

La société humaine est entrée depuis près d'un quart de siècle ou plus, dans une ère de communication et de développement technologique sans précédent. L'informatique est devenue depuis quelques décennies une véritable industrie. Cette évolution s'est accompagnée avec une évolution de son cadre juridique.

Selon l'Académie française, l'informatique est « *la science du traitement rationnel, notamment par machines automatiques de l'information, considérée comme le support des connaissances humaines et des communications dans les domaines techniques, économiques et social...* ».

En parallèle avec cette définition, le droit de l'informatique recense l'ensemble des règles juridiques, régissant le traitement automatisé de l'information. En outre, Si le droit à vocation à résoudre les problèmes juridiques, dans le cadre informatique, une multitude de problèmes sont restés sans solution juridiques, ou du moins avec des solutions imparfaites ou insuffisantes. En effet, compte tenu de sa nouveauté, le champ d'application du droit de l'informatique possède des fonctions encore floues.

Aussi, le mariage de l'informatique et des technologies de communication a aggravé la situation. En plus, des espaces juridiques classiques (terrestre, maritime et aérien), un nouvel espace est apparu, à savoir l'espace virtuel. Ainsi, de nouveaux médias ont commencé à envahir la société, notamment l'Internet. Le caractère transnational de l'Internet a été à l'origine de l'émergence de plusieurs problèmes juridiques, nouveaux et sans précédent. Ces problèmes proviennent essentiellement de l'inadéquation entre d'une part un système de droit principalement étatique, et d'autre part un système de communication à caractère transnational. Internet, caractérisé par un aspect universel, semble avoir du mal à se soumettre aux législations étatiques.

C'est dans ce contexte que la mise en place d'un cadre juridique adéquat pour le cyberspace est depuis plusieurs années, plus qu'une priorité. Ainsi, plusieurs pays ont pris le train en marche, en adoptant une série de lois et de réglementations afin de remettre de l'ordre à la toile. Toutefois, la mise en œuvre de ces textes, a souvent été confrontée à des obstacles, affectant l'effectivité de ces textes.

En revanche, étant un secteur en croissance très rapide, l'informatique et la télématique requièrent l'actualisation de nombreuses règles traditionnelles. En effet, le besoin se fait sentir pour les praticiens, qui doivent déjà affronter les problèmes et les conflits imposés par l'informatique. Aussi, cette nécessité est ressentie à plusieurs niveaux. Convient en outre de pouvoir régler sur le plan juridique les questions posées par la multiplicité des problèmes soulevés par la commercialisation des ordinateurs, c'est-à-dire des machines, et par la commercialisation des logiciels, c'est-à-dire des services. De plus les services commencent à prendre plus de valeur que le matériel, d'où la nécessité de s'appesantir sur la nature juridique des programmes.

Par ailleurs, le droit de l'informatique est un droit relativement récent, né de besoins et de problème nouveaux, liés au développement croissant de l'informatique et d'internet. Née dans les années 70, cette discipline regroupe la protection des personnes contre les dangers de traitements de données nominatives, le statut des programmes d'ordinateur en tant que création, la formation des contrats.

La discipline acquière une dimension nouvelle au début du 21^{ème} siècle du fait que les ordinateurs sont de plus en plus utilisés en réseau et que notamment grâce à la norme IP et au langage HTML (hypertext market language).

Toutefois, avant d'analyser davantage les aspects du droit de l'informatique, on va traiter les questions relatives au droit de travail parce que la création ou le développement d'un programme d'ordinateur peut se faire au sein d'une entreprise notamment sous la subordination d'un employeur. Aussi, les futures informaticiens ou programmeurs sont en droit de connaître leurs droits en tant que salariés.

Partie 1 : Notion du droit de travail

Historiquement, le travail était une activité forcée car l'employeur était le maître et les employés les esclaves. Autrement dit, les maîtres avaient un pouvoir sur leurs esclaves.

Après la Seconde Guerre mondiale, les Organisations mondiale de travail, nées aux Etats unis, ont donné une définition du travail.

Selon Cornu Gérard, le travail se confond avec la notion d'activité professionnelle productrice d'utilité sociale et destiné à assurer à un individu le revenu à son existence.

Le droit du travail est de création récente. En effet, il est apparu durant la première moitié du 19^e siècle en France avec la naissance de l'évolution industrielle et l'avènement du capitaliste. A cette époque, il y avait une révolution où les travailleurs ont revendiqué un paiement pour le travail accompli.

Plus tard, sur le plan idéologique, prédominait le libéralisme, et selon l'idéologie libérale héritée de la dimension individualiste de la Révolution de 1789 et consignée dans le Code civil, l'employeur et le salarié sont censés être à un même pied d'égalité et s'entendre librement, « de gré à gré » pour fixer le salaire et la durée du travail. L'Etat n'a pas à intervenir.

De ce fait, avec le développement de l'industrie, les effets de ce libéralisme économique, sans régulation, se concrétisent par la misère et l'exploitation des ouvriers, hommes, femmes et enfants (comme en témoignent les Livres de certains auteurs notamment Emile ZOLA *Germinal*, le poème « Melancholia » dans Les Contemplations de Victor Hugo, Charles Dickens etc...).

Pendant la révolution industrielle, les chefs d'entreprise estiment nécessaire de définir des règles s'imposant au personnel, une « police du travail » faisant respecter la « discipline de la fabrique » inscrite dans les règlements d'ateliers.

Le régime disciplinaire est souvent particulièrement sévère pour les salariés. C'est le cas par exemple de l'affaire des sabots : amende représentant la moitié du salaire mensuel d'un ouvrier, pour avoir porté des sabots contrairement au règlement, considérée comme licite par la Cour de cassation (Civ.14 févr. 1866). Un règlement d'une usine de Calvados en 1876 édicte : « Tout ouvrier, contremaître, employé, en entrant dans l'usine, s'engage à travailler le jour ou la nuit, les dimanches et fêtes, quand le directeur le jugera utile ».

Au cours du 19^e siècle, il apparaît peu à peu que la libre discussion des contrats est un mythe et qu'il n'existe pas d'égalité contractuelle entre l'employeur qui dispose des moyens de production, et le salarié, qui n'a à offrir que sa « force de travail » et n'a souvent d'autre choix que d'accepter les conditions imposées par l'employeur.

Par ailleurs, le souci de réguler les rapports de travail dépendant afin d'éviter des explosions sociales qui bouleverseraient l'ordre public et perturberaient la croissance économique est à l'origine du droit de travail.

En effet, la situation de totale dépendance dans laquelle se trouvaient les travailleurs au lendemain de la révolution industrielle avait choqué une partie de l'opinion publique et

engendré de violents conflits sociaux. Les grévistes en France étaient alors comparés à des « bandits », des « apaches »¹.

Par ailleurs, le travail vient du mot latin « trépalium » qui était un instrument de torture. Il était donc synonyme de souffrance et d'ennui. Aujourd'hui cette vision s'est atténuée à cause du chômage. De nos jours, le travail permet d'avoir un statut de se situer socialement. Il contribue à l'épanouissement personnel et il occupe plus de la moitié de la vie d'un individu. De ce fait, le droit de travail a trouvé une place colossale dans la société.

Connaitre le droit de travail permet de se défendre. Par exemple dans un entretien d'embauche, certaines questions ne peuvent pas être posées : « mangez-vous du porc ? ». Il faut délimiter le champ d'application du droit de travail. Le droit du travail ne s'applique pas à tous les travailleurs mais seulement aux salariés. Sont donc exclus du droit de travail : les artisans, les commerçants, les professions libérales et tous les travailleurs indépendants. Lorsqu'un plombier vient s'occuper d'une fuite chez moi, il n'y a pas de lien de subordination juridique, on ne signe pas un contrat de travail mais un contrat de prestation de service. Tous les fonctionnaires sont exclus du droit du travail.

Le droit de travail moderne est ainsi issu de la crise de 1929. Il peut être défini comme étant l'ensemble des règles législatives, réglementaires et conventionnelles régissant les rapports individuelle² ou collective³ de travail dépendant. En matière de travail, il y a toujours une subordination.

Chapitre 1 : Les caractères du droit de travail

I- Le droit de travail, un droit impératif

Plusieurs dispositions du Droit de travail sont d'ordre public, c'est-à-dire qu'on ne peut pas déroger. Cas du salaire, les congés.... La véritable spécificité de l'ordre public en droit du travail est d'avoir donné naissance au mécanisme qui permet, au stade de l'application des normes, de retenir celle qui est la plus favorable au salarié. C'est le principe de faveur.

En outre, selon le principe de faveur une norme de niveau inférieur peut déroger à une norme de niveau supérieur si elle est plus favorable aux salariées, étendu par la jurisprudence donc une règle conclut un niveau inférieur ne peut pas déroger à une règle conclut un niveau supérieur sauf si la dérogation est plus favorable salariée.

Ce principe n'a pas de valeur constitutionnelle c'est un principe fondateur du droit du travail.

Toutefois, ce principe rencontre trois limites :

- nouvelle convention collective qui met fin à une source informelle même si elle est plus favorable aux salariées.

¹ Les grévistes, ces Apaches sans foi, Le temps (18 novembre 1908), cité par Jean-Emmanuel RAY, Mutation économique et droit du travail, Revue Droit social 1986, p.11.

