut pas exercer des sanctions disciplinaires à l'encontre de COLAS. Ensuite, la rémunération n'est pas périodique, en effet, c'est une somme forfaitaire sur un service rendu. Enfin, il n'y a pas de dépendance économique. C'est comme le travailleur indépendant qui perçoit des rémunérations de plusieurs personnes. Enfin, COLAS est responsable des éventuelles défectuosités de la construction, alors il va refaire le travail à ses frais. Mais dans le contrat de travail, le travailleur n'est pas responsable.

Continuons : disons que COLAS fasse un contrat avec des sous-entrepreneurs et des sous-traitants pour lui rendre certains services. Ils vont se mettre d'accord sur une somme forfaitaire. Ce sous-traitant et sous-entrepreneur vont envoyer des ouvriers sur le chantier de l'Université.

Dans le cas où l'entrepreneur disparait après le paiement d'une avance. Alors, une responsabilité très particulière du maitre d'œuvre ou de COLAS (dans le cas de sous-traitant). Lorsque le sous-traitant ou sous-entrepreneur sont insolvable ou a disparu, le maitre d'œuvre ou l'entreprise contractant doivent payer les salaires des salariés du sous-traitant de mauvaise foi.

La frontière entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise n'est pas toujours très net. En effet, dans ces contrats, il y a exécution d'un travail, moyennant rémunération. Pour savoir si l'on se trouve en présence d'un contrat de travail ou non, on recherche en particulier l'existence ou non d'un lien de subordination juridique et l'existence d'une dépendance économique. Le tâcheron ou le sous-traitant ou sous-entrepreneur doit exécuter un certain travail, mais seulement, conformément à des instructions générales, il exécute la prestation demandée en toute indépendance. Il a la liberté de choix de la main d'œuvre qu'il emploi et qu'il rémunère lui-même. Il est important de préciser que tout entreprise de construction

est responsable envers le maitre de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol qui compromet la solidité de l'ouvrage. Il est enfin important de signaler la responsabilité particulière de l'entrepreneur vis-à-vis des travailleurs du sous-traitant en cas d'insolvabilité de celui-ci. L'article 51 du code de travail prévoit que dans de telle hypothèse, le chef d'entreprise est responsable pour le règlement des droits, des travailleurs du sous-traitant, concernant le règlement des droits de ces travailleurs. Le salarié lésé aura une action directe devant le tribunal du travail contre le chef d'entreprise pour qui le travail aura été effectué.

(b) Section 2 : contrat de travail et contrat de mandat :

Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et au nom de celui-ci. Dans plusieurs hypothèses, le mandataire est rémunéré pour l'accomplissement de sa mission.

1. Le représentant de commerce :

Prenons l'exemple de la savonnerie tropicale. Il mettre à disposition d'un représentant les marchandises. Il appartient au représentant de faire la publicité auprès des clients (entreprises, marché…). Ce dernier va prendre les commandes et éventuellement vendre des produits. Il en rendra compte à l'entreprise des commandes et versera les sommes déjà perçu pour l'entreprise. En France, les représentants sont obligatoirement des travailleurs. Si le représentant doit, tous les jours, faire des rapports, il est soumis à une hiérarchie, il est donc travailleur. En plus, il est payé par commission (le minimum est cependant égal au salaire du même catégorie). Enfin, la différence entre représentant et travailleur est la dépendance économique. Les représentants peuvent être uni-carte ou multicarte, c'est-à-dire, représenter plusieurs entreprises. Dans ce cas, il dépend de plusieurs entreprises et non d'une seule.

- Si le représentant exerce son activité en toute indépendance (il a une liberté totale dans le choix de client, dans le programme de déplacement et s'il est multicarte), il sera rémunéré par une commission, uniquement en fonction des clients prospectés. C'est certainement un représentant indépendant, mandataire et non un salarié.
- Par contre, s'il est rémunéré par un fixe, quel que soit le nombre de client prospecté, s'il est lié exclusivement à une entreprise et est alors tenu de se plier aux directives du chef d'entreprise et de lui adresser des comptes rendus, sous peine de sanction, c'est un travailleur. En conséquence, pour conclure à l'existence ou non d'un contrat de travail, il faudra se référé essentiellement aux critères de dépendances économiques et de lien de subordination juridique. Il convient, enfin de signaler que le travailleur n'est pas tenu des

risques de l'entreprise. Par exemple, en cas d'insolvabilité d'un client des marchés ou de remise de chèque sans provision.

2. *Les mandataires sociaux :*

Les dirigeants d'une société, soit essentiellement le président du conseil d'administration et le directeur général ou PDG, sont des mandataires sociaux. Ils sont liés à la société par un contrat de mandat, et non par un contrat de travail. Par contre, les simples directeurs techniques, qui mettent leur technicité au service de la société sont des salariés (DRH, DAF, DT…)

Les DG sont nommés par décret de la garde des sceaux. Ayant peur d'un revirement de situation, il va rédiger un contrat de travail à sa mesure avec la société, mentionnant ses droits en tant que travailleur percevant un salaire et jouissant d'un droit. Alors quand vient le moment où il sera renvoyé, il saisira le tribunal du travail pour licenciement abusif car il est travailleur au poste de DG. En matière de mandat, le mandant peut révoquer ad nutum (à sa propre discrétion) le mandataire. Ainsi, le conseil d'administration, en cas de non satisfaction, peut retirer le mandat. Ainsi, pour étudier ce contrat de travail, il y a 2 hypothèses :

- Le DG vient de l'étranger. Remplissant les compétences nécessaires, il est nommé DG. Pour le contrat de travail, le contrat de travail a été rédigé pour le besoin de la cause pour se prémunir d'un futur licenciement. Le problème est que son contrat de travail n'existe que sur papier. En effet, il n'y a pas de dépendance juridique car il s'impose au personnel. Il ne peut pas s'imposer à lui-même. Il est le maitre de la destinée de l'entreprise. En plus, il n'y a pas de subordination hiérarchique. La rémunération n'est pas une contrepartie des services rendus, mais c'est une rémunération, résultant d'un mandat. Jurisprudence : si le contrat de travail est rédigé pour le besoin de la cause, pour faire échec à la révocation ad nutum prévu par la loi sur les sociétés commercial, le contrat est nul.
- Un simple directeur technique

Une distinction fondamentale doit être faite entre les DG et les PDG, considéré comme mandataire de la société, représentant celle-ci dans les rapports avec les tiers, et d'autres part, les directeurs techniques et employés supérieurs, placé dans une situation de subordination juridique par rapport aux premiers, et qui bénéficient de la législation du travail en cas de résiliation abusive de contrat. En définitive, en principe, le mandat est exécuté en toute liberté, sans contrôle au cours de l'exécution, et cela, en dehors d'un horaire strict. Le mandataire répond des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions et est responsable de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du mandat contracté, ainsi que du préjudice qui pourrait en résulté pour le mandant.

(c) Section 3 : contrat de travail et contrat de société :

Le contrat de société est défini comme étant le contrat par lequel, deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie en vue de partager les bénéfices qui pourraient en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. Il y a, entre eux, l'affectio societatis.

- Un propriétaire de taxi et un chauffeur. Le chauffeur effectue le travail, verse une certaine somme chaque jour et rendre compte de ses activités au propriétaire. A la fin du mois, le propriétaire verse un salaire fixe chaque fin de mois. Le chauffeur est travailleur et ne supporte pas les risques d'immobilisation pour réparation.

L'élément commun avec le contrat de travail est l'apport en industrie qui pourrait être la prestation de travail. Cependant, en matière de société, le principe de l'égalité entre associé est incompatible avec la notion de subordination du contrat de travail et en outre, la contribution aux pertes est également incompatible avec l'absence de risque pour le travailleur. Il se peut que le contrat de société n'est qu'apparent et cache en réalité un contrat de travail. Pour conclure à l'existence ou non d'un contrat de travail, il faut analyser la situation contractuelle, le comportement des parties en présence et les circonstances de fait, en ayant à l'esprit la définition du travailleur.

Article II. Chapitre 3 : la formation du contrat de travail :

Le contrat de travail est une convention synallagmatique de droit privé et obéit, en conséquence, aux règles de droit commun. Les conditions essentielles pour la formation d'un contrat, prévu par la LTGO, à savoir la capacité de contracter, le consentement des parties, un objet certain et une cause licite ont été reprises par l'article 6 du code de travail. Cet article ajoute qu'au moment de l'embauche, le contrat est constaté par écrit.

Section 2.01 Capacité :

La capacité civile est à 21 ans, possibilité d'émancipation (par mariage ou par autorisation pour les +18 par acte authentique)

La femme peut faire le commerce avec ou sans consentement du mari. Si le mari l'autorise, en cas de faillite, les créanciers peuvent demander au mari le paiement. Et sans consentement, les créanciers ne peuvent pas demander paiement auprès du mari ou des biens du ménages.

Il est important de noter qu'un âge minimum d'emploi est fixé par la loi. Sur le plan, aussi bien national, qu'international, il a paru nécessaire d'imposer un âge minimum, d'abord, pour faire bénéficier l'enfant d'une instruction primaire de base, nécessaire à son développement moral et intellectuel. Ensuite, pour protéger l'enfant dont la

santé et la développement physique pourrait être gravement compromis par un travail trop précoce. Enfin, pour éviter les abus de beaucoup d'employeur qui utilisait les services de très jeunes enfants à très bon marché. La convention internationale sur les droits de l'enfant pose le principe selon lequel les enfants ne peuvent être embauchés avant d'être régulièrement libéré de l'obligation scolaire. La convention internationale de l'OIT n° 138 fixe à 15 ans l'âge minimum pour tout emploi simple et à 18 ans pour tout emploi qui pourrait compromettre la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant. Notre code du travail a repris ces dispositions de la convention 138. Par contre, les mineurs émancipés peuvent conclure, seule, un contrat de travail. En ce qui concerne les mineurs de plus de 15 ans, en principe, ils doivent être représentés par leur parent dans la conclusion du contrat. On fait alors appel à la notion d'autorisation tacite s'il n'y a aucune autorisation des parents. En toute état de cause, les mineurs doivent être représentés par leur tuteur ou représentant légal, en cas d'action en justice. Il est important de préciser que si l'employeur est libre d'embaucher qui il veut, en ce qui concerne les mineurs et les femmes, il lui est interdit d'embaucher les enfants de moins de 18 ans et les femmes, dans certains emplois dangereux ou excédant leur force, surtout dans ce qu'on appelle les pires formes de travail. (convention sur les pires formes de travail).

Section 2.02 Les conditions du formes du contrat de travail

(a) Le régime général de la formation du contrat (ART 6 alinéa 2)

Au moment de l'embauche, le contrat doit être constaté par écrit précisant au moins la fonction, la catégorie professionnelle, le salaire du travailleur et la date d'effet du contrat. En l'absence d'écrit, l'existence du contrat peut être prouvée par tous les moyens. Il suffit de relever l'existence des éléments caractéristiques du contrat de travail. Si, en droit malgache, le principe est que les contrats sont consensuels et se forment par la seule rencontre de volonté des parties, l'écrit n'étant exigé qu'à titre de preuve, pour certains contrats, l'accord de volonté doit obéir à des formes particulières à peine de nullité.

(b) Régimes particuliers.

(i) Contrat d'apprentissage :

Elle a pour objet principal la formation professionnelle, théorique et pratique. Il ne s'agit donc pas d'un véritable contrat de travail. Cependant, il y a souvent des abus. Officiellement, certains employeurs n'ont que 2 ou 3 travailleurs, alors qu'ils utilisent le service d'au moins une dizaine d'apprenti. Ces prétendus apprentis sont en fait de véritables travailleurs à bon marché, auxquels, l'employeur alloue seulement, de

temps à autre, une somme dérisoire à titre d'argent de poche. La rédaction d'un écrit est exigée pour permettre à l'administration du travail de contrôler l'effectivité de la formation professionnelle. En absence d'écrit, il n'y a pas contrat d'apprentissage et le juge recherche s'il n'y aurait pas plutôt contrat de travail.

(ii) L'engagement à l'essai

L'engagement pour le renouvellement d'un engagement à l'essai doit être stipulé par écrit. L'essai non stipulé par écrit est réputé inexistant. Il y a essai lorsqu'employeurs et travailleurs, en vue de conclure un contrat définitif, décident au préalable d'apprécier, notamment pour l'employeur, la qualité des services du travailleur ainsi que son rendement. Pour le travailleur, il tient à apprécier les conditions de travail et de rémunération. L'essai confère immédiatement au travailleur, tous les droits prévus par la loi, sauf, en matière de licenciement. Pendant la période d'essai, le contrat peut être rompu, sans préavis et sans une quelconque indemnité. Il a droit à des congés, des heures supplémentaires, salaire convenable…

L'écrit est exigé pour preuve de l'existence de l'essai. Par conséquent, pour qu'il y ait possibilité de rupture sans aucune indemnité. En l'absence d'un écrit, on se trouve en présence d'un véritable contrat définitif, l'essai étant inexistant.

Il est à noter que l'essai peut être renouvelé. Mais le renouvellement de l'essai doit être fixé par écrit, au moment de l'embauche. S'il y a rupture pendant ou à la fin de l'essai, il y a rupture légitime.