² Contrat de travail est un contrat intuitu personae, la considération de personne domine, relation de confiance, en évitant toute sorte de discrimination. Tant le travailleur que l'employeur peut le choisir

³ Les travailleurs peuvent se grouper dans un syndicat pour se faire entendre.

- Dispositions du droit du travail sans aucune dérogation possible
- accords et conventions collectifs dérogatoires

II- Le droit de travail, un droit partisan⁴ ou protecteur du travailleur

Il est élaboré essentiellement à destination du salarié. Il est, pour essentiel, un droit de protection du salarié en raison de son état de subordination. Cette protection se manifeste par :

❖ Le principe de non-discrimination.

La Constitution malagasy précise dans son article 28 que : « nul ne peut être lésé dans son travail ou dans son emploi en raison du sexe, de l'âge, de la religion, des opinions, des origines, de l'appartenance à une organisation syndicale ou des convictions politiques ».

Les articles 5 et 261 du code du travail le confirment en prévoyant que personne ne peut être victime de discrimination de la part de l'employeur sur quelque critère que ce soit y compris la race, la religion, la nationalité, le sexe, l'appartenance syndicale et l'affiliation politique.

La loi française dans l'article 1132-1 ajoute qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte fondée sur les critères qui sont :

- origine sexe âge situation de famille grossesse
- appartenance vraie ou supposée à une nation
- opinions politiques, activités syndicales convictions religieuses
- nom de famille État de santé handicapé
- mœurs (fumeurs non-fumeurs)
- orientation sexuelle (homophobie)
- caractéristiques génétiques (tests génétiques pour prédire l'apparition de certaines maladies)
- apparence physique (taille, poids, ethnie)
- lieu de résidence (quartier sensible)
- situation économique

On parle de discrimination directe lorsqu'une personne a été traitée de manière moins favorable à une autre personne sur la base d'un critère

Exemple : différence de traitement entre un homme et une femme

En revanche, on parle de discrimination indirecte lorsqu'elle résulte d'une disposition neutre en apparence mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une personne par rapport à d'autres

Exemples : prime d'assiduité pour les employés alors que la plupart des femmes sont à temps partiels.

⁴ Droit partisan est limité par le principe de flexibilité c'est-à-dire une souplesse accrue au profit de l'employeur. Tient en compte les intérêts de l'entreprise.

❖ **Le principe contre les agissements sexistes au travail ou le droit au respect de la dignité humaine**

La dignité concerne la question d'harcèlement. Ce dernier peut constituer une atteinte à la dignité humaine. Ainsi le harcèlement est interdit sur le lieu de travail et l'employeur est le mieux placé pour le prévenir en mettant en place des mesures préventives.

1- Interdiction du harcèlement

L'article 5 de notre code du travail énonce que : « tout salarié a droit au respect de sa dignité. Dans toutes les relations de travail, nul ne peut être victime de mauvais traitement ou de violence portant atteinte à l'intégrité physique ou morale prévue et sanctionnée par le Code Pénal ».

Ainsi, un salarié peut recourir à la justice s'il est victime d'un harcèlement au travail. Le harcèlement peut être moral ou sexuel.

En ce qui concerne le harcèlement moral, le code du travail malagasy n'a pas donné une définition. Néanmoins le code du travail français en son article L.1152.1 à expliquer qu' « aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et ses dignités, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnelle ».

Le harcèlement moral peut se traduire par des insultes publiques, des critiques incessantes, des humiliations, des calomnies, des menaces, une mise à l'écart, une surveillance permanente des faits et gestes....

Quant à le harcèlement sexuel, l'article 5 alinéa 3 dispose que : « est considéré comme harcèlement au travail, toute conduite non souhaitée, de nature sexuelle qui interfère avec le travail, conditionne l'emploi ou le déroulement de la carrière ou crée un environnement de travail intimidant ».

En général, il peut prendre la forme d'attouchements, d'allusion à caractère sexuel, de message suggestif.

Conditions d'existence des agissements sexistes :

- l'existence d'un élément de fait subi par une personne (comportement propos acte)
- qui doit avoir pour objet de porter atteinte à sa dignité
- un lien entre les agissements et le sexe de la personne

Exemple :

- critique d'une femme qui n'est pas féminine
- commentaires humiliants sur le sexe de la personne
- blagues sexistes répétées

❖ **Le principe d'égalité de traitement**

Le principe est que : à travail égal salaire égal. Donc interdiction de différence de traitement entre salariés effectuant même travail ou placé dans une même situation. (arrêt Poncelet 1996)

Toutefois, ce principe peut rencontrer des exceptions, en effet, l'employeur peut faire des différences entre salariés à la seule condition de les justifier par des éléments objectifs, matériellement vérifiables et étrangers à toute discrimination.

Éléments objectifs qui justifient une différence de traitement :

- l'expérience professionnelle acquise dans l'entreprise ou auprès du précédent employeur.
- la performance généralement rémunérée par des primes.
- L'ancienneté à condition qu'elle soit intégrée dans le salaire de base.
- la qualité du travail fourni.
- les tâches plus larges dans un poste de travail identique.
- les diplômes de durée et de niveau différents entre salariés effectuant un même travail à condition qu'ils soient utiles à l'exercice des fonctions occupées ou prévues par la convention collective
- horaires de travail (nuit/jour)

❖ **Principe de protection des libertés**

Le code du travail permet de garantir au salarié une sécurité juridique à toute épreuve, va instituer un corps de règles qui lui seront appliquées. En effet il reconnaît aux salariés la jouissance de leurs libertés individuelles et collectives dans l'exercice de leur travail. En outre, ce principe de protection interdit la restriction de droits et libertés individuelles

Toutefois, ce principe se heurte à des limites dans l'intérêt de l'entreprise à condition que les restrictions soient :

- justifier par la nature de la tâche à accomplir
- et par la proportionnalité du but recherché

Exemple : la liberté vestimentaire du salarié : libertés individuelles restreintes par l'employeur qui peut exiger du salarié :

- que sa tenue soit correcte à condition qu'elle soit justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.
- qu'il porte une tenue de travail à condition que cela soit justifié par : l'intérêt commercial (salariés au contact de la clientèle), l'hygiène et la sécurité (salariés exposés des produits dangereux).

Par ailleurs, la surveillance du salarié relève du pouvoir de contrôle de l'employeur. Vu le risque de créer des abus ou être attentatoire à la vie privée du salarié, l'employeur doit :

- informer le comité d'entreprise et les salariés de l'installation du dispositif
- ne pas mettre en place un stratagème

De plus, les fouilles peuvent être organisées par l'employeur pour des raisons de sécurité :

- des armoires et des vestiaires individuels à condition que le salarié soit présent ou qu'il ait été prévenu
- corporel et des effets personnels à condition qu'elle soit : nécessaire, pas systématique, proportionnée au but recherché, réalisé avec l'accord préalable du salarié (sauf circonstances exceptionnelles) et effectuée dans des conditions qui préservent l'intimité du salarié.

La correspondance a plusieurs hypothèses :

- Les courriers identifiés comme personnelles sont soumises au secret des correspondances (arrêt Nikon)
- les documents identifiés comme personnelles ne sont pas soumis au secret des correspondances
- les documents et courriers non identifiés comme personnelles revêtent un caractère professionnel et peuvent être ouvertes sans la présence du salarié. De même pour les connexions Internet, l'ordinateur professionnel est présumé avoir un caractère professionnel, l'employeur peut le surveiller. Les réseaux sociaux, si le compte est paramétré en espace privé le secret des correspondances s'applique, à l'inverse (espace public) l'employeur peut sanctionner une dérive.

III- Le droit de travail, un droit à tendance particulariste du fait de l'existence du principe du plus favorable.

C'est un principe substantiel de cette branche du droit. Il participe à la protection des salariés au nom de l'ordre public social qui constitue un ordre public de protection ou le « minimum social ». Selon le principe de faveur, on ne peut pas déroger à ce minimum social que dans un sens plus favorable aux salariés. En cas de conflit de norme juridique, c'est le plus favorable au salarié qui doit être appliqué. En cas d'ambiguïté ou du silence de texte juridique et des conventions ou en cas de contradiction entre le contrat et la convention des parties, l'interprétation se fera toujours dans le but d'assurer la meilleure protection possible du travailleur.

Chapitre 2 : Les sources du droit de travail

Les sources du droit du travail sont à la fois internes, communautaires et internationales.

I- Les sources internationales

Elles forment un véritable droit international du travail constitué par les traités internationaux, les instruments des droits de l'homme et les conventions internationales.

❖ Les traités internationaux

Ce sont des accords conclus entre deux ou plusieurs Etats souverains (c'est à dire bilatéraux ou multilatéraux) et fixant des règles obligatoires sur un objet déterminé. Ils tendent à organiser et à faciliter les relations économiques et sociales entre les Etats membres. Mais d'autres traités ont pour but de tendre vers une unification des législations entre les parties signataires. Ils forment ce que l'on appelle le droit communautaire originaire.

❖ Les instruments des Droits de l'homme

Ils constituent également une source importante du droit du travail. Ils contiennent des droits fondamentaux applicables à tous les travailleurs tels que le droit à un recours effectif devant les juridictions nationales, le principe de l'égalité et de non-discrimination, le droit au travail, la liberté d'organisation et de négociation collective.