(iii) Le travailleur déplacé : article 41

Le travailleur déplacé est celui qui, pour l'accomplissement du travail convenu, est appelé à s'installer, de manière durable, dans un lieu de travail autre que sa résidence habituelle ou à l'extérieur de son pays d'origine. L'alinéa 2 de l'article 41 précise que le contrat de travail du travailleur déplacé doit être constaté par écrit et soumis au visa de l'inspection du travail du lieu d'embauche. Le visa de l'inspecteur du travail n'est plus exigé pour les nationaux.

Très souvent, cette prescription n'est pas respectée parce que le travailleur, au moment de l'embauche, ne s'inquiète pas s'il y a eu rédaction d'un écrit ou non. Compte à l'employeur, il préfère ne point rédiger un écrit pour ne pas avoir à payer les droits et avantages d'un travailleur déplacé. En effet, un travailleur déplacé a droit, à la charge de l'employeur, de ses frais de voyage pour lui et sa famille, du lieu de sa résidence, au lieu d'emploi, au moment de l'embauche, durant les congés payés, et à la rupture du contrat. En outre, le travailleur déplacé a droit à un logement décent pour lui et sa famille, sinon, au paiement d'une indemnité de logement. Dans la plupart des cas, ce n'est qu'au moment de la rupture que le travailleur fait valoir sa qualité de travailleur déplacé pour demander des frais de rapatriement et un rappel d'indemnité de logement.

En ce qui concerne le cas particulier des travailleurs, femmes, malgaches, émigré à l'étranger (Liban), l'article 42 précise que leur contrat doit faire l'objet d'un visa préalable du ministère chargé de l'emploi et en outre, leur contrat doit prévoir que les frais de transports retours seront assurés par l'employeur, quel que soit le motif de la rupture évoquée.

(iv) Le travailleur étranger :

Comme tous les pays sans exception, Madagascar prévoit des contrôles et des restrictions dans l'emploi de travailleur étranger. L'article 43 du code du travail prévoit que les étrangers peuvent occuper un emploi à Madagascar. Leur contrat, cependant, doit être constaté par écrit, soumis au visa de l'inspecteur de travail, et ceux, après visite médicale. Le visa de l'inspecteur du travail conditionne l'obtention du visa d'entrée et de séjour de l'étranger à Madagascar. Dans ce cas précis, le visa de l'inspecteur du travail a un caractère d'ordre public. En conséquence, en l'absence de ce visa, le contrat d'un étranger, en principe, est nul et de nul effet.

Dans des cas particuliers, dans l'hypothèse par exemple ou le travailleur est un investisseur, il lui suffit d'obtenir un visa professionnel d'investisseur accordé par l'EDBM. Donc, l'autorisation d'emploi n'a plus de raison d'être dans ce cas.

Sinon, le travailleur étranger doit être titulaire d'une carte spéciale de travail, indiquant sa catégorie professionnelle. En principe, il ne peut exercer sans autorisation, une profession d'une catégorie autre que celle mentionnée sur sa carte.

Article III. Exécution du contrat

a. Prestation de travail
b. Rémunération
c. Suspension
d. Modification

Section 3.01 La prestation de travail :

Le travailleur fournit une prestation de travail. C'est son obligation principale. Les conditions d'exécution de ce travail concernent, d'une part, le temps ou la durée du travail, et d'autre part, le temps de repos. Mais il convient, d'abord, de préciser les caractères de l'obligation du travailleur, ainsi que la qualification de la prestation de travail.

(a) Les caractères de l'obligation du salarié :

- L'exécution du travail doit être personnelle. Le travailleur est débiteur d'une obligation de faire, c'est-à-dire, d'une obligation d'exécuter une tâche, un travail. Il doit exécuter son obligation personnellement et ne pourra, ni se faire remplacer, ni se faire aider.

- L'exécution doit être consciencieuse. Le travailleur doit apporter à la tâche à exécuter, tous les soins d'un bon père de famille. Aussi, les fautes commises par le travailleur constituent des violations de son obligation et l'expose à des sanctions disciplinaires qui peuvent même aboutir à un licenciement justifié. Cela signifie que s'il n'est pas sérieux dans l'exécution de son travail, il sera nécessairement sanctionné. Il y a lieu de faire la différence entre faute disciplinaire et risque de l'entreprise. Au surplus, l'article 72 interdit à l'employeur d'infliger des amendes, sous quelques formes que ce soit. Ces amendes se traduisent, en pratique par une retenue sur le salaire pour malfaçon ou détérioration de matériel ou à titre de remboursement des réparations effectuées
- L'exécution doit être loyale. La LTGO, en son article 123 alinéa 2, prévoit que « les parties doivent exécuter le contrat de bonne foi ». Cela signifie que le travailleur doit s'abstenir de toute manœuvre dolosive et il lui est interdit de divulguer des secrets professionnels. De même, il est interdit au salarié, qui réserve à l'employeur, le monopole de son activité, de faire concurrence à son employeur, soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un tiers. L'article 10 alinéa 1 interdit au travailleur de faire concurrence à l'employeur, durant l'exécution du contrat, mais l'alinéa 2 permet, néanmoins au travailleur, d'exécuter une autre activité personnelle, en dehors de son temps de travail (repos hebdomadaire et congé), à condition de ne pas faire concurrence à l'employeur. Cette obligation de non concurrence ne subsiste plus après la rupture du contrat. En effet, l'article 10 alinéas 3 précise : « est nul de plein droit, toute clause d'un contrat, portant interdiction pour le travailleur, d'exercer une activité quelconque, à l'expiration du contrat » (possibilité pour le travailleur de démissionner pour s'engager dans une autre entreprise, même si ce dernier est un concurrent. La clause de non concurrence en matière commercial est différente). Il y a une exception à cette dernière règle. L'exception concerne le travailleur inventeur. Lorsque le travailleur a participé à une invention, tant que cette invention n'a pas été brevetée, le travailleur (inventeur), ne peut pas, immédiatement travailler chez un concurrent. Mais, dans cette hypothèse, il peut prétendre à une prime d'invention par son précédent employeur. Le non-paiement de ce prime permet au travailleur de s'engager immédiatement chez un concurrent.

(b) Qualification de la prestation de travail :

La prestation de travail, c'est la tâche que le salarié aura à exécuter. Ce sont les fonctions qu'il devra assurer, ou l'emploi qu'il va occuper. Cet emploi, ces fonctions vont dépendre de la qualification professionnelle du salarié, ainsi que de sa catégorie professionnelle. Il est donc essentiel de préciser d'abord la notion de qualification professionnelle, et ensuite, de déterminer les différentes catégories professionnelles.

(i) La qualification professionnelle :

Il y a 3 qualifications :

- Qualification professionnelle personnelle : il s'agit la qualification personnelle, issu de votre compétence : par exemple, une personne qui a un master en droit dispose d'une qualification professionnelle personnelle d'agent cadre.
- Qualification conventionnelle : il s'agit de votre qualification, selon les clauses du contrat. Une personne qui est titulaire d'un master peut, conventionnellement est qualifié de chauffeur (pas de poste de juriste libre).
- Qualification réelle de fait : ce dernier correspond aux fonctions effectivement assurées. En cas de contestation, c'est la qualification réelle de fait ou les attributions effectivement exercées qui déterminent la catégorie professionnelle du travailleur.

(ii) Catégorie et classification professionnelle :

Prenons pour exemple une industrie hôtelière avec un grand restaurant. Il y a plusieurs emplois :

- Chef cuisinier, maitre d'hôtel, gérant, DRH, comptable, gouvernante principale, responsable marketing
- Gardien, standardiste, porteur, jardinier
- Serveur, femme de chambre, chef de chambre, chef de la sécurité
- Barman, plongeur
- Cuisinier

Base, emploi moins qualifiées	■ Réceptionniste, planton, portier, concierge, voiturier

Il s'agit des emplois, des fonctions, des tâches que l'on va rencontrer dans l'industrie hôtelière. D'abord, la loi a instauré différents branches d'activité (textile, énergie, bureau, zone franche, enseignement…). Dans chaque branche d'activité, il y a différents emplois. Ces différents emplois, les règlements les ont classés par catégorie, en fonction de leur importance. A la base, on a les emplois les moins qualifiés. Ces emplois n'exigent pas de diplômes. Au fur et à mesure que l'on s'élève dans l'échelle, la qualification est de plus en plus importante.

Ensuite, il y a les ouvriers qualifiés. On exige d'eux un minimum de qualification.

Ensuite, il y a les travailleurs spécialisés.

Ensuite, il y a les travailleurs qui ont une responsabilité d'encadrement d'autres travailleurs (maitre d'hôtel, chef cuisinier). Il s'agit d'agent de maitrise.

Au sommet, il y a les agents cadres, qui sont détenteur de diplôme particulier et qui disposent de chef de service, sous leur service.

La hiérarchie de catégorie professionnelle, la classification s'arrête au travailleur à responsabilité d'encadrement.

A chaque classification, la loi a donné une dénomination particulière qu'on appelle catégorie professionnelle.

Au bas de l'échelle, les travailleurs sans aucune qualification sont des ouvriers simples ou gardiens : M1.

Un peu plus qualifié comme voiturier : M2

Il y a 2 cases, celle des employés (qui effectuent des travaux intellectuels) et celle des ouvriers (qui effectuent des travaux manuels). Dans tous les cas, le travailleur doit être classifié dans une catégorie professionnelle. M1 et 1A est à la base de la classification. Les plus haut sont 5B et OP3. Les cadres sont hors-catégories (non classifiée dans la qualification règlementaire)

Il faut d'abord déterminer la qualification conventionnelle, et du coup, la qualification réelle de fait, pour ensuite le classer dans une catégorie professionnelle.

Dans les différentes branches d'activité, les emplois ont été classés par catégorie, d'où les dénominations catégories professionnelles et classification professionnelle. Un travailleur déterminé devra nécessairement, en fonction de sa qualification, être classé dans une catégorie professionnelle déterminée.

1) Détermination des différentes catégories professionnelles :

Il faut d'abord faire une première distinction entre 3 groupes :

- Les ouvriers d'une part
- Les employés
- Les personnels cadres

L'ouvrier est celui qui exerce un travail manuel qui prend part à l'exécution matérielle des travaux industriels ou de fabrication, alors que l'employé collabore à l'administration de l'employeur, par exemple un comptable.

Ensuite, à l'intérieur de chaque groupe, il y a classification de différents emplois, en fonction des qualifications et il y a une hiérarchie.

Au bas de l'échelle, ce sont les manœuvres ordinaires, le personnel subalterne, sans qualification. Ensuite, les ouvriers spécialisés, ainsi que le personnel qui a des connaissances certaines et une expérience du métier (dactylo). Ensuite, ce sont les ouvriers et travailleurs très qualifiés qui ont une formation professionnelle approfondie, capable de diriger une équipe. Enfin, les agents de maitrise les chefs de chantier, chef magasinier, c'est-à-dire, le personnel possédant des qualités de chef (OP3 et 5B). Au-dessus de cette hiérarchie, il y a le personnel cadre, hautement qualifié, qui exercent un certain pouvoir sur les autres travailleurs (ingénieur, directeur techniques, administratif…)

Auparavant, ce groupe constituait la classification hors-catégorie, mais cette dénomination n'a plus été reprise après 1974.

La catégorie professionnelle est très importante car la classification, dans une catégorie déterminée, détermine le genre de travail que l'employeur devra confier aux travailleurs, et que celui-ci devra exécuter. A chaque catégorie professionnelle correspond un salaire déterminé. Enfin, la catégorie professionnelle influe sur la cessation du travail, pour la détermination du préavis et des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif.

(c) La durée du travail :

Est considérée comme durée de travail, le temps pendant lequel, le personnel, le salarié est à la disposition de l'employeur. Seront donc exclus, les temps de repos, pendant lesquels, le personnel n'est pas à la disposition de l'employeur.

(i) Fondement de la limitation de la durée du travail :

- Pour éviter des abus
- Pour assurer la productivité, et la santé du travailleur
- Protection de la famille (intérêt social)
- Epanouissement personnel car les personnes ne sont pas des robots.
- Sur le plan économique, cela permet le recrutement de nouveaux travailleurs (on augmente le nombre d'effectif, au lieu d'augmenter le volume horaire)

Il faut que le travailleur exerce un travail décent (libre, égalité… : c'est le développement de tout travailleur) et productif.

1) La durée légale du travail :

a) Le principe :

L'article 75 dispose : « dans tous les établissements assujettis au code du travail, sauf dans les entreprises agricoles, même d'enseignement ou de bienfaisance, la durée légale du travail des employés ou ouvriers de l'un ou de l'autre sexe, de tout âge,

travaillant à temps, à la tâche ou aux pièces, ne peut excéder 173,33 heures par mois. »

Or, il faut déterminer le principe hebdomadaire, bien que le texte ne donne pas la référence du principe hebdomadaire, il est important de préciser que 173.33 heures par mois correspond à 40 heures de travail par semaine, si l'on se réfère à tous les décrets relatifs au salaire.

Le calcul doit être effectué sur la base d'un nombre de semaine par mois, équivalent à 52 semaines dans l'année, sur 12 mois. On peut donc préciser que la durée légale hebdomadaire est de 40 heures.

b) Champs d'application du principe :

Le texte parle d'établissement assujetti au code du travail. Sont donc exclus, les établissements publics, du secteur public, ou travail des contractuels de l'administration. Dans les ministères, la durée légale est de 44 heures. Les EFA, EMO, ERLD sont soumis au code du travail mais doivent respecter les 44 heures. Dans les entreprises agricoles cette durée n'est pas appliquée.