❖ Les conventions internationales

Ce sont des accords conclus sous les auspices ou dans le cadre des organisations internationales et applicables dans l'ordre juridique interne des Etats qui les ont ratifiées et publiées, une fois entrées en vigueur (nombre de ratifications). Les conventions internationales de travail, sont principalement élaborées au sein de l'OIT par la conférence internationale du travail.

Cet organisme tripartite, composé de représentants des Etats membres, des salariés et des employeurs et créé en 1919, est doté d'un secrétariat permanent (Bureau international du travail). Il élabore des recommandations, facultatives, et des conventions, obligatoires pour les Etats qui les ratifient. L'application des conventions par les Etats donne lieu à des contrôles par des comités d'experts, notamment à la suite de réclamations déposées par les intéressés.

Les sources communautaires dérivées du droit du travail sont des règles élaborées par un organe communautaire (conseil des ministres par exemple) et applicables dans tous les Etats membres de la communauté. Elles sont principalement constituées des directives et des règlements.

II- Les sources nationales

Au niveau national les sources du droit du travail se composent de sources étatiques et de sources non étatiques.

A- Les sources étatiques

Les principales sources étatiques du droit du travail sont la constitution, les lois et règlements et la jurisprudence.

❖ La constitution

C'est la norme (texte) juridique fondamentale élaborée par le pouvoir constituant et destinée à organiser les institutions politiques ou pouvoirs de l'Etat et à garantir les droits des citoyens et les libertés fondamentales. L'actuelle constitution malagasy proclame ou reconnaît notamment un certain nombre de droits sociaux fondamentaux et de principes particulièrement nécessaires à notre temps comme le droit au travail, le droit de grève, le droit syndical, la liberté de travailler, le droit de participer à la détermination des conditions de travail, le principe fondamental de non-discrimination, le principe d'une sécurité sociale.

❖ La loi

C'est la source essentielle du droit du travail. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit du travail s'appelait « législation du travail ».

Les lois du travail sont principalement rassemblées dans le code du travail. Le Code du travail malagasy a successivement été institué par la loi N° 94-029 du 04 novembre 1994 (ancien code du travail) et la loi n° 2003-044 du 28 juillet 2004 portant code du travail.

❖ Le règlement

Le règlement a actuellement pris une importance considérable en droit du travail. Il se définit comme une règle écrite, générale, obligatoire et permanente élaborée par le pouvoir exécutif.

Ex. les décrets du Président de la République, les arrêtés du ministre chargé du travail.

❖ La jurisprudence

Dans une acception large, la jurisprudence désigne l'ensemble des solutions rendues par les juridictions sur une question de droit donnée. Mais au sens technique, précis et moderne du terme, on entend par jurisprudence, la série des décisions concordantes rendues sur une question de droit déterminée ou encore la solution suggérée par un ensemble de décisions de justice suffisamment concordantes rendues sur une question de droit et sous l'autorité de la cour de cassation.

La jurisprudence est source de droit du travail dans les cas exceptionnels où la loi est obscure, absente. Mais elle a la particularité d'être hétérogène en raison de la pluralité des juridictions compétentes pour connaître du contentieux social (jurisprudence des tribunaux du travail, jurisprudence des juridictions répressives, jurisprudence des tribunaux administratifs et du conseil d'Etat). Ce qui rend difficile sa connaissance et peut entraîner une lenteur excessive des procédures.

La jurisprudence se rapproche des principes généraux du droit qui se définissent comme des règles générales et obligatoires découvertes par le juge à partir de l'esprit général du système juridique. Ex. le principe de faveur.

B- Les sources non étatiques

Les sources internes ou nationales non étatiques sont **les sources professionnelles** du droit du travail. Elles sont secrétées par la profession et comprennent les sources conventionnelles, les usages, le règlement intérieur et le contrat de travail.

❖ Les sources conventionnelles du droit du travail

Ce sont des accords d'entreprise ou d'établissement et des conventions collectives ordinaires, extensibles ou nationales interprofessionnelles librement négociés entre employeur ou groupement d'employeurs et organisations syndicales ou professionnelles des salariés. Elles peuvent, en améliorant les conditions des salariés, déroger à la loi qui fixe un plancher, les conditions minimales des salariés au-dessous desquelles il est en principe interdit de descendre. Le salarié ne peut dans son contrat de travail renoncer à un avantage consenti par la loi ou la convention collective même si cela est dans son intérêt pour obtenir ou conserver un emploi.

❖ Les usages

Ce sont des pratiques constantes, fixes, générales, suivies dans la région, la profession (usage professionnel) ou l'entreprise (usage d'entreprise) et communément admise, considérée comme obligatoire.

Ils sont visés par le législateur dans diverses matières notamment dans la définition des cas de recours aux contrats à durée déterminée ou de la durée du préavis en cas de démission.

La jurisprudence les assimile à des engagements unilatéraux de l'employeur qui accordent aux salariés des droits et avantages et disparaissent, s'effacent sans leur accord. Ainsi le salarié peut réclamer l'application d'un usage à l'employeur. Celui-ci peut dénoncer l'usage c'est à dire revenir unilatéralement sur un avantage acquis par les salariés à condition de donner un préavis aux représentants du personnel et une notification à chaque salarié.

❖ Le règlement intérieur

C'est un document par lequel le chef d'établissement fixe les règles générales en matière d'organisation technique du travail, d'hygiène de sécurité et de discipline dans son entreprise, son établissement ou son atelier.

❖ Le contrat de travail

Il constitue le cadre juridique élémentaire de la relation de travail en ce qu'il définit les obligations de base de chacune des parties. Il est en théorie directement discuté, conclu entre un employeur et un salarié.

Toutefois, tout le contrat n'entre pas dans le champ de la discussion des parties. Il s'apparente à un contrat d'adhésion dont les stipulations sont plus imposées qu'elles ne sont négociées.

Les sources du droit du travail font l'objet d'un classement hiérarchique. La hiérarchie s'établit comme suit : les sources internationales (les traités et accords internationaux ratifiés, les conventions internationales de l'OIT ratifiées), les sources communautaires (les règlements et les directive communautaires), les lois, les principes généraux du droit, les règlements (les décrets, les arrêtés), les conventions collectives (nationales, extensibles, ordinaires, les accords collectifs d'entreprise et les accords collectifs d'établissement), les usages (professionnels, d'entreprise), le règlement intérieur et le contrat de travail.

La constitution est placée au-dessus des traités par les juridictions internes. Mais la thèse inverse semble être consacrée par les instances internationales. Il convient de rappeler aussi qu'en vertu du principe de faveur, une norme inférieure peut déroger à une norme supérieure, dès lors que cette dérogation est favorable au salarié. Ce qui confère à la hiérarchie des sources du droit du travail une connotation particulière.

Les sources du droit du travail sont soumises au contrôle non seulement des juridictions et des institutions internationales, mais aussi des autorités administratives à savoir le ministère chargé du travail (service central) et l'inspection du travail (service extérieur).

Le contrôle de l'application de la réglementation du travail et de l'emploi fait partie des principaux rôles de l'inspection du travail.

Pour mener à bien leur contrôle, les inspecteurs du travail disposent des pouvoirs d'investigation et des pouvoirs de sanction.

Les pouvoirs d'investigation confèrent aux inspecteurs du travail un droit d'entrée et de visite avec ou sans assistance en principe dans tous les établissements qui sont soumis à leur contrôle y compris la nuit en cas de travail nocturne et un droit de communication et de présentation des documents légaux et des produits nécessaires à leur contrôle, à l'exclusion des perquisitions.

Les pouvoirs de sanction permettent aux inspecteurs de dresser procès-verbal des infractions qu'ils constatent dans l'exercice de leur mission et relevant de leur contrôle et de saisir les autorités judiciaires compétentes, le procureur de la république qui apprécie l'opportunité des poursuites. Les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire.

En cas de danger pour la santé et la sécurité des travailleurs, les inspecteurs peuvent mettre en demeure l'employeur dans un délai déterminé.

En contrepartie de ces importantes prérogatives, les inspecteurs sont tenus de ne pas révéler les secrets de fabrication et les procédés d'exploitation (secret professionnel), de garder confidentielle les plaintes des salariés, de ne pas avoir intérêt dans les entreprises et établissements soumis à leur contrôle et de notifier le procès-verbal à l'intéressé.

Chapitre 3 : La conclusion du contrat de travail

La conclusion d'un contrat doit respecter les conditions de fond et de formes.

Para 1 : Les principes de fond à respecter dans le contrat de travail

Un contrat de travail ne peut être conclu sans la capacité juridique des contractants, le consentement des parties, un objet certain et une cause licite.

1- Le consentement des parties

Le consentement dérive du mot latin « *coum sentire* » qui veut dire vouloir. Le contrat n'est pas valable que si les parties ont voulu s'engager, que cette volonté soit intègre, c'est-à-dire une volonté libre et éclairée. Ainsi, pour que le contrat de travail soit valable, il doit y avoir un échange de volonté, ce qui exclut donc les travaux forcés.

2- La capacité juridique

Aux termes de l'article 65 de la LTGO : « Toute personne peut valablement contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Ainsi, la capacité c'est l'aptitude d'une personne à être titulaire de droit et à exercer ce droit.

Toutefois, le Code du travail prévoit dans son article 102 que les enfants ne peuvent être employés dans aucune entreprise, même comme apprenti, avant l'âge de 15 ans sans l'autorisation de l'inspecteur de travail compte tenu des circonstances locales, des tâches qui peuvent leur être demandées et à la condition que les travaux ne soient pas nuisible à leur développement normal.

Sont aptes à signer un contrat de travail :

- Les personnes de 15 ans et plus,
- Les personnes de moins de 15 ans avec autorisation de l'inspecteur du travail, comme le mentionne l'article 102 et 103 du code du travail, qui expliquent que les tâches exécutées ne devront pas être nuisibles à la santé et au développement moral de l'enfant.

3- L'objet et cause

L'article 64 de la LTGO exige que le contrat pour être valide, porte sur un objet certain. En un sens matériel, l'objet du contrat est la chose relativement à laquelle le contrat est conclu. En un sens technique, l'objet est l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître.

La cause d'un contrat doit être licite, c'est-à-dire elle ne doit pas être prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs. Elle est la réponse à la question pourquoi une partie s'oblige-t-elle ?

Para 2 : Les principes de forme à respecter dans le contrat de travail

Le contrat de travail à Madagascar est rédigé en malagasy ou en français, en deux exemplaires pour que chacune des parties puisse garder un exemplaire.

Au moment de l'embauche, le contrat de travail doit être constaté par écrit précisant les identités des contractants, la nature du contrat (essai-CDD-CDI), la fonction ou la définition des tâches, la catégorie ou classification professionnelle, l'indice minimum de classification, le salaire de base et la date d'effet du contrat.

L'inobservation de ces obligations exposera l'employeur à une sanction pénale⁵.

En principe, le contrat de travail doit être écrit, cependant l'article 6 alinéa 3 prévoit un assouplissement à ce principe en disposant que : « en l'absence du contrat par écrit, l'existence du contrat de travail peut être prouvée par tous les moyens ».

Ainsi, l'écrit ne constitue pas une condition de validité mais un moyen de prouver l'existence d'un contrat de travail.

CHAPITRE 2 : L'EXECUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le contrat de travail est un contrat à exécution successive, et un contrat synallagmatique c'est-à-dire qu'il y a réciprocité des obligations. Toutefois, toutes nos obligations ne dépendent pas seulement du contrat de travail mais également de la loi, des conventions d'entreprise, du règlement intérieur, des usages...

Section 1 : le contrat de travail, un contrat synallagmatique :

Le contrat met à la charge de l'employeur et du salarié des obligations réciproques et interdépendantes que nous allons successivement étudier.

Para 1 : Les obligations du salarié : l'exécution du travail

L'exécution du travail, de la prestation pour laquelle il s'est engagé au service de l'employeur est l'obligation principale du salarié. Elle doit revêtir certains caractères

⁵ Article 255 du code de travail

❖ L'exécution doit être personnelle

Le caractère personnel du travail signifie que chaque salarié doit lui-même faire le travail et seulement le travail qui lui est imparti sauf cas de révision du contrat, d'intérim, d'usages et de demande raisonnable acceptée. Il ne peut pas demander à un tiers de se substituer à lui dans l'exécution du travail promis. Pour se faire aider par un tiers, il lui faut le consentement de l'employeur, sans quoi il y'aurait faute constitutive d'un motif légitime de licenciement.

❖ L'exécution doit être consciencieuse

L'obligation professionnelle est la conscience professionnelle. L'exécution consciencieuse suppose que le travailleur doit adopter un comportement de nature à éviter les erreurs ou les négligences. Il doit toute son activité professionnelle, avec tous les bons soins du « père de famille », toute la diligence et la prudence d'un bon père de famille, Il doit se défaire de tout acte qui peut nuire à l'employeur. Il ne peut consommer des substances de nature à nuire à son travail comme les drogues, l'alcool..., doit prendre soin du matériel qu'on lui confie.

Le salarié doit respecter le règlement intérieur, l'organisation générale du travail (horaires, discipline, hygiène et sécurité). Il doit se soumettre aux instructions donnée par l'employeur sous réserve que celle-ci soit conforme à ses attributions et ne soient pas illicites, vexatoire ou immorale.

L'inobservation de cette obligation lui expose à des sanctions disciplinaires voire une rupture légitime du contrat de travail.

❖ L'exécution doit être loyale

« Les parties doivent exécuter le contrat de bonne foi ». Le salarié est redevable d'un devoir de loyauté.

« L'obligation de loyauté » suppose que le travailleur doit s'abstenir de toute fraude dans l'exécution du contrat. Ainsi, il lui est interdit de divulguer des secrets professionnels. Il ne doit pas porter atteintes aux intérêts de l'entreprise en commettant des actes de concurrences déloyales. Autrement dit, il lui est interdit de faire concurrence à son employeur que soit directement ou par des personnes interposées.

L'obligation de loyauté subsiste pendant la suspension du contrat notamment pour maladie. L'obligation de loyauté n'est cependant pas synonyme d'obligation de fidélité du salarié à l'employeur. Le salarié garde le droit de travailler pour une autre entreprise, à condition de ne pas faire concurrence au premier employeur et de respecter la réglementation sur le plein emploi et la durée maximale du travail. Certaines entreprises incluent cependant dans le contrat des clauses d'exclusivité interdisant au salarié de travailler pour un autre employeur. Ces clauses ne sont valables que si elles sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'employeur et proportionnées au but à atteindre.

Mais à l'expiration du contrat de travail, le salarié n'est exceptionnellement tenu de ne pas concurrencer son ex employeur que si le contrat contenait une clause de non concurrence valable c'est à dire limitée dans son objet, dans le temps, un an au maximum, et dans l'espace,

dans un rayon de 50 km autour de l'entreprise et avait été rompu par le salarié ou par sa faute lourde.

❖ L'obligation de discrétion

Le salarié est tenu également à une obligation de discrétion et de réserve. En particulier, il ne doit pas divulguer au public les informations confidentielles sur l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions ni à l'intérieur ni à l'extérieur de l'entreprise. Cette obligation étant particulièrement forte pour les cadres dirigeants. La violation d'un secret de fabrique est passible d'une amende et d'un emprisonnement.

Para 2 : Les obligations de l'employeur

L'obligation fondamentale de l'employeur est le paiement du salaire que nous verrons ultérieurement.

L'employeur a également d'autres obligations à sa charge. Il est en effet tenu de fournir du travail au salarié (sauf recours au chômage technique), de respecter les conditions de travail (notamment les conditions d'hygiène, de sécurité et de santé), l'égalité et la non-discrimination entre les salariés. Il doit affilier ces employés à la CNAPS et à un organisme sanitaire. Il doit respecter la réglementation relative à la durée du travail, les droits et libertés des salariés et doit faire respecter les règlements intérieurs.

Il faut préciser que le règlement intérieur est établi par le chef d'établissement qui doit le communiquer, avant de le mettre en vigueur, aux délégués du personnel s'il en existe, et à l'inspection du travail. Lorsque l'inspecteur du travail constate que le règlement intérieur contient des dispositions étrangères à son objet, il en exige le retrait. Il en est de même des dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur.

Le contenu du règlement intérieur est limité aux règles relatives à l'organisation technique du travail, à la discipline et aux prescriptions concernant l'hygiène et la sécurité, nécessaires à la bonne marche de l'établissement. Toutes autres clauses, notamment celles relatives à la rémunération, sont considérées comme nulles.

Para 3 : Les catégories et classifications professionnelle

En général, les employés sont classés par catégorie d'où l'appellation « catégorie professionnelle et classification professionnelle ». Un travailleur déterminé devra en fonction de sa qualification être classé dans une catégorie professionnelle déterminée. La loi et les pratiques professionnelles établissent une distinction entre trois (3) groupes à savoir les ouvriers, les employés et les cadres.

Les ouvriers exercent un travail manuel. Ils prennent part à l'exécution matérielle de travail industriel ou de fabrication, de transformation...

L'employé collaborent à l'administration de l'employeur (ex : comptable).

A l'intérieur de chaque groupe, il y a une classification de chaque employé en fonction de diverses qualifications.

	I	II	III	IV
OUVRIERS	M ₁ M ₂	OS ₁ OS ₂ OS ₃	OP ₁ A OP ₁ B OP ₂ A OP ₂ B	OP ₃
EMPLOYES	1 _A 1 _B	2 _A 2 _B 3 _A	3 _B 4 _A 4 _B 5 _A	5 _B

Groupe 1 : manœuvre ordinaire, personnel subalterne (employé sans qualification, exécutant des travaux élémentaires, n'exigeant aucune qualification technique).

Groupe 2 : ouvrier spécialisé et personnel ayant des connaissances professionnelles et expérience professionnelle.

Groupe 3 : ouvrier et travailleur très qualifié, personnel ayant une formation professionnelle approfondi (un comptable, un agent ayant réussi à un examen professionnel capable de diriger une équipe de cinq (5) travailleurs).

Groupe 4 : agent de maîtrise, chef de chantier, personnel possédant la qualité de chef (chef magasinier, chef chantier).

Groupe 5 : personnels cadres, agent hautement qualifié exerçant un certain pouvoir sur les autres employés (ingénieur, directeur technique et administratif).