Le texte parle également d'ouvrier et d'employés. Le personnel cadre est exclu. En effet, les agents cadre bénéficient d'une rémunération très supérieure à celle de la catégorie la plus élevé, ce qui devrait couvrir les heures supplémentaires qu'il pourrait être amené à effectuer. Ils jouissent dans l'organisation du service, d'une grande indépendance et de par les responsabilités qu'ils assument, ils sont souvent amenés à effectuer un travail, au-delà de l'horaire normal, ce qui est inhérent à la nature même de leur fonction.

c) Modalité d'application du principe :

Le principe est que l'employeur ne peut faire travailler son travailleur, à plus de 40 heures par semaine (lundi au dimanche).

i) Durée journalière de travail :

Il ne suffit pas de définir la durée maximum hebdomadaire. Il est nécessaire, également de fixer la durée maximum journalière de travail. Les arrêtés d'application par branche d'activité prévoient en général trois modes possibles de répartition.

- Le personnel travail 8 heures par jours pendant 5 jours ouvrables, avec repos le samedi ou le lundi, en plus du dimanche.
- Le personnel travail 6 jours, à raison de 6 heures 40 minutes par jour.
- Une répartition inégale du nombre d'heure entre 6 journées de travail, mais avec un maximum de 8 heures par jour. Ce maximum est d'ordre public pour les enfants mineurs (15 à 18 ans).

L'horaire à adopter dans l'entreprise doit être affiché en un lieu apparent et doit être communiqué à l'inspecteur du travail, afin de faciliter son contrôle.

ii) L'amplitude de la journée de travail :

Par exemple, dans une boulangerie où le travail doit se faire très tôt le matin, et doit également travailler dans la soirée.

Par exemple, pour les livraisons du matin, l'on doit travailler de 4 heures à 7 heures. Ensuite, pour offrir du pain frais pour midi, ils reprennent du travail de 10 heures à 13 heures. Enfin, pour les livraisons du soir, ils reprennent le travail de 17 heures à 19 heures. Là, les 8 heures par jours sont respectés. Mais supposons que la boulangerie est Gerb'Or alors qu'il habite à Ivato. Ceci va lui causer tort car il aura du mal pour venir au travail à 4 heures. De même, il ne pourra pas rentrer chez lui, vu la contrainte temps. Ainsi, il doit rester à proximité du lieu de travail pendant 15 heures d'affilées.

C'est pour cela que le règlement fait appelle à la notion d'amplitude. Il s'agit de la période qui cours à partir du moment où le travailleur commence son travail, et se termine au moment où le travailleur termine son travail avec la possibilité de rentrer chez lui pour se reposer. Dans ce cas, l'amplitude de travail est de 15 heures car le travailleur ne peut pas rentrer entre les coupures.

Il ne suffit pas de prévoir la durée maximum hebdomadaire et journalière, il est en outre nécessaire, de répartir les heures de travail du salarié, dans la journée, de manière à ce qu'il ne soit pas tenu de rester trop longtemps sur les lieux de travail, compte tenu des arrêts et coupures de travail. En outre, il est primordial que le travailleur puisse bénéficier d'un repos quotidien consécutif et continue d'une certaine durée. C'est la raison pour laquelle on fait appel à la notion d'amplitude.

La règlementation a fixée, d'une part l'amplitude de la journée de travail entre 10 et 14 heures au maximum, et d'autre part, les repos quotidien obligatoire, au minimum de 10 à 12 heures (surtout dans la profession transport)

L'amplitude de la journée de travail est donc la période qui s'écoule entre le début et la fin de la journée de travail. Pour les enfants travailleurs, le repos quotidien doit avoir, au minimum, une durée de 12 heures consécutives.

iii) Le système d'équivalence :

Dans certaines professions, en particulier, gardiennage, restaurant, il y a habituellement des heures creuses, des temps morts, pendant lesquels, le salarié n'a rien à faire, mais il doit malgré tout, rester à la disposition de l'employeur.

Par exemple, dans un restaurant qui ouvre ses portes à 10 heures du matin. Les serveurs, les cuisiniers, les plongeurs, le maitre d'hôtel doivent être présent, mais il

se peut qu'il n'y ait pas de client. Les travailleurs ne peuvent pas partir. La faute n'est imputable, ni à l'employeur, ni au travailleur. Ainsi, il faut trouver un terrain d'entente.

Dans ce système d'équivalence, on dira que, dans les hôtels restaurant, le cuisinier, on va dire qu'il doit être dans la cuisine pendant 45 heures par semaine, mais comme la plupart du temps, il ne fait rien, alors on va considérer ces 45 heures sont l'équivalent de 40 heures. Ça veut dire que pour le secrétaire, en supposant qu'elle est tenue de 40 heures par semaine, et considérant que ces deux personnes sont dans la même catégorie, même si le cuisinier était présent pendant 45 heures, par le principe d'équivalence, ils recevront le même montant.

Il en est de même pour le gardien. Même s'il est tenu de 56 heures de travail par semaine, par l'équivalence, l'on considère comme ayant effectué 40 heures. Ainsi, les personnes qui subissent l'équivalence gagnent, à l'heure, moins que les autres.

En règles générale, les heures creuses sont assimilées à un travail effectif. Cependant, compte tenu de l'effort moindre fourni par le travailleur, on a été amené à admettre un système d'équivalence. Ce système est appliqué à certains travailleurs, dans certaines branches d'activité, afin de tenir compte du caractère intermittent du travail.

L'article 78 précise : « soit, en raison de la nature du travail, soit, en raison de son caractère intermittent, le code admet des équivalences, c'est-à-dire, une durée de présence, considérée comme correspondant à un travail effectif d'une durée inférieure »

- Dans les industries hôtelières :
    - Cuisiniers : une durée de présence de 45 heures par semaine est équivalente à 40 heures par semaine.
    - Pour le personnel autre que cuisinier, le nombre d'heure d'équivalence est de 50 heures par semaine.
- Dans la branche d'activité de commerce en détail des denrées alimentaires :
    - Personnel affecté à la vente : la durée de présence d'équivalence est de 46 heures.
    - Personnel occupé à des opérations de gardiennage ou de surveillance : la durée d'équivalence est de 56 heures.

Pour être applicable, le système d'équivalence doit être prévu par un texte règlementaire. En effet, la conséquence de ce système est que le dépassement de la durée légale n'est pas rémunéré. En conséquence, la valeur de l'heure de travail effectif sera inférieure à la valeur théorique fixée d'après la durée légale.

La durée d'équivalence constitue la durée légale pour certaines professions.

d) Dérogation à la durée légale de travail :

Au principe de 40 heures, des dérogations peuvent être accordées, conformément à l'article 76. Ces dérogations doivent être expressément prévues par un texte règlementaire. Il s'agit d'heures de travail effectué en dehors de la durée légale ou de la durée considérée comme équivalente.

i) Les heures de récupération :

Ce sont des heures de travail qui s'impose à la suite de panne de machine ou de cataclysme, et en général, en cas de force majeure. En outre, les heures perdues pendant les jours fériés peuvent être récupérés.

Les heures de récupération d'heure perdue doivent être autorisées par l'inspecteur du travail, et sont rémunérées au tarif normal, sans majoration, dès lors qu'il s'agisse en réalité d'heure normale de travail, dont l'exécution a été différée. Les heures de récupération ne sont pas des heures supplémentaires.

ii) Les dérogations permanentes :

Des dérogations permanentes à la durée normale de travail peuvent être accordées dans des cas limitativement déterminé. Il s'agit par exemple des travaux préparatoires ou encore des travaux de nettoyage des locaux, ou de mise en marche des machines. Ces personnes doivent venir sur les lieux du travail avant que tous les autres travailleurs.

Ces dépassements sont permis sans autorisation de l'inspecteur du travail, mais doivent être affichés. Le nombre d'heure de dérogation est au maximum de 4 heures par jour.

Par exemple, celui qui va nettoyer les machines : il vient 2 heures avant les autres, le matin. Ce ne sont pas des heures supplémentaires.

iii) Les dérogations temporaires :

Il s'agit de travaux urgents de sauvetage, pour réparer les dégâts causés par des accidents ou pour éviter la perte de matière périssable. De tels travaux peuvent être effectués immédiatement, sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

Un deuxième groupe de dérogation temporaire peut être accordé par l'inspecteur de travail, en cas de surcroit extraordinaire de travail, provenant de circonstances particulières (inventaire, bilan, affluence de client pendant les périodes de fête. Ce sont alors de véritables heures supplémentaires.

e) Les heures supplémentaires :

Ce sont des heures de travail, effectuées au-delà de la durée légale de travail de 40 heures par semaine ou de la durée équivalente, et qui doivent donner lieu à majoration de salaire, conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article 75.

Les conditions d'octroi et de rémunération des heures supplémentaires sont prévues par le décret n° 68-172 du 8 Mars 1968, en ses articles 1 et 2.

i) Conditions d'octroi des heures supplémentaires :

Le régime d'heures supplémentaires est applicable à tous les salariés, même rémunéré au pièce. En principe, l'inspecteur du travail doit autoriser les heures supplémentaires. Néanmoins, en cas de nécessité urgente et imprévisible, l'employeur peut avoir recours immédiatement aux heures supplémentaire et en aviser l'inspecteur du travail.

En principe, l'employeur ne peut avoir recours à plus de 20 heures supplémentaires par semaine pour un travailleur.

Les heures supplémentaires sont interdites aux mineurs de 18 ans. En conséquence, en principe, le travailleur est tenu d'accepter et d'accomplir les heures supplémentaires, prévues par le contrat ou les usages professionnels, mais régulièrement autorisées.
Par contre, le travailleur est en droit de refuser l'accomplissement d'heures supplémentaires, en remplissant pas les conditions exigées. Il y a un cas particulier prévu par la loi 2007-036 du 14 janvier 2008 sur les zones et entreprises franches à Madagascar.

L'article 5.6.3 de cette loi prévoit : « dans la limite de 5 heures par semaine, et par travailleur, les entreprises franches peuvent librement recourir aux heures supplémentaires, sur simple déclaration, déposée ou transmise auprès de l'inspection du travail. Au-delà des 5 premières heures supplémentaires, l'autorisation de l'inspecteur du travail est requise.

ii) Rémunération :

Les heures de travail effectuées au cours de la semaine sont décomptées à partir de la reprise d'activité de l'établissement, c'est-à-dire, après le repos hebdomadaire. Pour chacune des 8 premières heures supplémentaires dans la semaine, ***la majoration est de 30% du salaire horaire au minimum***. Pour ***chacune des heures suivantes, elle est de 50%***.

Il convient de signaler la pratique possible de la clause de forfait. Il s'agit d'une clause contractuelle par laquelle, les parties s'entendent et fixent, forfaitairement une rémunération au titre des heures supplémentaires.

Par exemple, un gardien qui travaille de 6 heures à 18 heures, du lundi au vendredi. En tout, il effectue 60 heures par semaine. La durée légale d'équivalence est de 56 heures. Ainsi, il effectue 4 heures supplémentaires par semaine. Pour éviter les décomptes mensuels, l'employeur et le travailleur vont se mettre d'accord sur un forfait d'heure supplémentaire par mois. Mais le problème est qu'une augmentation des heures supplémentaire ne cause pas une augmentation du forfait. Ainsi, qu'il y ait heure supplémentaire ou non, le travailleur percevra toujours le forfait. Mais si le travailleur fait une réclamation.

Il ne faut pas oublier que la loi impose le minimum. Le contrat également. Ainsi, si le travailleur a fait moins d'heure supplémentaire que prévu dans le forfait, il recevra le forfait (même s'il n'a pas fait d'heure supplémentaire), mais si les heures supplémentaires dépasse la durée prévu pour le forfait, le travailleur peut réclamer ce qui dépasse et l'employeur doit payer.

f) Régime particulier aux entreprises agricoles :

L'article 75, alinéa 2 précise : « dans toutes les entreprises agricoles, les heures de travail sont basées sur 2200 heures par ans. La durée du travail hebdomadaire est donc de 42 heures 30 minutes par semaine. Cette durée a été précisée par le code de 1994.

Les établissements assujettis à ce régime sont les exploitations agricoles, de quelque nature qu'elles soient. Par exemple, les exploitations de bois, d'abattage, de transport en forêt, de sciage… Les bureaux, dépôt et magasins de vente, se rattachant à des exploitations agricoles suivent ce régime lorsque l'exploitation agricole constitue le principal établissement.

Suivent ce régime, également les coopératives agricoles, et les entreprises de marée salant. En ce qui concerne le fonctionnement de ce régime, il y a possibilité de récupération des heures perdues, par suite de morte saison, ou d'accident survenu au matériel, ou d'intempérie ou de cas de force majeure.

Par ailleurs, des dérogations permanentes peuvent être accordées pour certains travaux d'entretien et de soins donnés aux animaux, à raison d'une heure par jour.

Ensuite, des dérogations temporaires sont possibles en cas de travaux urgents, pour sauver des denrées périssables. Ces heures doivent être affichées et sont payés au tarif normal.