La catégorie professionnelle est importante dans la mesure où la classification des travailleurs dans un tel emploi détermine le genre de travail que l'employeur devra leur confier et qu'ils devront exécuter.

De plus, elle est importante dans la rupture du contrat dans la mesure où elle permet de déterminer la durée du préavis et les dommages intérêts pour les cas de licenciement abusif.

Section 2 : La durée du travail et les temps de repos

Para 1 : La durée légale de travail

A- Le principe de la durée de travail

Le temps de travail est égal aux heures de travail effectif et non les heures de présence sur le lieu de travail. Ainsi la durée de travail effectif peut être définie comme le fait pour un travailleur de rester en permanence à la disposition de l'employeur pour participer à l'activité de l'entreprise. C'est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur

sans pouvoir librement vaquer à ses occupations personnelles. Sont concernées les horaires prévus au contrat, heures supplémentaires, durée d'intervention d'astreinte. Par contre, sont exclues les temps de pause et de repos, temps d'habillage et déshabillage, temps de trajet domicilié de travail.

Au 19^e siècle, la durée journalière de travail était de 15 heures à 16 heures. Suite à des luttes menées par les ouvriers dans le but de limiter le temps de travail, l'Etat s'est intervenu pour édicter une réglementation d'ordre public.

En effet, cette limitation se posait sur deux (2) fondements. D'une part, sur le plan social, le non limitation de la durée de travail fait des travailleurs asservis à leur travail. Il sera considéré comme des esclaves. D'autre part, sur le plan économique, la pratique montre que le rendement avec cette limitation est meilleur.

Le code du travail fixe des durées maximales quotidienne et hebdomadaire qui, sauf dérogation, s'appliquent à toutes les formes d'organisation du temps de travail. La durée du travail effectif est limitée pour préserver la santé des travailleurs, elle doit être compatible avec leur résistance physique et psychique, fixé dans une limite raisonnable⁶. Aucun employé ne doit travailler au-delà de 8 heures par jours, sinon il risque d'être fatigué et tomber malade ou avoir un accident au travail.

L'article 75 du code du travail dispose que : « sous réserve de la disposition de l'alinéa 2 ci-dessous dans tous les établissements assujettis au Code du travail, même d'enseignement ou de bienfaisance, la durée légale du travail des employés ou ouvriers de l'un ou l'autre sexe, de tout âge, travaillant à temps, à la tâche ou aux pièces ne peut excéder cent soixante-treize virgule trente-trois (173.33) heures par mois ».

Ainsi, l'instauration d'une durée légale de travail : 173.33 heures par mois s'applique à tous les travailleurs titulaire d'un contrat de travail, peu importe le travail qu'il exerce.

Les domestiques, concierges et les femmes de ménage restent en dehors de ce champ d'application car ils restent tous le temps chez leurs employeurs.

Les cadres, personnel de direction ne bénéficient pas non plus de ce principe car ils disposent d'une grande liberté et d'une large autonomie dans l'exécution du contrat de travail.

Toutefois, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 75 : « dans toutes les entreprises agricoles, les heures de travail sont basées sur deux milles deux cent (2200) heures par an....

Les heures effectuées au-delà de la durée légale de travail constitue des heures supplémentaires qui donne lieu à une majoration ».

La durée légale est donc appréciée dans le cadre de la semaine. La semaine des 40 heures concerne tous les établissements, toutes les formes de travail et tous les travailleurs régis par le code du travail. Seuls y dérogent les établissements agricoles qui sont soumises à la durée de 2200 heures par an soit 42h30mn par semaine.

Sont assimilés aux établissements agricoles, donc soumis au régime de 2200 heures par an les exploitations forestières, les exploitations d'élevage, de dressage...Par contre les

⁶ CA., n°117, 31 mars 1998, Aff. Razafindrazaka Josephine.c.FIBATA

établissements traitant ou/et transformant des produits agricoles sont des établissements industriels donc soumis au régime de 40h par semaine.

B- Les dérogations au principe de la durée du travail

La durée légale de travail de 40 heures par semaine admet des dérogations ou dépassements qui sont soit permanentes, soit temporaires. En effet, le système de dérogation tend, le plus souvent, à porter la durée hebdomadaire du travail au-delà de 40 heures.

Ainsi, la durée légale peut varier en fonction des emplois et des professions. Le régime d'équivalences permet en effet d'avoir une durée de présence supérieur à la durée légale de 40 heures, mais réputée correspondante à celle-ci.

Par exemple un gardien et un planton d'une fondation, qui relèvent tous du premier groupe, perçoivent le même salaire alors que le planton effectue 40h/semaine et le gardien 56h/ semaine.

Aux termes de l'article 76 du code du travail, des dérogations à la durée légale du travail pourront être décidées par décret, après avis du Conseil national du Travail.

1- Les heures récupérées

Elles vont obliger le salarié de travailler plus de 40 heures par semaine mais ne correspondent pas aux heures supplémentaires. En effet, dans certaines situations, la durée normale de travail a été exceptionnellement réduite, l'employeur pourra récupérer ses heures perdues.

Exemple : en cas d'interruption collective de travail pour des causes accidentelles, panne de machine, sinistre, inventaire...

Ses heures récupérées sont considérées comme des heures normales de travail et sont payées comme tel.

2- Les dérogations permanentes

Elles sont prévues par la loi et constituées des travaux permanents, complémentaires ou préparatoires qui obligent les salariés à venir avant et à partir après l'heure de travail.

Autrement, ces salariés sont appelés à prolonger leur présence journalière en raison de la spécificité de leur tâche. Ces heures sont rémunérées au tarif normal sans majoration.

Exemple : travail de nettoyage, d'entretien, de rangements...

3- Les dérogations temporaires

Elles sont autorisées par l'inspecteur du travail pour l'exécution des travaux urgents nécessaires à la prévention d'accident imminent ou pour réparer des accidents causés aux bâtiments ou pour des opérations de sauvetages. Travaux accomplis dans l'intérêt de l'Etat, travaux nécessaires en cas de surcroît extraordinaire de travail.

Ses travaux sont rémunérés en heures supplémentaires.

4- Les heures supplémentaires

Conformément à l'article 75 alinéas 3 du code du travail, les heures supplémentaires sont des heures de travail effectif réalisées par un salarié à temps complet au-delà de la durée légale du travail donnant lieu à une majoration du salaire.

Le règlement des heures supplémentaires et les modalités de leur rémunération est fixé par décret.

Le recours au HS est limitée aux cas exceptionnels tels que : la pénurie de main d'œuvre, surcroît extraordinaire de travail, nécessité de maintenir ou d'accroître le niveau de production.

Les HS sont obligatoire sauf en cas de motif légitime. Le travailleur peut refuser les HS s'il n'a pas été prévenu suffisamment tôt ou si les HS précédemment effectué n'ont pas encore été rémunérées.

Le salarié qui continu d'effectuer des heures supplémentaires malgré l'opposition de son employeur n'a pas à être rémunérer.

Para 2 : Les temps de repos

L'article 24 de la déclaration mondiale des droits de l'homme de 1948 nous rappelle que : « Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiquement ».

Le salarié bénéficie de trois principaux repos : le repos journalier, le repos hebdomadaire et le repos annuel.

A- Le repos journalier et le repos hebdomadaire

1- Le repos journalier

En principe la nuit est un temps de repos. Le corps humain a besoin de dormir. Cependant, il y a des employés qui doivent travailler la nuit (gardiennage). Ce travail peut avoir des impacts sur la santé et la vie de couple ou familiale du travailleur.

Le travail de nuit correspond en effet au travail effectué dans la période comprise entre 22 heures à 5 heures du matin⁷.

Ainsi, le décret n°72-226 du 6 juillet 1972 dans son article 3 prévoit que : « le salaire des heures de travail effectuées la nuit doit être majoré, primo, s'il s'agit d'un travail de nuit

⁷ Article 83 du code du travail.

habituel : 30% du salaire horaire au minimum ; secundo, s'il s'agit d'un travail de nuit occasionnel : 50% ».

Par ailleurs, il est interdit aux femmes de travailler la nuit⁸. Il en est de même pour les enfants avant l'âge de 18 ans⁹.

Le repos quotidien des femmes et des enfants doit avoir une durée de douze (12) heures consécutives.

2- Le repos hebdomadaire

Aux termes de l'article 80 du code du travail : « le repos hebdomadaire est obligatoire. Il est au minimum de vingt-quatre (24) heures consécutif par semaine. Il a lieu en principe le dimanche ».

En effet il est interdit d'occuper plus de six (6) jours par semaine un même employé ou ouvrier. Les repos hebdomadaires s'imposent à l'ensemble des salariés.

Mais l'employé peut travailler pour lui ou un autre employeur sous réserve de ne pas concurrencer son principal employeur.

Toutefois, à titre exceptionnel et temporaire, des dérogations pourront être autorisées selon les circonstances.

- Les dérogations accordées sans repos compensateur

En cas de travail urgent, dont l'exécution est nécessaire pour organiser des mesures de sauvetage pour prévenir des accidents imminents ou réparer des accidents graves survenus aux matériels ou aux installations.

Les heures sont payées en heures normales.

En cas de surcroît extraordinaire de travail ou de travail dans les industries traitant des matières périssables.

Les heures de travail sont considérées comme des heures supplémentaires.