Enfin, le système d'équivalence est également admis. Par exemple, pour le personnel occupé à des opérations de surveillance et de gardiennage, 56 heures de travail par semaine sont équivalentes à une durée de 42 heures 30 minutes par semaine de travail effectif, et sont rémunérés comme telle.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, le régime est exactement le même que pour le régime normal, étant entendu que ce sont les heures de travail, effectuées hebdomadairement, au-delà de 42 heures 30 minutes, qui donneront lieu à majoration de salaire.

(d) Le temps de repos :

La limitation du nombre d'heure de travail par jour a eu pour conséquence, l'institution du repos journalier. La réduction de la durée hebdomadaire du travail a eu pour conséquence, l'institution du repos hebdomadaire et l'octroi de jour férié. Tandis que la réduction annuelle du temps de travail a eu pour résultat, l'institution des congés payés.

(i) Le temps de repos journalier et hebdomadaire :

1) Le repos journalier :

a) Le principe :

En principe, la durée journalière de travail est d'au maximum de 8 heures, afin de permettre aux travailleurs de se reposer quotidiennement la nuit. Cependant, certaines entreprises doivent nécessairement travailler la nuit et certaines professions, tel le gardiennage, sont effectuées, essentiellement la nuit. Il ne peut être contesté, cependant que le travail de nuit est plus pénible que le travail de jour, et ce, d'autant plus que le travailleur ne peut passer ses soirées avec les siens. C'est la raison pour laquelle la législation, en particulier, internationale, a prévu des dispositions spéciales de protection, en particulier pour les femmes et les enfants, dans les industries de fabrique. Il s'agit de la convention internationale n° 4 de 1919, ensuite, la convention n° 171 de 1990, ratifiée en 2008 par Madagascar.

C'est le décret n° 72-226 du 6 juillet 1972 qui définit et règlemente les heures de nuit en son article 3, alinéa a et b.

« Est considéré comme travail de nuit, le travail effectué entre 22 heures et 5 heures (article 83 du code du travail) »

Les femmes, sans distinction d'âge, ne pouvant être employé pendant la nuit, dans aucun établissement industriel (industriel uniquement), de quelque nature que ce soit (article 85 alinéa 2).

C'est l'article 101, alinéa 2 qui interdit également les travails de nuit pour tout enfant de 18 ans (et moins).

Deux exceptions sont cependant prévues par les alinéas 6 et 7 de l'article 85 et par la loi 2007-036 sur les zones et entreprises franches (article 5.6) :

- En cas de force majeure (on peut faire travailler les femmes, mais jamais les enfants). Lorsque la femme travaille dans des entreprises concernant des matières premières qui seraient susceptible d'altération très rapide (les femmes peuvent travailler la nuit)
- L'article 5.6 prévoit que l'article 85 du code n'est pas applicable aux zones franches.

La convention n° 4 de 1919 interdit totalement le travail de nuit pour les femmes dans les entreprises industrielles (temps du machinisme pour la santé des femmes) : il y a contradiction avec l'article 5.6. En cas de licenciement pour refus de travailler la nuit, la femme obtiendra des indemnités pour licenciement abusif en vertu de la convention. Mais après l'instauration de la majoration des travaux de nuit, ce sont les femmes même qui ont demandé à faire des travaux de nuits.

C'est pourquoi la convention n°171 de 1990 n'interdit plus le travail de nuit, mais prévoit des dispositions protectrices pour tout travailleur de nuit, que ce soit homme ou femme

(Égalité du genre). Ainsi, l'employeur doit :

- Procéder à un examen médical à l'embauche
- Prévoir un lieu accueillant pour effectuer des pauses et gouter
- Prévoir la sécurité au travail : éliminer tous les risques
- Prévoir le transport de ces travailleurs.
- Obtenir l'accord du syndicat, si les travailleurs concernés sont syndiqués.

b) Rémunération :

Le décret 72-226 prévoit :

- S'il s'agit d'un travail de nuit habituel : majoration de 30% du salaire horaire au minimum
- S'il s'agit d'un travail de nuit occasionnel, 50% du salaire horaire au minimum.

2) Le repos hebdomadaire :

L'article 80 prévoit : « le repos hebdomadaire est obligatoire. Il est au minimum, de 24 heures consécutives par semaine. Il a lieu, en principe, le dimanche. Cet article pose, en réalité 2 principes bien distincts. D'une part, le repos hebdomadaire proprement dite, et d'autre part, le repos dominical.

a) Le principe :

Il est interdit d'occuper, plus de 6 jours par semaine, un même employé ou ouvrier (le personnel cadre n'est pas interdit). Ce repos doit avoir une durée minimum de 24 heures consécutives. Cette règle signifie que le patron ne peut pas faire travailler son

personnel plus de 6 jours par semaine, alors que le travailleur, lui, peut parfaitement travailler le jour de son repos, pour lui-même, ou pour un autre employeur, sous la seule réserve de ne pas faire concurrence à son principal employeur (article 10, alinéa 2). Par exemple, un mécanicien peut exploiter un taxi, mais il ne peut pas travailler chez un autre garagiste ou avoir un garage qui lui est propre. Le salarié n'a pas l'obligation d'être à la disposition de l'employeur pendant ce repos (même sollicitation à ce dernier)

b) Les tempéraments apportés à ce principe :

A titre exceptionnel et temporaire, des dérogations sont prévues, en fonction de la nature particulière de la profession, et selon les circonstances (en fonction des différentes branches d'activité)

Il y a des dérogations possibles en cas de travaux urgents, dont l'exécution immédiate est nécessaire (accident des machines, problèmes infrastructurels

Dérogation également en cas de chargement et déchargement de bateaux (manutentionnaire dans les ports).

Selon le cas, il y a aurait, soit un repos compensateur, soit le paiement d'heure supplémentaire.

Il y a, enfin, des dérogations, mais cette fois ci, avec repos compensateur obligatoire pour le personnel de gardiennage et d'entretien, pour ceux qui sont affectés à des travaux qui doivent être fait nécessairement le jour de repos collectif (mécaniciens qui doivent, à la fin de semaine, entretenir les machines).

c) Le repos dominical :

i) Principe :

Le repos hebdomadaire doit être donné le dimanche. Ce principe a été institué, à l'origine, pour des raisons religieuses. En effet, il apparut souhaitable que tous les membres d'une même famille puisse se reposer le même jour, et accomplir, ensemble, leur devoir confessionnel (convention internationale n°14). Dans les pays musulmans, c'est le vendredi.

ii) Dérogations :

Beaucoup d'établissements travaillent régulièrement et nécessairement le dimanche. Aussi, le décret 62-150 concernant les heures supplémentaires, donne une liste limitative des établissements qui sont admis de plein droit (sans autorisation) à donner le repos hebdomadaire par roulement, et qui peut ne pas être le dimanche. Il s'agit des hôtels restaurants, les hôpitaux, les entreprises de transport terrestres, les établissements de vente au détail de denrées alimentaires, les gens de maison

En général, le repos des travailleurs de ces établissements sont donné du dimanche midi, au lundi à midi, ou quelques fois, le lundi en totalité, en plus du samedi. En tout cas, 2 après midi complets par semaine.

D'autres dérogations sont possibles, mais de caractère facultatif et temporaire. Des dérogations également occasionnelles, lorsque, par exemple, une fête locale tombe le dimanche.

d) La rémunération :

Pour réparer le préjudice subi par le salarié qui ne prend pas son repos le dimanche, avec les siens, le décret n°72-226 du 6 juillet 1972 prévoit, en son article 3, alinéa « c », que le travail de jour, le dimanche, est majoré de 40%.

3) Les jours fériés :

a) Principe :

L'article 81 précise, en son alinéa 3 que la liste annuelle et limitative des jours fériés et des jours ponts, pris en début d'année. Il s'agit en principe :

- Le 1er janvier
- 8 Mars pour les femmes
- 29 Mars
- Lundi de pâque
- 1er mai
- L'ascension
- Lundi de pentecôte
- 26 juin
- L'assomption
- 1er novembre (toussaint)
- 25 décembre

L'article 81 précise, en son alinéa 1 : « les jours fériés sont chômés et payés ».

b) Rémunération :

Plusieurs hypothèses sont à envisager :

- Si le jour férié tombe un jour normalement travaillé par l'entreprise, en cas de chômage, le travailleur doit percevoir une indemnité égale au salaire, y compris les heures supplémentaires et les majorations, et qu'il aurait perçu, s'il avait normalement travaillé. (si le travail se termine à 23 heures, la majoration de nuit de 30% est appliquée)
- Si le jour férié tombe un jour non travaillé par l'entreprise. Aucune indemnité n'est due à l'ouvrier, payé à l'heure ou à la journée. Cependant, le personnel

payé au mois ne peut subir de réduction de salaire, du fait du chômage des jours fériés. (Il touche son salaire normal, sans majoration).

- Si le travailleur est appelé à travailler un jour férié. Les travailleurs, employés exceptionnellement un jour férié perçoivent, en application de l'article 3, alinéa « d » du décret 72-226 du 6 juillet 1972, d'abord, une indemnité correspondant au salaire qu'il perçoit habituellement. Ensuite, en plus, un salaire correspondant au travail réellement effectué, mais dont le taux horaire est majoré de 50% pour les heures effectuées de jour.
- Décret 72-226 : « les majorations fixées à l'article 3 ne s'ajoutent pas entre elles ». Elles ne se cumulent pas. Cependant, en cas de coïncidence entre des heures de jours travaillé un dimanche, et un jour férié, il y a lieu d'appliquer la majoration la plus élevée

(ii) Le congé payé :

1) Les conditions d'octroi du congé :

Par application de l'article 86, le travailleur acquis droit au congé payé à raison de 2 jours et demi, par mois calendaire de service effectif, soit 30 jours pour un an de service effectif. Le mois calendaire comprend les jours de repos hebdomadaire. Le mois, dont il est fait référence ici, correspond à une période équivalente à 4 semaines ou à 24 jours de travail.

La notion de travail effectif recouvre les périodes où le salarié a réellement travailler, et également celle où le travail aurait été interrompu pour cause de suspension légale du travail. C'est-à-dire, le congé payé, l'absence régulière pour maladie (6 mois au maximum) ou pour accident de travail ou pour maladie professionnelle, les permissions exceptionnelles pour évènement familial, dans la limite de 10 jours par ans, les permissions pour congé éducation ou séminaire syndicaux dans la limite de 12 jours par ans, les absences régulières de la mère salarié ou du père, en cas de maladie de son enfant et enfin la période de repos des femmes en couches, dans la limite du légal pour chaque cas. Ces différentes périodes sont assimilées à un service effectué.

2) Modalité de prise du congé :

L'article 88 pose le principe selon lequel, « le droit de jouissance au congé est acquis après 12 mois de service effectif ». Seul peut être fractionné, le congé supérieur à 2 semaines. La période du congé est déterminée à l'avance, d'accord parti sauf dans le cas de fermeture annuelle pour congé du personnel. C'est l'employeur qui détermine la date du congé après consultation du travailleur.

Le congé peut être pris de 3 façons différentes, au choix des intéressés.

Il y a différence entre droit au congé, et jouissance du congé. Même s'il a un droit acquis, il ne peut pas exiger d'aller se reposer, 2 jours et demi par mois. Il ne peut les prendre qu'après une année de service. (S'il a commencé à travailler en 2010, il ne peut avoir de congé qu'après une année de service effectif, c'est-à-dire, en 2011.

- Le plus fréquente, c'est qu'après 12 mois de service effectif, il prend son congé, en totalité (en continue, et sans fractionner)
- De même, après les 12 mois de service effectifs, le travailleur doit, obligatoirement prendre (selon la loi) 15 jours de congé, d'affilé. Le reste, il peut le fractionner dans les 6 premiers mois de l'année suivante.
- Le congé cumulé (3 ans au maximum). Il ne faut pas oublier que les 15 jours sont obligatoires et d'ordre public. Pour le congé cumulé, il va garder les 15 jours restants pour le cumul. Ainsi, la 3ème année, il doit prendre les 30 jours au titre de congé acquis de la dernière année ; mais également les 15 jours * 2 des congés cumulés des 2 années où il n'a pas pris de congé.

Le congé ne doit jamais être remplacé par une indemnité. Le travailleur doit demander le congé, et l'employeur doit le céder.

Le travailleur doit se reposer pendant 15 jours, d'une manière continue par ans, et peut réserver les 15 jours restants pour ses convenances personnelles.

Les 15 jours obligatoires, non fractionnés par an doivent être pris et accordés sous forme de repos, dans les 3 mois qui suivent l'ouverture du droit au congé.

C'est le caractère continu, impératif d'ordre public du congé. Même dans l'hypothèse où les parties optent pour un congé cumulé, l'octroi des 15 jours par an doit avoir lieu.

Hypothèse :

- Le travailleur est licencié et demande des indemnités de congé car il n'a reçu de congé depuis 4 ans. Compte tenu de ces 15 jours par an obligatoire, le juge ne va lui octroyer que l'indemnité, correspondant aux 15 jours restants car il aurait dû partir en congé.

Les 15 jours obligatoires sont présumés avoir été accordés et pris (présomption tombe en cas de preuve contraire). Dans l'hypothèse où aucune preuve, c'est la présomption qui va jouer.

Il s'agit de 30 jours calendaires (y compris les week-ends et les jours fériés)

3) La rémunération du congé annuel :

a) L'allocation de congé :

Il s'agit d'une indemnité qui lui permettra de jouir, de profiter de son congé.

L'allocation de congé est la somme d'argent qu'il va percevoir pendant son congé pour qu'il puisse jouir de son congé.

L'article 89 al. 2 précise : « l'employeur doit verser au travailleur pendant toute la durée du congé, une allocation qui sera au moins égal au 12ème des salaires et des divers éléments de rémunération dont le travailleur bénéficiait, au cours des 12 mois ayant précédés la date de départ en congé, à l'exception des remboursements de frais. Ainsi, il faut prendre en considération, la période qui a donné droit au congé.

S'il perçoit 600.000 pour un mois, on décompte le salaire journalier que l'on multiplie par 2.5, durée du congé au titre du mois. C'est la valeur de 2.5 jour de travail par mois. S'il obtient une augmentation, ou qu'il perçoit, la base du calcul varie en fonction de la variation de la rémunération.

Ainsi, pour calculer l'allocation de congé, il faut faire le total de toutes les rémunérations perçues pendant les 12 mois qui lui donne droit au congé. A partir de ce total, on obtient la moyenne mensuelle :

$$salaire\ moyen\ mensuel = \sum salaire\ mensuel\ des\ 12\ mois\ /12$$

Pour voir le salaire d'une journée : 24 (nombre de jour de travail par mois) (prévu par le code)

$$salaire\ journalier = (salaire\ moyen\ mensuel)/24$$

$allocation = salaire\ journalier * 30$ (Cas où il prend les 30 jours de congé)

En général, les entreprises et les travailleurs n'essayent pas de comprendre ce pratique, car, d'une manière habituelle, le travailleur touche son salaire mensuel, même s'ils partent en congé. Ceci est plus favorable au travailleur car le dernier salaire est généralement plus élevé que la moyenne des 12 derniers mois.

b) L'indemnité compensatrice de congé :

L'article 90 prévoit « en cas de rupture ou d'expiration du contrat, avant que le travailleur ait exercé ces droits au congé, une indemnité, calculée sur la base des droits acquis doit être accordée au lieu et place du congé ».

Cette indemnité n'est accordée qu'aux salariés dont le contrat est résilié ou rompu avant qu'il ait eu le temps d'utiliser leur congé, et cela, quelle que soit la cause de la rupture (hypothèse où il n'a pas encore effectué une année d'exercice, ou qu'il a déjà

dépensé son droit de congé au titre de l'exercice précédente, et qu'il n'a pas encore rempli l'année de service en cours)

En conséquence, en dehors des cas de rupture ou d'expiration du contrat, l'octroi d'une indemnité compensatrice de congé, au lieu et place du congé est interdite.

Dans le calcul de cette indemnité, sont compris les salaires et les indemnités diverses, auxquels a droit, normalement le travailleur, ainsi que la contrepartie des avantages en nature. Seuls ne seront pas prises en compte, les remboursements de frais.

Par exemple, un travailleur dont le contrat a été rompu au bout de 7 mois (il a travaillé dans l'entreprise depuis longtemps, mais il a déjà dépensé ses congés passés, et qu'il n'est pas encore allé au bout de l'année pour avoir droit au congé repos.) Puisqu'il n'a pas pu prendre ses congés, il percevra une indemnité. Pour calculer ceci, il faut prendre en compte le revenu, la rémunération de la personne pendant les 7 mois d'exercice (salaire (600.000) + forfait heure sup (50.000) + logement (750.000) + voiture (4L : 750.000). En cas de rupture, on cherche les éléments de salaire pendant les 7 mois. Ensuite, on va chercher, le salaire moyen mensuel. Or, ici, il n'y a eu aucune variation de rémunération. Ainsi, le salaire mensuel est le même.

Il faut savoir, pour 7 mois de travail effectif, il a droit à combien de jour de congé ?

$$ICC = 2{,}7 * 7 = 17{,}5$$

Ensuite, on doit calculer le salaire mensuel : somme des éléments de la rémunération

Puis, on divise par 24 (jours ouvrables) et multiplier par le nombre de jour de congé.

On prend en compte le logement et voiture puisque si le travailleur part en congé, il garde toujours la maison et la voiture.

C'est le seul cas où le congé est remplacé par une indemnité.

4) Régime juridique du congé :

Par application de l'article 88 alinéa 6 :

- Le point de départ du congé est le premier jour ouvrable où l'intéressé aurait dû travailler, s'il n'était pas en congé, et non pas le jour chômé dans l'entreprise. Le congé se termine la veille de la reprise de service (on ne compte pas samedi et dimanche pour début de congé). Il ne doit pas encore travailler le 15ème jour (s'il a pris 15 jours de congé). Si le 15ème jour est un vendredi, et qu'il ne travaille que seulement le lundi, on ne peut pas dire qu'il a eu 17 jours de congé.

- La maladie suspend le congé, lequel se trouve prolonger de la durée non-effectuée, selon des modalités à établir d'accord parties. Le congé est d'ordre public, et ne doit pas être confondu avec un congé maladie ou congé convalescence.
- A la fin du congé, le travailleur doit reprendre son travail, le lendemain même de l'expiration de son congé (sauf jour chômé).
- Lorsque le travailleur reprend son travail avant l'expiration normale du congé, le reste est toujours dû. Par contre, s'il ne reprend pas son travail à l'expiration du congé, il commet une faute professionnelle, qui pourrait justifier son licenciement.
- En France, le travailleur qui a commis une faute lourde n'a pas droit à l'indemnité compensatrice de congé. A Madagascar par contre, l'indemnité compensatrice est toujours due, indépendamment d'une faute commise (la résolution de Madagascar est plus logique. En effet, jusqu'à la faute, le travailleur a déjà acquis un droit au congé de 2,5 jours par mois).
- L'article 86, en son alinéa 2 prévoit que le droit au congé se prescrit par 3 ans (l'on peut réclamer des congés de 3 ans. Au-delà, le juge ne peut l'accorder. S'agissant néanmoins d'une courte prescription dérogatoire de la prescription de droit commun, par application de l'article 389 de la LTGO, cette prescription est fondée sur une présomption d'octroi du congé. En conséquence, la production d'un titre contraire, l'aveu de non-paiement enlève au débiteur, soit au chef d'entreprise débiteur de l'octroi du congé, le droit de se prévaloir de cette prescription (prescription en matière de salaire 12 mois). La courte prescription ne joue pas en cas de preuve contraire
    - Par exemple, la courte prescription de 12 mois pour le salaire. S'il n'a pas reçu son salaire depuis 3 ans, le travailleur va saisir le tribunal pour réclamer le paiement de ces remboursements. Les 12 mois, non payés ne sont pas prescrits. Pour ce qui est avant, il y a prescription sauf preuve contraire. Il faut savoir qu'il appartient au débiteur (employeur) de prouver le paiement des salaires.
    - Si l'employeur affirme qu'il a tout payer et que c'est prescrit, le travailleur n'aura plus aucune droit.
    - Cette prescription est instaurée car le salaire est une créance alimentaire. Le fait que la personne n'a pas reçu le salaire depuis 3 ans présume qu'il a reçu un salaire pendant cette période.
    - Cette courte prescription tombe sous preuve contraire.
    - C'est le même principe pour le congé (3 ans pour prescription). Il y a cumul de congé. Il s'agit de courte prescription également.

Section 3.02 La prestation de salaire :

(a) Notion de salaire :

Au regard du droit du travail, la rémunération qui est la contrepartie du travail fourni par le travailleur comporte, non seulement le salaire ordinaire de base, mais également, tous les avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur, en raison de l'emploi de ce dernier. Doit cependant être exclu de cette rémunération, le remboursement des frais professionnels qui compensent les débours.

Le droit à ce salaire, corolaire du droit au travail, constitue une prérogative fondamentale de l'individu, affirmé solennellement par la constitution et les normes, tant internationales qu'internes, lesquelles précisent « quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante ».

(i) Les diverses formes du salaire :

Il y a d'abord le salaire direct, proprement dit ou salaire de base, ensuite, il y a les avantages en nature et les indemnités diverses, dénommées accessoires de salaire.

1) Le salaire proprement dit ou salaire de base :

Il est d'ordre public, et doit être payé en numéraire. On distingue traditionnellement le salaire au temps et le salaire au rendement.

a) Le salaire au temps :

Il est fixé en fonction du temps de travail fourni, indépendamment du rythme de travail du salarié, et de la quantité produite. On distingue le salaire horaire, généralement appliqué aux ouvriers, et le salaire mensuel, traditionnellement utilisé pour les employés et les cadres. La différence fondamentale entre ces 2 modes de rémunérations est que le salaire horaire dépend étroitement du nombre d'heure travaillé, alors que le salaire mensuel est forfaitaire.

Le chômage des jours de repos hebdomadaire a pour conséquence que les travailleurs, rémunérés à l'heure ne sont pas payé. C'est une des raisons pour lesquelles la mensualisation du salaire est actuellement une des revendications essentielles des syndicats ouvriers. Sur ce point, l'article 56 prévoit : les travailleurs, payés à l'heure ou à la journée seront appointés au mois, après 6 mois de service effectif continu dans la même entreprise. A partir du 6ème mois, le travailleur peut exiger à ne plus être payé par heure ou par jour, mais avoir un salaire mensuel et pourra demander.

Prenons l'hypothèse d'un ouvrier payé à l'heure qui sera payé au nombre d'heure effectué. Si l'on prend ce décret, l'ouvrier aura un salaire horaire de 625 Ariary. Dans

l'hypothèse normale, il va travailler 8 heures par jours pour 5 jours par semaine. En somme, il va obtenir 100.000 Ariary par mois, s'il a toujours travaillé.

Mais pour le travailleur au temps (qui va être payé par mois). On ne considère pas le nombre d'heure réellement effectué. En théorie il a eu 173,33 heures de travail. Selon le décret de 2013, le travailleur au temps gagne 102.020 par mois. Ainsi, le travailleur à temps gagne plus. En plus, en cas de congé, le travailleur payé au mois est plus avantagé. D'où cette revendication.

b) Le salaire au rendement :

Le salaire au rendement est proportionnel au rendement du travailleur. On utilise le terme « au pièce » ou « à la tâche ». La rémunération au rendement présente un avantage par rapport au salaire au temps en ce sens qu'elle stipule la productivité. Ce système inventé par l'américain Taylor a pour but d'accroitre la production en incitant le travailleur à fournir plus. Ce système, cependant, utilisé dans les entreprises franches est vivement critiqué par les syndicats. En effet, il peut entrainer une exploitation abusive de la force physique des ouvriers.

Le problème réside cependant dans la fixation du quota, du taux de la pièce ou encore, de l'objectif. C'est la raison pour laquelle la rémunération au rendement doit, en principe, être déterminée par des commissions régionales ou locales paritaires, sous l'arbitrage de l'inspecteur du travail.

Par exemple, une pièce est fixée à 400 Ariary. Supposons que ce travailleur arrive à coudre 10 pièces par jours, donc 50 pièces par semaines, donc, il va gagner 20.000 Ariary par semaine. Dans le mois, il va gagner 80.000 Ariary par mois. Donc, ce travailleur fait beaucoup d'effort mais n'arrive pas à produire plus. Il gagne mois qu'un travailleur payé au temps. Ici, le problème se situe à 2 niveaux. L'employeur va fixer ce taux à un taux très bas pour repousser les limites de chaque travailleur. C'est pourquoi, ce taux ne devrait pas être fixé, souverainement par l'employeur. Ce taux est fixé par une commission composée de plusieurs représentants.

Dans tous les cas, l'article 557 alinéa 4 précise que « le salaire minimum de sa catégorie professionnelle doit au moins être garantie au travailleur rémunéré à la tâche, au pièce ou au rendement ». Donc, le travailleur doit obtenir, au moins le même salaire qu'un travailleur, de même catégorie que lui, mais payé au temps. Par exemple, s'il est M1, il aura, au moins 108.020 Ariary par mois. Mais il pourra toujours gagner plus.

Ce salaire de base fixe est obligatoirement payé en numéraire.

2) Les autres avantages ou accessoires de salaire :

En principe, les accessoires des salaires sont facultatifs et ne sont obligatoires que s'ils sont prévus par la règlementation, le contrat individuel, la convention collective ou les usages de la profession.

a) Les avantages en nature :

i) Nature juridique :

Les avantages en nature ne sont permis que comme accessoire de salaire. Il s'agit par exemple, la nourriture ou la fourniture d'un logement ou d'un véhicule ou d'une domesticité…

Ces avantages doivent être prises en considération pour le calcul des droits du travailleurs, en particulier, de l'indemnité compensatrice de congé, de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de licenciement. En principe, l'octroi d'avantage en nature est déterminé conventionnellement.

Il appartient aux parties de fixer, d'un commun accord, la contrevaleur de ces avantages en nature (si l'employeur lui fournit un domestique. Ici, on évalue la domestique par son salaire.