En cas de chargement ou de déchargement de travail, les heures accomplies sont des heures supplémentaires.

- Les dérogations accomplies avec repos compensateur

Elles concernent les personnels de gardiennage et de conciergerie (gardien, concierge, personnel au travail de nettoyage, au soin donné aux animaux).

Dans toutes ces situations, le repos hebdomadaire est suspendu sous réserve d'accorder un repos compensateur par la suite.

⁸ Article 85 alinéas 2 du code du travail.

⁹ Article 101 alinéas 2 du code du travail.

Par ailleurs, la loi prévoit une autre forme de repos hebdomadaire qui est le repos dominical, généralement un dimanche.

A l'origine, ce principe a été institué pour de raison religieuse. La recommandation de l'OIT précise sur le point que la période de repos hebdomadaire doit coïncider autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme le jour de repos par la tradition ou usage du pays à la religion. C'est le dimanche pour Madagascar.

Toutefois, ce principe connaît quelques dérogations. Les dérogations de plein droit profitent les établissements qui travaillent régulièrement et nécessairement le dimanche.

Le décret n°62-150 du 28 mars 1962 nous donne une liste limitative des établissements qui sont admis de plein droit à donner des repos par roulement : hôtels, restaurant et débit de boisson, hôpitaux, entreprise de journaux et spectacles, entreprise de transport terrestre, établissements de vente ou de détail de denrées.

Pour les travailleurs concernés, un repos compensateur est accordé par roulement d'un jour entier dans la semaine.

B- Les congés

1- Les congés payés

Le code du travail dans son article 86 pose le principe selon lequel, tout salarié a droit chaque année à un congé payé à la charge de l'employeur, quel que soient son emploi, sa catégorie ou sa qualification, la nature de sa rémunération et son horaire de travail.

C'est le repos annuel. Il est acquis après une période minimale de service effectif appelée période de référence égale à 12 mois¹⁰.

Le droit à la pause payée est acquis à raison de deux jours et demi (2.5) par mois calendaire de service effectif soit de trente (30) jours par an.

Il se prescrit par trois (3) ans. Seul peut être fractionné le congé supérieur à deux (2) semaines. La jouissance de la première fraction de quinze (15) jours est obligatoire dans les trois (3) mois qui suivent l'ouverture du droit au congé dans la limite de nécessité de service entendue entre les parties. La deuxième fraction peut être d'accord parties, soit pris avant la fin de l'année en cours, soit cumulé sur les trois (3) ans.

Par ailleurs, la date de début et de fin de congé doit être déterminée à l'avance par les parties. Elle commence le jour où le travailleur aurait dû travailler s'il n'était pas en congé et se termine la veille de sa reprise de service.

La maladie suspend le congé lequel se trouve prolongé de la durée non effectuée selon les modalités accompli d'accord parti. A la fin du congé, le travailleur doit reprendre son travail le lendemain même de l'expiration du congé.

Quand il reprend le travail avant l'expiration normal de son congé, le reste lui est toujours dû.

¹⁰ Article 88 du code du travail.

Néanmoins, s'il ne reprend pas le travail à l'expiration du congé, il commet une faute professionnelle d'abandon de poste pouvant justifier son licenciement.

L'employeur doit verser au travailleur, pendant toute la durée du congé, une allocation qui est au moins égale au douzième (1/12) des salaires et des divers éléments de rémunération définis par le code du travail dont le travailleur bénéficie au cours des douze (12) mois ayant précédé la date de congé à l'exception des remboursements des frais¹¹.

2- Les congés spéciaux

A part les repos général que bénéficient les travailleurs, ils peuvent interrompre leur travail sans tomber sous le coup des sanctions qui frappent l'abandon de poste.

En effet, le code du travail envisage des situations tirées de la vie que soit familiale, personnelle, d'ordre professionnel, permettant au salarié de bénéficier sous conditions des congés particuliers.

❖ Les permissions exceptionnelles

L'article 87 du code du travail prévoit dix (10) jours par an de congé à l'occasion d'événements de famille.

Certains événements familiaux permettant aux salariés de bénéficier de jour d'absence, dont le nombre varie en fonction des événements concernés.

Pour les naissances, mariage, décès, le salarié peut s'absenter pendant une durée de 1 à 4 jours.

Pour bénéficier de l'autorisation d'absence pour les événements familiaux, le salarié doit justifier de leur survenance. L'apport de cette justification se par tous les moyens.

❖ Les congés de maternité

Les femmes enceintes ont droit à 14 semaines soit 98 jours de congé de maternité (6 semaines avant l'accouchement et 8 semaines postnatale) avec salaire intégral. Le congé peut être prolongé de 3 semaines ou 21 jours en cas de maladie découlant de la grossesse ou de la naissance. Elles bénéficient aussi à une pause allaitement payée de 1 heure fractionnables pour allaiter son enfant jusqu'à ce que le bébé atteigne l'âge de 15 mois.

C- Les jours fériés

Aux termes de l'article 81 alinéas du code de travail : « les jours fériés sont chômés et payés ».

¹¹ Article 89 du code du travail.

Il ajoute dans son alinéa 2 que la liste annuelle limitative des jours fériés et les jours ponts font l'objet d'un décret pris en début d'années. Ce sont en principe le jour de l'an, la journée mondiale de la femme, la commémoration du 29 mars, le lundi de paques, la fête du travail, l'Ascension, le lundi de pentecôtes, Noël...

CHAPITRE 4 : LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

En principe, le contrat de travail prend fin par la mise à retraite du travailleur, mais il peut avoir d'autre cas d'arrêt de ce contrat de travail.

Le décès du travailleur avant la fin de son contrat de travail relève de la prévoyance sociale.

Il s'agit ici de la rupture du contrat pour causes étrangères au décès éventuel du travailleur.

La résiliation du contrat doit être notifiée par écrit par la partie prenant la décision de rompre le contrat. La date de réception de cette notification marque le départ de la période préavis s'il y en a.

Le contrat de travail, quelle que soit sa nature, cesse avec le décès et la mise ou le départ à la retraite du salarié.

La rupture pour cause de décès du salarié confère à ses ayant droit le salaire de présence, l'allocation de congé, les indemnités de toute nature acquises par le travailleur à la date du décès, un mois de salaire minimum de la catégorie du salarié à titre de participation aux funéraires et dans certains cas une indemnité de licenciement (une année d'ancienneté) et les frais de transport du corps.

La cessation du contrat par la mise ou le départ à la retraite du salarié ne constitue ni une démission, ni un licenciement. Tous les travailleurs y compris les journaliers, ont droit à la retraite. L'âge de la retraite est celui fixé par le régime national d'affiliation en vigueur à Madagascar. Les relations de travail pourront néanmoins se poursuivre, d'accord parties

Au moment de son départ à la retraite, le salarié a droit à une indemnité spéciale dite de fin de carrière calculée sur les mêmes bases et suivant les mêmes règles que l'indemnité de licenciement.

Section 1 : La rupture d'un CDD

Un contrat à durée déterminée prend fin à l'arrivée du terme. Cette cessation n'a aucune exigence de formalités particulières, de délai de prévenance et sans indemnité sauf convention ou clause contraire. Toutefois, il arrive qu'une des parties veuille rompre le contrat avant terme.

L'article 17 du code du travail annonce que : « le CDD ne peut cesser avant terme par la volonté d'une seule des parties, que dans les cas prévus au contrat et dans les cas de faute lourde prévus dans le règlement intérieur ou, à défaut, laissés à l'appréciation de la juridiction compétente ».

Para 1 : La rupture anticipée d'un CDD

La rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée n'est possible qu'en cas de faute lourde, d'accord des parties constaté par écrit, ou de force majeure.

Le mécanisme de cette limitation ouvre droit à des dommages intérêts dont le montant est égal aux rémunérations à percevoir par le salarié jusqu'au terme du contrat ou au préjudice subi par l'employeur.

L'attribution de dommage intérêt au salarié n'exclut pas celle de l'indemnité de congé payés ainsi que la délivrance d'un certificat de travail.

Le contrat d'engagement à l'essai peut, à tout moment, cesser sans préavis par la volonté des parties.

Section 2 : La rupture d'un CDI

Le contrat à durée indéterminée peut normalement cesser par démission ou par licenciement.

Para 1 : La démission

La démission est la rupture du contrat à durée indéterminée par la volonté unilatérale du salarié. Elle n'est pas réglementée par le législateur. Mais la jurisprudence le soumet aux mêmes conditions que le licenciement. Elle peut être justifiée par une simple convenance personnelle.

La démission est l'acte unilatéral par lequel le salarié manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail.

A- Les caractères de la démission

La démission doit être claire et non équivoque, elle doit être libre c'est-à-dire exemptée de vis de consentement, elle doit être sérieuse.

Ainsi, ne constitue pas une démission certains comportements comme le retour tardif de congés payés, abandon de poste ; certaines réserves comme les manquements imputables.

Si un travailleur refuse une modification substantielle proposée par l'employeur, en l'occurrence l'affectation ou modification de fonction peut préférer démissionner. Cette rupture est considérée comme un licenciement abusif.

B- Les obligations du salarié

Le salarié qui décide de rompre le contrat doit signifier à l'employeur, verbalement ou par écrit, son intention de démissionner et doit attendre un certain temps appelé « préavis », avant de partir. La durée de ce préavis est variable selon l'ancienneté et le groupe professionnel.