Cependant, certains avantages sont obligatoires :

- Article 84 : « l'employeur doit assurer le transport du personnel travaillant la nuit »
- Si le lieu de travail se trouve en dehors de la ville, à plus de 5 kilomètres, l'employeur doit assurer le transport du personnel, sinon, il devra accorder une indemnité de transport. Ici, le texte prévoit (article 53 alinéa 2) que c'est les frais de transport en commun qui va être pris en compte.
- Article 41 alinéa 3, concernant le travailleur déplacé, l'employeur doit lui fournir un logement décent, pour lui et sa famille et pourvoir à ses frais de transport pour rejoindre le lieu de travail et le retour à son domicile à la fin du contrat.
- Si le travailleur exerce ses fonctions sur un chantier, dans un endroit éloigné et isolé, l'employeur doit lui fournir des denrées de première nécessité, ainsi qu'un logement décent pour lui et éventuellement sa famille.

ii) Le remboursement des avantages en nature :

Dans l'hypothèse où la règlementation ou le contrat ne prévoit pas l'octroi d'un avantage en nature, en plus du salaire de base, si l'employeur accorde au travailleur le logement ou des vivres, il peut opérer une retenue sur le salaire du travailleur, au titre de remboursement de ces prestations en nature. Cependant, afin d'éviter les

abus, le montant des retenues pouvant être effectué est impérativement fixé par la règlementation.

Donc, pour un travailleur normal, exemple, une bonne à tout faire. Ce n'est pas un travailleur déplacé. Mais elle est logée, nourrie, blanchie… ici, l'employeur qui n'est pas obliger le lui offrir des avantages en nature. Mais l'employeur doit se limiter à une retenue fixée par la règlementation.

Les retenues sont effectuées dans les conditions prévues par le décret n°74-083 du 1 mars 1974.

a. Pour la nourriture :

La retenue maximum est équivalente à un taux horaire du salaire minimum pour un repas. L'employeur ne peut retenir que 2 fois le taux horaires s'il accorde 2 repas : midi et soir.

Pour la bonne à tout faire, qui est de M1, son salaire horaire est de 625 Ariary. D'abord, l'employeur ne peut rien retenir pour le petit déjeuné. Donc, l'employeur peut retenir 625*2, donc, 1250 par jour. Donc, pour la nourriture, l'employeur ne retenir que 37.500 Ariary par mois.

b. Pour le logement :

La retenue est, au maximum, équivalente à la moitié du salaire horaire par jour. Donc,

$$Log = \frac{625}{2} * 30 = 9375\ Ariary$$

Si l'employeur accorde du riz, 1kg de riz vaut 1 taux horaire de salaire.

iii) Les primes et indemnités :

Elles sont nombreuses et variées. Il existe autant de variété de primes et indemnités que d'objectif poursuivi. Les unes sont rattachées aux qualités professionnelles. Par exemple, prime de technicité, d'assiduité. Les autres ont pour objet de compenser certains inconvénients du métier : prime de salissure, de pénibilité, indemnité de transport. D'autres tendent à inciter le travailleur à la stabilité, par exemple prime d'ancienneté, de fidélité ou encore, constitue des stimulants à la production : prime de bilan, prime de rendement (il ne s'agit pas de salaire au rendement). En règle générale, primes et indemnités constituent un élément du salaire et entrent dans la base du calcul des droits du travailleur, à l'exclusion des indemnités qui ont un caractère de remboursement de frais.

iv) Les gratifications :

Le travailleur peut recevoir une gratification à l'occasion d'un évènement familial ou à titre de contribution à la prospérité de l'entreprise, mais en principe, de manière

exceptionnelle. Par exemple, gratification de fin d'année, prime exceptionnelle ou même le 13ème mois.

Le taux et les conditions d'attribution des gratifications sont à la discrétion de l'employeur. Il s'agit, en principe, d'une libéralité de caractère facultatif et variable, aussi, le salarié ne peut en exiger le renouvellement car il n'y a pas droit acquis.

Par exemple, le travailleur va se marier, l'employeur peut remettre une gratification. L'année d'après, il ne pourra pas revendiquer un autre paiement.

Cependant, pour la jurisprudence, la gratification devient un complément de salaire et ne constitue donc plus une simple libéralité, lorsque son octroi résulte du contrat ou d'un usage constant et répond en conséquence au critère habituel de l'usage de l'entreprise.

(b) La détermination du salaire :

Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, théoriquement, les deux parties sont libres de fixer le salaire au taux qui leur convient, le montant du salaire devant résulter de la libre négociation. Mais la nécessité de protéger le travailleur qui serait tenté d'accepter n'importe quel salaire a abouti à une intervention de l'Etat pour fixer un salaire minimum obligatoire. Il s'agit ici du salaire proprement dit ou salaire de base et non pas des accessoires de salaire.

(i) Salaire minimum d'embauche ou SME et salaire par catégorie professionnelle :

1) Le SME (ex-SMIG) :

Le SME est le salaire minimum, c'est-à-dire le planché, au-dessous duquel il n'est pas permis de descendre. C'est le salaire du travailleur qui se trouve au plus bas de la hiérarchie professionnelle (M1, 1A)

Le SME représente le minimum vital, nécessaire à un travailleur célibataire, situé au bas de hiérarchie, mais qui doit être révisé périodiquement, compte tenu de l'évolution de la conjoncture économique et des prix à la consommation. C'est le conseil national du travail qui a pour mission de déterminer les mécanismes de fixation du salaire minimum.

Avant 1978, Madagascar était répartie en zone économique. Dans les zones à économie faible, le SMIG était très bas. Mais depuis 1978, le SME est uniforme.

Le montant du SME est fonction d'un indice et de la valeur du point d'indice. Il y a presque annuellement, revalorisation du SME, soit par augmentation de l'indice de salaire, soit par augmentation de la valeur du point d'indice.

2) Les salaires par catégories professionnelles :

Le contrat de travail précise l'emploi que le salarié doit exécuter. Cet emploi est classé dans une catégorie professionnelle déterminée. A chaque catégorie professionnelle correspond un salaire minimum. En conséquence, les textes règlementaires fixent pour chaque emploi de chaque branche d'activité, le salaire minimum professionnel, tandis qu'il est laissé au contrat individuel, le soin d'attacher une qualification au travailleur.

Salaire horaire, il faut chercher son indice et son point d'indice.

$$salaire\ horaire = indice * point\ d'indice$$

Prenons un travailleur 2B (un secrétaire initié). Avant de déterminer le salaire horaire, il faut préciser, la fonction, la catégorie professionnelle et la date où le cas est situé. Par exemple, au 1er juin 2007, on va chercher d'abord l'indice : 1150. Point d'indice : 0,3684

$$salaire\ horaire = 1150 * 0.3684$$

Pour un travailleur payé au temps

$$salaire\ mensuel = salaire\ horaire * 173{,}33$$

Il suffira donc, en principe, de classer le travailleur, en fonction de son emploi dans une des catégories professionnelles prévues par la règlementation, pour obtenir l'indice de son salaire et donc, le taux de ce salaire à une date précise.

$$salaire\ horaire = indice * point\ d'indice$$

(ii) Indice d'embauche et indice d'ancienneté :

Dans le calcul du salaire, l'indice d'embauche est utilisé à l'embauche. L'indice d'ancienneté est utilisé à partir du moment où la relation de travail a durée pendant un certain temps.

Pour les catégories inférieures : M1 à OS2, le temps exigé est de 3 ans. Au bout de 3 ans, automatiquement, le salaire doit être payé à l'indice d'ancienneté.

OS3 et OP1A, le passage est de 4 ans.

Pour le reste, le passage à l'indice d'ancienneté est de 5 ans, mais, au bout de 3 ans, le travailleur doit passer à l'indice médian.

Par exemple, un personnel de 5B est embauché le 01/02/00. Son indice d'embauche est de 2160. En principe, le 01/02/05, il devra passer à l'indice ancienneté à 2370. Donc, le 01/02/03, il passe à l'indice médian qui est la somme des 2 divisées par 2.

Ceci est applicable aux travailleurs à temps.

Pour les travailleurs payés à la tâche ou aux pièces. Le prix d'une pièce doit être fixé de telle sorte que ce travailleur doit, au moins percevoir le salaire d'un travailleur au temps. Il devra également avoir une augmentation au but d'un certain temps.

En ce qui concerne le personnel cadre, le salaire est fixé d'accord parti, mais il doit être, au minimum, équivalent au salaire du travailleur la catégorie la plus élevée, c'est-à-dire, le salaire d'un travailleur de la catégorie 5B, à l'indice d'ancienneté.

(iii) Litige lié à la classification professionnelle :

1) Litige sur la classification professionnelle :

- Le critère essentiel et déterminant pour le classement du travailleur est la nature effective du travail qu'il accomplit d'une manière permanente. Ce sont ses attributions effectives qui déterminent sa catégorie professionnelle. Ainsi, par exemple, un travailleur, titulaire d'un diplôme de maitrise et qui pourrait, en conséquence, se prévaloir de ce diplôme pour revendiquer le salaire d'un agent cadre (5B). Mais s'il a été recruté en qualité de secrétaire, exerçant effectivement les fonctions d'un secrétaire, il ne pourra exiger que le salaire correspondant à la catégorie professionnelle 3A. Par contre, un travailleur recruté en qualité d'ouvrier qualifié, mais auquel on a confié, effectivement les fonctions d'un technicien supérieur pourra revendiquer le salaire correspondant à la catégorie professionnelle du technicien supérieur. Qu'en est-il alors du déclassement d'un travailleur ?
- Le déclassement : par exemple, un travailleur, en qualité de chef comptable est déclassé au rang de simple comptable. L'article 11 du code du travail, en son alinéa 1, interdit toute modification substantielle, défavorable au travailleur, et concernant, en particulier la classification professionnelle et la rémunération.

Prenons 2 hypothèses. L'employeur décide de supprimer le poste de chef comptable et déclasse le travailleur au poste de simple comptable, avec les conséquences sur le salaire. Si le travailleur accepte, le contrat est déclassé. Si le travailleur n'accepte pas, il y aura licenciement ou démission forcée (conséquence sur licenciement abusif). Ainsi, en cas de déclassement, si le travailleur accepte, le contrat continu, si le travailleur n'accepte pas, c'est toujours l'employeur qui est responsable de la rupture.

- Hypothèse où le travailleur s'avère incompétent pour exercer le travail pour lequel il a été recruté. Il s'agit de l'inaptitude professionnelle prouvée. Dans cette hypothèse, l'employeur est en droit de modifier le poste occupé, mais les droits acquis du travailleur doivent être maintenus.

2) Hypothèse où le travailleur effectue une intérim :

Cas où il supplée un poste supérieur ou inférieur. Selon la jurisprudence : dès lors qu'il ne s'agit que d'un remplacement temporaire, le travailleur ne peut pas prétendre à la modification de son salaire vers la hausse, et l'employeur ne peut, non plus, réduire ce salaire. L'article 44 définit le travailleur intérimaire comme étant tout travailleur engagé pour remplacer, provisoirement un titulaire à un poste, pendant la durée d'absence de ce titulaire, n'excédant pas un an. Passé le délai d'un an, l'intérimaire est confirmé au poste (engagé définitivement). Cependant, si l'intérim est assuré par un membre du personnel, sa durée ne doit pas dépasser 6 mois. Passé ce délai, l'intérimaire est confirmé au poste (si le poste est d'une catégorie supérieur). Mais s'il a fait l'intérim d'une catégorie inférieur, il doit être intégré dans son ancien poste.

3) Cas de cumul d'attribution :

Cas d'une personne qui est à la fois jardinier, gardien et planton.

Le travailleur habituellement affecté à des travaux relevant de 2 catégories professionnelles différentes aura la garantie du salaire minimum de la catégorie correspondant à la qualification la plus élevée et non pas à un double salaire.

4) Problème concernant la recevabilité d'une demande en classification professionnelle, après la rupture des relations de travail :

Auparavant, la demande était irrecevable dès lors que la rupture a eu lieu. Mais ceci est impossible, du fait que le travailleur aura peur de s'attaquer à l'employeur. C'est pourquoi, la demande de classement est possible après la rupture.

Les salaires conformes à la catégorie professionnelle est d'ordre publique. Et le travailleur a droit à être payé, conformément à la catégorie professionnelle des attributions réellement exercées.

Enfin, le code prévoit que le travailleur ne peut jamais renoncer aux droits qui lui sont dus.

Ainsi, même en rupture du contrat, le travailleur est en droit de réclamer les droits qui lui sont dus de par l'exécution de son contrat.

Le juste salaire est une obligation légale qui s'impose, même au salarié, lequel, ne peut, dès lors, être admis à accepter un salaire inférieur et pourra toujours, en toute état de cause, demander le réajustement de son salaire, et cela, même après la rupture de son contrat de travail. Une classification professionnelle, fondement de ces droits, ne peut être fonction de la continuation ou non de la relation de travail.

Ainsi, en la forme, la demande est recevable. Qu'en est-il du fond ? Ainsi, la demande peut être recevable, mais peut être rejeté sur le fond.

Le travailleur ne peut pas renoncer tacitement ou expressément à tout droit qu'il tient de l'exécution de son contrat. Aussi, toute demande en reclassification et en rappel de salaire doit être déclassée recevable. Néanmoins, il appartiendra au travailleur, sur le fond, de rapporter la preuve qu'il a droit à une reclassification, compte tenu de ses attributions effectives.

(c) Principe d'égalité de rémunération, interdiction de discrimination fondée sur le sexe :

La convention n° 100 de l'OIT pose le principe de l'égalité de rémunération entre la main d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale. Il ne s'agit pas uniquement de travail de même catégorie professionnelle. Il faut alors analyser le contenu du travail pour en estimer la valeur.

Prenons l'exemple d'une femme qui fait des broderies et un homme qui coud un costume. Généralement, l'homme est classé dans une catégorie supérieure. Cependant, la valeur de leur travail est égale. Donc, ils doivent gagner la même somme.

Il faut alors se référer à la valeur du travail effectué et non la catégorie professionnelle.

Section 3.03 Régime juridique du salaire :

(a) Modalité de paiement :

- Le salaire est versé au travailleur, en principe, au siège de l'établissement, sur le lieu du travail. Il est interdit de payer le salaire dans des débits de boisson et dans des magasins de vente, sauf pour les personnes qui y travaillent, et cela, pour éviter que le travailleur ne soit tenté de dépenser immédiatement tout son salaire.
- Le salaire doit être payé, périodiquement. La règlementation fixe des maxima dans la périodicité des paiements. Ainsi, le salaire journalier ou hebdomadaire doit être payé par intervalle régulier, de 8 jours au maximum. Le salaire fixé à la quinzaine ne doit pas être payé avec une périodicité supérieure à 20 jours. Enfin, les paiements mensuels doivent être effectués dans les 8 jours qui suivent la fin du mois qui donne droit au salaire. Les retards dans le paiement donnent lieu à majoration au taux d'intérêt légal, depuis la date où le paiement aurait dû être fait. En cas de rupture du contrat, le paiement doit intervenir dès la cessation du service.
- Forme : Le salaire de base fixe doit être payé en espèce. Il est interdit de payer en bons d'achat, utilisable au magasin de l'employeur, et également, de payer le salaire sous forme de boisson alcoolisé. Seuls les accessoires de salaire peuvent être donnés en nature.

(b) Protection du salaire :

(i) La transaction :

Article 64 et 65 illustre le particularisme protecteur du droit de travail par rapport au droit commun. Par application de l'article 64, ne sera pas opposable aux travailleurs : la mention pour solde de tout compte ou toute mention équivalente, souscrit, soit au cours de l'exécution, soit après résiliation du contrat et par lequel, le travailleur renonce à tous ou partis des droits qu'il tient de son contrat.

Si le travailleur écrit qu'il reconnait avoir perçu tous ses salaires et renonce à tout droit contre l'employeur, conformément aux règles, ceci n'aura aucune valeur (sous n'importe quelle forme). Ainsi, malgré l'existence de telles mentions, l'employé pourra toujours intenter une action contre l'employeur si des droits lui sont dus. Ainsi, de telle requête est toujours recevable.

Titre 3 : cessation du contrat

- Chapitre 1 : le CDI
    - Section 1 : la démission
    - Section 2 : le licenciement
        - Condition de forme (pour licenciement pour motif personnel ; pour les travailleurs protégés ; et pour le licenciement pour motif économique)
            - Entretien préalable
            - Lettre de licenciement
        - Condition de fond
            - Licenciement pour motif personnel (cause réelle et sérieuse ou un motif légitime et professionnel)
    - Section 3 : préavis : délai congé
        - Définition et fondement et forme
        - Durée
- Chapitre 2 : contrat d'essai

Chapitre 3 : le CDD

Article IV. Cessation du contrat

Les règles qui concernent la cessation du contrat vont dépendre de la nature de ce contrat. Ainsi, nous allons avoir une règlementation différente selon la nature du contrat :

- Contrat à l'essai
- Contrat à durée indéterminée
- Contrat à durée déterminée

Le contrat à durée indéterminée est le contrat de principe, les deux autres sont des contrats d'exception. Si l'on ne décide pas de la durée, c'est un CDI.

Section 4.01 Contrat de principe : CDI

C'est un contrat de principe puisqu'il n'y a pas d'échéance. En principe, le contrat doit faire l'objet d'une résiliation unilatérale. Ainsi, et l'employeur, et le travailleur auront la possibilité de résilier le contrat. Généralement, c'est l'employeur qui renvoie, mais ceci ne désavantage pas pour autant le travailleur.

Il faut alors faire la différence entre licenciement et la démission. Dans un CDD, il n'y a ni licenciement ni démission. En CDI, le licenciement est la résiliation causée par l'employeur, et la démission est la résiliation causée par l'employé.

En CDD, la fin du contrat est due à l'échéance.

(a) Démission :

Par principe, la démission est libre. L'employeur ne pourra pas refuser la démission. Mais si les employeurs les retiennent par la force, il y a travail forcé, et ceci est interdit et punis par les textes de loi.

Ensuite, la démission doit être non équivoque, c'est-à-dire que la démission doit être claire et net. Si un travailleur est ivre dans son bureau. L'employeur le convoque le lui dit « partez hors de ma vue ». Il peut y avoir 2 interprétations :

- Pour l'employeur c'est pour dire d'aller réfléchir
- Pour le travailleur, c'est un licenciement

On dit que c'est équivoque lorsque ce n'est pas claire, susceptible de plusieurs interprétation.

Ensuite, la démission peut être apparente, alors qu'en réalité, il y a licenciement. Par exemple, en cas d'un accident de travail causant une infirmité ne lui permettant plus de faire son ancien travail. Alors, l'employeur lui donne une promotion. Le travailleur est promu à un poste qui dépasse ses capacités physiques et intellectuelles. Au bout d'un certain temps, ce sera l'employeur qui va lui proposer de signer sa démission. Ici, le travailleur ne devrait pas bénéficier d'un DI pour licenciement abusif. Ici, nous sommes en face d'une démission forcée. Celle-ci équivaut au licenciement.

Enfin, la démission peut être due à la modification substantielle des conditions de travail. Par exemple, auparavant, il y avait 3 comptables. Alors, l'employeur invoque une cause économique et dit que les 2 autres seront rétrogradés au poste de caissier, ou affecté dans une autre ville. Ici, il y a modification substantielle des conditions de travail sur la catégorie professionnelle ou de changement de lieu de travail. Ainsi, la modification substantielle des conditions de travail, provoquant une démission est considéré comme un licenciement. C'est une proposition de modification du contrat, sous condition résolutoire. S'il y a rupture, avec démission apparente, comme les 2 cas ci-dessus, cette rupture est imputable à l'employeur.

(b) Licenciement :

2 problèmes :

- Formalités d'ordre public prévues par la loi.
- Ensuite, l'employeur doit faire valoir un motif légitime (une cause réelle et sérieuse de licenciement)

Sans ces 2 conditions, le licenciement serait abusif.

(i) Formalité :

Il y a 2 groupes, en fonction du motif de licenciement :

- Licenciement pour motif personnel : licenciement dû à un comportement personne. En quelque sorte, licenciement pour faute du travailleur. Même si l'on est en présence du voleur, il faut respecter ces formalités :
  - Principe général (pour tous les travailleurs)
  - Pour les travailleurs protégés
- Licenciement économique : ceci signifie que le travailleur n'a commis aucune faute : crise économique, faillite de l'entreprise…
  - Il faut demander l'avis des délégués du personnel ou du comité d'entreprise (c'est seulement un avis consultatif)
  - Il faut, ensuite, demander l'avis de l'inspecteur du travail (avis consultatif)
  - Liste des travailleurs à licencier, à établir avec les délégués du personnel

1) Licenciement pour motif personnel :

a) Principe général

- D'abord, il y a l'entretien préalable : l'employeur qui a attrapé le travailleur sur le fait. Il devra le convoqué au fin d'entendre les explications du travailleur. L'employeur peut lui faire connaitre qu'il a l'intention de le licencier. C'est l'occasion pour le travailleur de s'expliquer.
- Remise de la lettre de licenciement + motif. Le motif inscrit dans la lettre est définitive. En cas de recours, l'employeur ne pourra plus évoquer une autre cause de licenciement. Même s'il saisit le tribunal correctionnel, il ne bénéficiera même pas du principe : le pénal tient le civil en l'état. Le tribunal de travail ne pourra pas reconnaitre d'autre motif. En plus, ce motif doit être le même motif évoqué lors de l'entretien préalable.
- Importance d'un préavis : pour démission ou pour licenciement (3 mois normalement). Dans le cas du licenciement, on peut ne pas respecter ce délai, mais on peut payer une indemnité de préavis. Mais en cas de faute lourde, l'employeur est dispensé de donner un préavis.

b) Travailleur protégé :

Les travailleurs protégés sont les : délégués du personnel, délégué syndicaux, représentation du personnel dans le comité d'entreprise. Ce sont ceux qui ont pour mission de protéger l'intérêt des travailleurs. Il y a également : les médecins d'entreprise (car les patrons peuvent être en désaccord en cas de congé trop prolongé pour les employés) et les accidentés de travail et les travailleurs qui ont subis des

maladies professionnelles. En effet, à la suite d'un accident, le travailleur est handicapé.

Ces travailleurs protégés ne peuvent être licencié que sur autorisation de l'inspecteur du travail.

Les accidentés de travail doit d'abord être reclassés. L'employeur a l'obligation de lui trouver un autre travail au sein de l'entreprise. Mais si l'employeur n'arrive pas à le reclasser, il doit demander une autorisation à l'inspecteur. Ce dernier mènera une étude sur la possibilité de reclassification du travailleur. S'il n'y a plus de possibilité, l'inspecteur du travail peut émettre une autorisation.

- Il faut l'autorisation de l'inspecteur du travail (45 jours). Sa décision est susceptible de recours : hiérarchique (ministre) ou recours devant la juridiction administrative. Sans cette autorisation, le licenciement est forcément abusif.

c) Cas de non-respect des formes :

Le licenciement est abusif en la forme, sans étudier le fond.

L'employeur doit respecter l'esprit de l'entretien préalable. Il ne doit pas avoir pris a priori le licenciement car le travailleur, avec l'entretien, peut encore sauver son travail. A Madagascar, il n'y a pas de délai entre l'entretien et la remise de la lettre. Entretien à 8 heures, licenciement à 10 heures.

2) Motif professionnel légitime ou/et une cause réelle et sérieuse :

Exemple : une entreprise avait embauché un travailleur. L'entreprise cherche des spécialistes. Alors, l'entreprise demande à ses employés de chercher ce spécialiste. Alors, un ouvrier propose les services de son cousin, qui remplit les conditions nécessaires. Un jour, ce spécialiste est attrapé en flagrant délit de vol. Alors, ce spécialiste sera licencié pour vol. Mais l'entreprise ne s'arrête pas là mais va également renvoyer l'ouvrier qui a proposé le spécialiste. Cependant, le lien entre l'ouvrier et le spécialiste n'est pas une cause de licenciement.

La réalité de la cause doit être vérifiable. Par exemple, l'employeur avance comme motif la perte de confiance. Ceci est une cause de licenciement, mais ce motif doit être fondé et justifié par des faits réels.

Prenons l'hypothèse d'un plongeur dans un grand restaurant. Pendant le service de ce dernier, des couverts disparaissent. Dans ce cas, la perte de confiance est justifiée. Mais la cause réelle ne suffit pas. La cause doit être, non seulement réelle, mais également sérieuse. Il faut que la cause réelle ait un lien avec la profession et que la commission de cette faute engendre l'impossibilité absolue de continuer les relations de travail.

Par exemple, dans le règlement intérieur, on peut imposer que les travailleurs condamnés sur le plan pénal seront licenciés sans préavis. Par exemple, un comptable qui a commis un abus de confiance peut être légitimement licencié par l'employeur car la cause est légitime et sérieuse. Ici, l'abus de confiance est plus dangereux dans son travail.

Prenons l'exemple d'un comptable qui a été condamné pour adultère. Même si la condamnation est réelle, aucune entrave à la relation de travail ne peut pas être soulevée. Ainsi, sauf cas exceptionnel, le licenciement serait abusif.

Pour le crime, le licenciement devrait être légitime.

Très souvent, il y a des causes apparentes et causes réelles du licenciement. Par exemple, apparemment, l'employeur va dire que le travailleur est irrespectueux vis-à-vis de la hiérarchie. Il va alors avancer le motif d'irrespect car le travailleur est allé voir l'inspecteur du travail sans autorisation de l'employeur. Après enquête du tribunal, on constate que l'employé n'a fait que respecter ses droits. En réalité donc, l'employeur a licencié une personne qui fait valoir ses droits.

L'employeur peut également attendre la fin du mandat du travailleur protégé pour invoquer une faute commise quand il était protégé, afin de faciliter le licenciement.

Une cause est sérieuse lorsqu'il y a impossibilité de travailler, à cause de cette faute.

Jurisprudence : une faute non sanctionnée par un licenciement en temps voulu ne pourrait plus être soulevée pour un licenciement futur. La mise à pied, au maximum est de 15 jours.

3) Jurisprudence sur l'application pratique des motifs professionnels légitime… :

La loi précise que tout licenciement pendant une période légale de suspension est abusif (suspension prévu par l'article 13):

- Maladie du travailleur (6 mois au maximum). S'il est toujours malade après ce délai, l'employeur a le droit de le licencier. Après les 6 mois continus, l'employeur peut procéder à l'entretien préalable. Si le travailleur ne se présente pas, le licenciement pourra être prononcé, et ceux, sans vice de procédure.
- Maladie de l'enfant du travailleur (2 mois). Passé ce délai, l'employeur peut enclencher la procédure de licenciement.
- Congé de maternité (14 semaine) qui peut être rallongé. Si pendant ce délai, l'on découvre que la personne a commis une faute. Là, l'employeur doit attendre que le congé soit écroulé avant de déclencher la procédure de licenciement.