Il doit notifier son employeur de sa décision écrite avec indication des motifs sur lesquels elle se fonde et la transmettre par tous les moyens probants à celle-ci. La date de réception de la

lettre de démission fixe le point de départ du préavis. La présentation de nouveau motif de rupture après la date de notification est irrecevable.

Toutefois, la démission ne doit pas être abusive, c'est à dire prise dans l'intention de nuire l'employeur. Toute démission à contretemps engagera la responsabilité du salarié. Enfin, un salarié inventeur qui rompt brusquement son contrat pour s'embaucher dans une entreprise concurrent, a agi dans l'intention de nuire à son employeur.

C- Les droits du salarié

Un salarié qui a décidé de rompre son contrat a droit après respect du délai du préavis, à son dernier salaire et aux indemnités de congé payé. Il a aussi droit à un certificat de travail.

Para 2 : Le licenciement

Comme nous l'avons dit ci-dessus, le contrat de travail à durée indéterminée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties. Si c'est l'employeur qui est à l'origine de la rupture, on parle de licenciement.

Le licenciement est un acte unilatéral par lequel l'employeur rompt le contrat à durée indéterminée. Autrement, c'est le droit pour l'employeur de rompre unilatéralement le contrat. Il peut avoir un motif personnel ou économique. Il peut également concerner les travailleurs protégés.

A- Le licenciement pour motif personnel ou professionnel

Le licenciement pour motif personnel ou licenciement ordinaire est celui fondé sur un motif inhérent à la personne du salarié tel que l'incapacité physique ou professionnelle, la perte de confiance, la faute ou encore toute autre circonstance pouvant se rattacher à la personne du salarié. Il s'agit de tout comportement ou défaut du travailleur incompatible avec le maintien du contrat de travail.

Ainsi, toute faute du travailleur, quelle que soit sa gravité, constitue un motif légitime de licenciement. L'employeur n'est pas obligé d'appliquer des sanctions disciplinaires moins graves que la rupture du contrat.

En droit de travail, on retient trois (3) catégories de fautes : d'abord, la faute simple dépourvue d'intention de nuire et de gravité. Ensuite, la faute grave caractérisée par l'absence d'intention de nuire et de la conscience du danger que représente l'acte, elle rend intolérable le maintien du contrat en raison de l'incapacité du travailleur, et enfin la faute lourde qui se définit comme celle qui cause un tel préjudice à l'entreprise qu'elle justifie la cessation immédiate des rapports de travail, afin d'éviter de prolonger les effets de la perturbations occasionnées.

Toutefois, le licenciement d'un salarié pour cause personnel doit suivre certaines formalités ou procédures.

1- Formalité ou procédures

L'article 22 du code du travail dispose que : « l'employeur envisageant de licencier un travailleur, en l'absence d'un conseil de discipline au sein de l'entreprise, doit respecter le droit à la défense de celui-ci, notamment par l'information écrite préalable de l'intéressé sur les motifs de licenciement, par la communication du dossier des faits reprochés s'il en fait la demande ainsi que par la présentation de ses moyens de défense et son assistance par une personne de son choix ».

Ainsi, pour licencier pour motif professionnel un salarié, l'employeur doit suivre ces formalités suivantes :

- Il doit notifier par écrit le travailleur des motifs de licenciement.
- Convoquer le travailleur pour un entretien préalable. En effet l'employeur convoque le salarié et s'entretient avec lui pour exposer les griefs et entendre sa défense. Le salarié peut être accompagné d'une personne de son choix à condition que ce soit quelqu'un de l'entreprise.

Si dans l'entreprise il y a un conseil de discipline, alors cette procédure d'entretien préalable est remplacée par le conseil de discipline. A défaut, il faut une procédure d'entretien préalable. Autrement, la procédure d'entretien préalable n'est plus obligée s'il y a une organisation du conseil de discipline.

Par ailleurs, il faut préciser dans la convocation le terme « licenciement » sous peine d'irrégularité en la forme de la procédure.

- Notifier le salarié de la décision de le licencier. En effet, si l'employeur décide tout de même de le congédier, il doit l'en aviser par une lettre recommandée avec accusé de réception ou verbalement devant témoin si l'ouvrier licencié est analphabète.

2- La procédure particulière

Elle concerne le licenciement des travailleurs protégés.

- Les travailleurs accidentés de travail : l'article 241 du code de la prévoyance sociale exige l'autorisation de l'inspecteur du travail pour éviter qu'il ne soit pas abusif.
- Les médecins des services médicaux interentreprises : leur licenciement nécessite une autorisation de l'inspecteur de travail.
- Les délégués du personnel et délégué syndical : l'article 156 du code du travail prévoit que : « tout licenciement d'un délégué du personnel envisagé par l'employeur doit être obligatoirement soumis à la décision de l'inspecteur du travail du ressort qui doit intervenir dans un délai de quarante-cinq (45) jours de la saisine. Passé ce délai, le silence de l'inspecteur du travail vaut autorisation de licenciement.

La même procédure est applicable au licenciement des anciens délégués du personnel pendant une durée de six (6) mois à partir de l'expiration de leur mandat, et des candidats aux fonctions de délégués du personnel dès le dépôt de candidatures et pendant une durée de trois (3) mois après scrutin ».

3- Les motifs de licenciement pour faute professionnelle

Ils se divisent en deux catégories

❖ Les fautes considérées comme fautes lourdes autorisant l'employeur à un licenciement immédiat sans préavis

- L'absence du salarié malgré le refus de permission
- Les absences répétées
- Les détournements de fonds au préjudice de l'employeur
- Les insultes et insubordinations répétées
- L'ivresse suivie des voies de faits pendant le service
- Les menaces à l'employeur devant le personnel
- Le vol d'outils
- Le refus d'obéissance
- Les fautes particulières spécifiées dans le contrat.

❖ Celles considérées comme valables mais qui ne dispensent pas l'employeur de la procédure normale :

- La perte de confiance de l'employeur vis-à-vis de son salarié
- Le désaccord entre employeur et le salarié, si celui-ci se ressent au niveau de l'ambiance du travail
- La mauvaise manière de servir
- Le refus de faire un surplus de travail alors que le temps ne manque pas

B- Le licenciement pour motif économique

Selon l'article 24, le licenciement pour motif économique est un licenciement provoqué par des difficultés économiques ou mutation technologique. Il peut être collectif ou individuel.

1- Procédure de licenciement pour motif économique collectif

L'employeur qui envisage un licenciement pour motif économique collectif (compression du personnel), doit d'abord consulter le comité d'entreprise ou à défaut le délégué du personnel sur la mesure projetée et leur fournir tout renseignement sur la situation financière

de l'entreprise, le plan de redressement projeté, la liste du personnel concerné par catégorie professionnelle, la priorité d'embauche, l'évolution de l'emploi dans l'entreprise.

Cette consultation doit être consignée dans un procès-verbal qui doit faire l'objet d'un affichage.

Dans les vingt (20) jours qui suivent cette consultation, le comité d'entreprise ou délégué se prononçant sur la mesure projetée et donne leur avis.

L'inspecteur de travail est saisi obligatoirement à la diligence de l'employeur qui doit joindre à sa demande le procès-verbal de consultation contenant l'avis du délégué du personnel ainsi que la liste des personnes touchées par la compression. Cette liste doit être établie en consultation avec le délégué du personnel en respectant par catégorie professionnelle un ordre de licenciement tenant en compte de l'ancienneté de service de l'entreprise, des valeurs professionnelles, compétence technique et conscience professionnelle, des charges de famille.

L'inspecteur du travail émet son avis dans les quinze (15) suivant la saisine. Passé ce délai, le silence de l'inspecteur de travail vaut acceptation.

Par ailleurs, toute décision de rupture de contrat de travail à la suite d'une réduction d'activité pour récession économique telle qu'une suppression de poste, chômage technique est assimilé à une compression de personnel et doit respecter les formalités prévues à l'article 25 du code du travail.

2- Le licenciement pour motif économique individuel

Le licenciement pour motif économique individuel est presque identique à celui du licenciement personnel.

Aux termes de l'article 27 du code du travail le licenciement individuel pour motif économique doit suivre la procédure de la notification de l'article 21 et celle de l'entretien préalable de l'article 22.

En effet, les difficultés économiques et la mutation technologique peuvent également entraîner des modifications substantielles du contrat individuel se traduisant soit par un licenciement, soit par une mutation.

Les modifications substantielles de clause de contrat pour motif économique doit être notifié par écrit au salarié lequel doit émettre son avis dans un délai de quinze (15) jours. S'il accepte les modifications proposées, le contrat continu à s'exécuter sur une nouvelle base. Son silence vaut acceptation. Toutefois, s'il refuse les novations proposées, la rupture du contrat est imputable à l'employeur et le salarié bénéficie des droits accordés aux travailleurs licenciés pour cause économique.

L'article 28 dispose que : « sauf dispositions plus favorable du contrat individuel ou des conventions collectives, tout travailleur licencié pour motif économique ou pour cessation d'activité de l'entreprise bénéficie d'une indemnité de licenciement calculée à raison de dix (10) jours de salaire par année de service, sans que le total puisse excéder six (06) mois de salaire.