Le licenciement causé par l'opinion ou l'appartenance ou non à un syndicat est strictement abusif. Le licenciement discriminatoire est essentiellement abusif : « nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi, en raison du sexe, de l'âge, de la religion, des opinions, de l'origine, de l'appartenance ou non à une organisation syndicale ou de conviction politique ».

Est abusif, tout licenciement consécutif à une action en justice ou à une réclamation du travailleur.

a) Licenciement pour atteinte à la vie privée :

Cas de modification substantielle abusive des conditions d'exécution du contrat. Par exemple, 3 travailleurs ont participé à une grève de solidarité. Lorsqu'ils ont repris leur travail, l'employeur n'a rien dit à propos de cette grève. Cependant, l'employeur dit qu'ils seront affectés à Tuléar. A 10 heure, l'employeur les convoquent et demande une explication car ils ne sont pas encore allés à Tuléar. Midi, il émet une lettre de licenciement pour cause de refus d'obéissance aux ordres.

b) Licenciement consécutif à un harcèlement (sexuel ou moral) :

Pour le harcèlement moral : il doit y avoir une succession d'acte pour parvenir à un but précis afin de parvenir à endommager moralement le travailleur, poussant ce dernier, au bout d'un certain temps (reproches verbales, entretien disciplinaire trop fréquent…). Actuellement en France, le suicide est devenu un accident de travail et le harcèlement moral est devenu une infraction pénale.

La spécificité, c'est que le DG est responsable. Si le chef de service est un harceleur, il appartient au DG de dédommager.

Il y a rupture légitime de contrat :

- Organisation économique et politique de l'entreprise (il y a trop de comptable dans une entreprise ; compression de personnel : formalité pour licenciement économique)
- Inaptitude du travailleur : inaptitude physique (maladie de plus de 6 mois) ou inaptitude professionnelle (faute fréquente). Le respect de la procédure est essentiel.
- La discipline : vol, corruption, insubordination, falsification des pièces, perte de confiance (à prouver la cause réelle et sérieuse).
- Le travailleur qui atteint l'âge de la retraite.

Section 4.02 Le Contrat à durée déterminée :

C'est un contrat d'exception parce qu'il défavorise le travailleur : les parties fixent une échéance à leur contrat. Dans le CDD, on n'a pas besoin de préavis car au moment de la conclusion du contrat, chaque partie connait la date de la cessation du paiement. Lorsqu'arrive la date d'échéance, l'on se sépare sans aucune indemnité, aucune formalité.

Le CDD ne peut être conclu que dans des cas bien précis :

- Un CDD ne peut pas dépasser 2 ans
- On ne peut pas faire un CDD pour l'exécution d'un emploi permanent de l'entreprise. Le CDD est fait pour des travaux exceptionnels au fonctionnement de l'entreprise. Par exemple, une société doit avoir, nécessairement un comptable. En conséquence, la comptabilité ne peut être exercée que par des travailleurs permanents (CDI). Par exemple, une entreprise peut engager sur CDD des travailleurs en plus lors d'une période où la demande est plus forte, mais il garde les travailleurs sous CDI. Supposons également une société qui fait la promotion du tourisme. Alors, un jour ils ont eu un contrat extraordinaire qui les pousse à recruter par CDD des agents pour effectuer un travail exceptionnel.
- Enfin, il y a le recrutement sur CDD pour la réalisation d'ouvrage déterminé et pour une période déterminée. Par exemple, on recrute par CDD des ouvriers pour aider à la construction d'un ouvrage (route). Ici, le terme n'est pas fixé, mais c'est la fin de la construction qui sera le terme.

En dehors de ces hypothèses, il n'y a pas de possibilité de contracter un CDD.

Puisque le CDD est un contrat d'exception, cela signifie que dans plusieurs hypothèses, il y aura transformation du CDD en CDI. Cela veut dire que l'on ne pourra pas rompre le contrat.

Si le travailleur est soumis à un CDD de 3 ans. A l'échéance, le travailleur va porter plainte pour licenciement abusif. Alors le tribunal considèrera que le CDD est en fait un CDI. Ainsi, il sera condamné au paiement d'indemnité de préavis. Le licenciement sera déclaré abusif sur la forme (pas d'entretien). Au fond, l'échéance sera considéré comme un faux motifs.

En outre, si l'emploi est permanent (secrétaire), mais que le travailleur est soumis à un CDD, le tribunal, en cas de Saisine considèrera ce CDD comme un CDI.

- Le CDD qui ne respecte pas les conditions devient un CDI (dans un contrat de CDD de 2 ans pour un emploi exceptionnel. Mais une disposition stipule que le CDD pourrait être résilié unilatéralement avec préavis, avant l'échéance. Or, un CDD ne peut pas être rompu unilatéralement. Une rupture avant terme est nécessairement abusive. Dans ce cas, le contrat sera considéré comme un CDI. Cette disposition fait du CDD, un CDI). (Prenons l'exemple d'un entreprise qui engage des ouvriers par CDD, en fonction des marchés qu'il obtient. Par exemple, il contracte un CDD de 6 mois. Le code prévoit que 2 renouvellements successifs de CDD transforment ce CDD en CDI. Ainsi, si à l'échéance, le contrat n'est pas renouvelé, il n'y a plus rien. Mais en cas de renouvellement successif, le second renouvellement transforme le CDD en CDI. Le contrat primitif n'est pas comptabilisé (primitif : CDD de 6 mois, 1er renouvellement : CDD 6mois ; 2nd renouvellement : 3mois. A la fin de ce 2nd CDD, la suite est un CDI, surtout quand le renouvellement n'est plus écrit.
- Le CDD et les renouvellements doivent être par écrit : surtout en ce qui concerne la durée.
- Il est interdit de rompre un CDD avant l'échéance, sauf cas de force majeure, ou si les deux parties sont d'accord pour arrêter le contrat, ou en cas de faute lourde du travailleur. Ici, on ne peut pas parler de licenciement, mais de rupture de contrat avant terme. La faute lourde de l'employeur est également une faute lourde (non-paiement de rémunération).
- Toute rupture avant terme est présumée abusive.
- Possibilité d'essai. L'essai doit correspondre au délai nécessaire pour évaluer le travailleur. On ne peut pas faire un essai de 5 mois pour un CDD de 6 mois.

Section 4.03 Section 3 : préavis : délai congé

(a) Définition et fondement et forme :

Le préavis peut se présenter sous 2 formes. Il peut s'agir, d'abord d'un délai, ensuite, il peut s'agir d'une indemnité. Le préavis signifie une information préalable. C'est donc le laps de temps qui s'écoule entre la notification du licenciement et la cessation des effets du contrat. C'est le délai pendant laquelle, le salarié, tout en continuant son travail et en percevant son salaire, a la possibilité de chercher un nouvel emploi. Et l'employeur essaye de lui trouver un remplaçant. Pendant le préavis, les 2 parties sont tenues à toutes les obligations du contrat de travail et jouit de ses indemnité et ses avantages en nature. Mais le travailleur a droit à une journée par semaine pour trouver un nouveau travail. Ce droit peut être d'une journée complet, ou bien, sectionné (1h par jour).

Le préavis peut également se manifesté par des indemnités (cas où l'on ne va pas donner de délai). Dans ce deuxième cas, l'indemnité sera calculé sur la base du

salaire, et l'équivalent, en numéraire des avantages en natures qu'il aurait dû avoir (voiture et logement, pendant la période de préavis normal)

(b) Durée du préavis :

Cette durée est fonction de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise, et d'autre part, de sa catégorie professionnelle. Ces catégories sont réparties en 5 groupes, conformément au décret 2007-009 du 09 Janvier 2007. (cf. fiche)

Il convient de noter que les jours notés au tableau sont des jours calendaires (repos hebdomadaires sont inclus). En conséquence, le mois compte pour 30 jours.

Pour 10 jours $salaire\ de \frac{base}{30} * jour\ de\ préavis + avantages\ en\ nature$

Le préavis de licenciement ne peut être, en aucun cas, diminué, même d'accord parti. Ce que prévoit le tableau est un minimum prévu. Par contre, en ce qui concerne le préavis de démission, conformément au principe de faveur, le contrat ou la convention collective peut fixer une durée plus courte.

Tous les éléments de la rémunération du travailleur doivent être pris en compte pour la détermination de l'indemnité de préavis, sauf les indemnités de remboursement de frais.

(c) Les exceptions à l'obligation de préavis :

En principe, le préavis est toujours dû, soit sous forme de délai, soit sous forme d'indemnité, dès lors qu'il y a résiliation unilatérale d'un CDI. Cependant, le préavis n'est pas dû dans des cas limitativement prévu par la loi :

- En cas de faute lourde. La faute lourde peut résulter d'une infraction pénale (vol, ivresse sur les lieux de travail, violence et voie de fait) ou d'une intention de nuire à l'employeur, mais les juridictions se réservent le droit de contrôler la qualification lourde de la faute, donnée par l'employeur.
- En cas d'engagement à l'essai (pas de préavis)
- En cas de force majeur (l'entreprise est détruite : comme accorder de préavis ?)
- Exception en faveur de la femme enceinte et de la mère en période d'allaitement. L'article 97 prévois que toute femme est enceinte, dont l'état est constaté médicalement, peut quitter le travail sans préavis, et sans avoir, de ce fait, à payer une indemnité de rupture du contrat. L'article 98 ajoute : pendant une période de 15 mois, à compter de la naissance de l'enfant, la mère a droit à des repos pour allaitement. La durée totale de ce repos, considéré comme temps de service effectif ne peut dépasser 1 heure par journée de travail. Pendant cette période, la mère peut quitter son travail sans préavis, et sans avoir, de ce fait, à payer une indemnité de rupture.

Il faut respecter les conditions d'ordre public comme la forme. D'où l'intérêt du CDI.

Section 4.04 Licenciement économique

L'article 24 précise que le licenciement pour motif économique est un licenciement provoqué par des difficultés économiques ou des mutations technologique. Il peut être collectif (compression de personnel) ou individuel.

(a) Licenciement économique collectif :

L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif doit, premièrement, consulté le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sur la mesure projetée (l'employeur va donner tous les renseignements au comité d'entreprise : comité obligatoire lorsque l'entreprise a plus de 50 travailleurs). Il faut que l'employeur explique les pertes, tous les renseignements permettant au comité d'émettre un avis. L'employeur peut ne pas s'y conformer.

Dans les 20 jours qui suivent cette consultation, le comité donne son avis, puis, l'employeur saisit l'inspecteur du travail et lui communique le procès-verbal de consultation, contenant l'avis du comité d'entreprise, ou des délégués du personnel. En outre, l'employeur communique également à l'inspecteur du travail, la liste du personnel touché par la compression. Cette liste doit avoir été établie avec les délégués du personnel, en tenant compte de l'ancienneté de service dans l'entreprise, des valeurs professionnelles, et des charges de famille (d'abord les célibataires sans enfants, puis les moins anciens…)

En cas de désaccord entre les délégués du personnel et l'employeur sur la liste du personnel touché par la compression du personnel, c'est l'inspecteur du travail qui va trancher. L'inspecteur doit donner son avis dans les 15 jours. Si l'inspecteur ne répond pas dans ce délai, il est supposé avoir donné son accord sur la mesure projeté, et sur la liste. Il est important de préciser qu'un chômage technique peut déboucher sur un licenciement économique, dès lors que l'employeur ne réintègre plus ses travailleurs, objet d'un chômage technique.

(b) Licenciement économique individuel :

Un seul travailleur est touché par la mesure. Ce licenciement peut résulter d'une suppression de poste ou d'une modification substantielle du contrat, consécutive à des difficultés économiques, ou à des mutations technologiques : robotisation d'un poste manuel.

Conformément à l'article 27, le licenciement individuel pour motif économique doit respecter la procédure d'entretien préalable. Ceci, parce que l'entreprise doit avoir un plan de réhabilitation. Ce sera pour lui informer qu'il est prioritaire quand l'entreprise sera plus forte, en cas d'embauche. Il peut également contester (en cas d'avis défavorable), il peut également demander un reclassement à un autre poste.

Pour le travailleur licencier individuellement, en cas de modification des clauses du contrat pour motif économique, les modifications doivent être notifiées par écrit au travailleur, lequel a un délai de 15 jours pour accepter ou non les modifications. Si le travailleur accepte les modifications proposées, le contrat continue à s'exécuter, mais sur la base des nouvelles conditions acceptées. Si le travailleur refuse l'innovation proposée, la rupture du contrat est imputable à l'employeur et le travailleur va bénéficier des droits accordés aux travailleurs licenciés pour motif économique, c'est-à-dire, à une indemnité de préavis et à une indemnité de licenciement. Cette indemnité de licenciement est calculée à raison de 10 jours de salaires par année complète de service, sans que le total puisse excéder 6 mois de salaire.

Le salaire se calcul en 24 jours et non 30 jours, comme pour l'indemnité de préavis :

$$Indemnité\ de\ licenciement: salaire \frac{mensuel}{24} * 60$$

Mais la limite ne peut dépasser 6 mois de salaire.