Section 3 : Le préavis

C'est l'engagement que doit respecter l'employeur ou l'employé pour aviser l'autre partie de sa décision de rompre le contrat de travail.

La partie qui a l'initiative de mettre fin au contrat doit établir une lettre de préavis (ou une lettre de notification) de démission ou de licenciement, tout en expliquant les raisons de sa décision.

Seuls les contrats à durée indéterminée sont concernés car pour rappel l'engagement à l'essai peut être rompu à tout moment par l'une des parties sans avis préalable. Quant au contrat à durée déterminée, c'est la partie initiatrice qui devra verser une somme égale à la rémunération sur le reste de la durée initiale du contrat.

La période de préavis commence son décompte au moment de la notification de licenciement ou de démission.

Para 1 : La durée du préavis

La durée du préavis se calcule en fonction de l'ancienneté du travailleur dans l'entreprise ainsi que sa catégorie professionnelle.

Ancienneté selon Groupe professionnel	I	II	III	IV	V
Moins de 8 jours	1 jour	2 jours	3 jours	4 jours	5 jours
Moins de 3 mois	3 jours	8 jours	15 jours	1 mois	1 mois
Moins de 1 an	8 jours	15 jours	1 mois	1 mois ^{1/2}	3 mois
Plus de 1 an	10 jours	1 mois	1 mois ^{1/2}	2 mois ^{1/2}	4 mois
Plus de 3 ans	Augmentation de 2 jours par une année de service dans la limite totale mentionnée ci-dessus				
Plus de 5 ans	1 mois	1 mois ^{1/2}	2 mois	3 mois	6 mois

Para 2 : Les droits et obligations des parties

Durant la période de préavis, le travailleur a toujours droit à ses jours de congé et son salaire en plus de son temps de liberté d'une journée par semaine. Mais il a aussi l'obligation de toujours respecter le règlement intérieur, ainsi que d'exécuter le travail et d'agir selon les ordres du supérieur.

Quant à l'employeur, il a toujours le droit d'exiger l'exécution du travail par le salarié, d'exiger les heures supplémentaires, de sanctionner en cas de faute. Il a encore tous les droits qu'un employeur a en contrepartie de la rémunération due au salarié.

Toutefois, durant la période de préavis, l'employeur est tenu de mettre à la disposition du salarié une attestation d'emploi provisoire comme il est prévu à l'article 19 du code du travail. En revanche, l'obligation au préavis connaît des exceptions. En effet en cas de faute lourde, l'entretien préalable est obligatoire, mais le préavis n'est pas toujours. Ainsi l'article 18 alinéa 2 dispose que : « la rupture d'un CDI peut intervenir sans préavis en cas de faute lourde prévue dans le règlement intérieur ou, à défaut, laissé à l'appréciation de la juridiction compétente ».

Selon la jurisprudence, la faute lourde peut révéler une intention de nuire à son employeur ou à son entreprise. Elle constitue une infraction ou attitude fautive équivalente au dol tel qu'abus de confiance, vol, ivresse manifeste sur le lieu de travail, falsification des documents...¹².

Pour l'engagement à l'essai, les parties peuvent mettre fin à leur contrat sans préavis.

Enfin aux termes des articles 97 et 98 du code du travail toute femme enceinte dont l'incapacité à travailler est constaté médicalement peut quitter le travail sans préavis et sans avoir de ce fait à payer une indemnité de rupture de contrat. Pendant une période de 15 mois à compter de la naissance de l'enfant, la mère peut rompre son contrat sans préavis, sans être obligé de payer une indemnité de rupture.

Para 3 : Règle de calcul de l'indemnité de préavis

En cas de non-respect de la période de préavis, la partie responsable de la rupture du contrat devra verser une indemnité compensatrice de préavis.

❖ Si le travailleur perçoit un salaire mensuel

$$\text{Ind}^{\text{té}} \text{ de préavis} = \sum \frac{(\text{rémunération du dernier mois})}{30} * \text{nbre de jours du préavis}$$

❖ Si le travailleur perçoit un salaire à la pièce, à la tâche ou salaire variable

$$\text{Ind}^{\text{té}} \text{ de préavis} = \sum \frac{(\text{rémunération perçu au cours de 2 dernier mois})}{2*30} * \text{nbre de jours du préavis}$$

¹² Cass soc, 29 novembre 90, D. soc 1991 p.105 note G. Couturier.

Titre 2 : La protection des créations informatiques

Les nouvelles technologies de l'information suscitent l'apparition de nouvelles créations que le droit existant des années 70 ne permettait pas d'appréhender clairement. Il s'agit du logiciel, de la base des données et des œuvres multimédia. Ces créations font en outre l'objet d'une protection particulière. En effet étant des œuvres d'esprit, ces créations font partie des propriétés intellectuelles et sont ainsi soumises à une protection par la loi. De plus, étant un bien qui fait partie du patrimoine de son créateur, ces créations confèrent à son créateur l'usus, l'abusus et le fructus.

Chapitre 1 : La propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle est l'ensemble des droits exclusifs accordés sur les créations intellectuelles à l'auteur ou à l'ayant droit d'une œuvre d'esprit. Selon l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ou OMPI, « *la propriété intellectuelle désigne les créations de l'esprit, à savoir les inventions, les œuvres littéraires et artistiques et les symboles, noms, images et dessins et modèles utilisés dans le commerce* ». L'INPI ajoute que la « *propriété intellectuelle sert à protéger les créations intellectuelles. Elles récompense l'effort des innovateurs en leur donnant des droits, leur permettant de diffuser leur créations dans la société en les faisant fructifier, grâce à un monopole d'exploitation pour une période déterminée* ».

C'est une protection et un moyen d'agir contre les contrefacteurs, les pratiques déloyales, les « pirates », mais c'est également un moyen de valoriser les créations, un moyen d'enrichir le capital puisque la protection de la création stimule les innovations et la recherche.

La particularité du logiciel par rapport aux autres biens est qu'il n'est pas matériel : il peut être copié et se diffuser à l'identique très facilement. C'est pourquoi celui qui possède un logiciel ne le vend pas à ses clients : il vend des licences d'utilisation uniquement.

Jusqu'au XVII^e siècle, la copie n'était pratiquement pas envisageable car les productions étaient artisanales et les objets uniques. Il était donc difficile de reproduire une création dans la mesure où les procédés de fabrication n'étaient pas connus de tous et propres à l'artisan.

Mais à partir du XVIII^e siècle, avec l'avènement de l'industrie et la standardisation, le plan de réalisation a pris plus d'importance que les techniques de fabrication. Il a donc fallu mettre en place des protections contre la copie, qui risquait de ralentir le développement. Des règles ont donc été édictées pour protéger les investisseurs : qu'ils puissent conserver le monopole de leur création un temps pour en vendre suffisamment de façon à obéir aux impératifs de rentabilité.

Cependant ce monopole n'était que temporaire pour ne pas déséquilibrer le marché et permettre de nouveaux développements. Pour que le produit puisse espérer une protection, il faut qu'il soit original, nouveau, qu'il soit industrialisable.

La protection de la propriété intellectuelle comporte deux branches : la propriété littéraire et artistique d'une part, qui s'applique aux œuvres de l'esprit composées du droit d'auteur et la propriété industrielle qui regroupe les créations utilitaires comme le brevet d'invention et la protection des bases de données d'autre part.

Section 1 : Le droit d'auteur

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n°94-036 du 18 septembre 1995 portant sur la protection de la propriété littéraire et artistique : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* ».

Para 1 : Le contenu du droit d'auteur

Le droit d'auteur est un droit qui protège les œuvres littéraires, les créations musicales, graphiques et plastiques, les logiciels, les créations d'arts et de mode. L'article 5 de la loi précitée donne une liste très longue de ce qu'on entend par œuvre de l'esprit en matière de propriété littéraire et artistique.

Déoulant de la propriété littéraire et artistique, le droit d'auteur protège la forme mais pas l'idée, et ce pour préserver la création. Le droit d'auteur est moins protecteur, mais beaucoup moins formaliste. En effet, il suffit qu'il y ait eu diffusion de la création pour que le droit d'auteur s'applique automatiquement.

En outre, la convention de Munich de 1973 a donné réforme à la protection du logiciel. En effet, dans les années 70, ce bien n'était pas protégeables par le droit des brevets. Il a fallu se tourner vers la protection littéraire et artistique pour donner une protection qui s'accordait mieux dans la mesure où les logiciels étaient écrits. Elle protège celui qui crée un logiciel contre des reproductions à l'identique ou très proche.

Par ailleurs, une règle spécifique a été apportée par les législateurs français en 1958. Elle concerne la dévolution des droits d'auteurs. En effet, lorsque le logiciel est créé par un salarié dans l'entreprise, il sera effectué une dérogation à la rémunération proportionnelle. Cependant, pour un logiciel, il est conseillé de déposer les sources auprès de l'OMDA (code source, mais aussi les spécifications, le cahier de charge, etc.).

D'une manière générale, le droit d'auteur est l'ensemble des prérogatives exclusives dont dispose un créateur sur son œuvre de l'esprit originale. Il se compose d'un droit moral et de droits patrimoniaux.

I- Les droits moraux

Les droits moraux sont essentiellement liés à la personnalité de l'auteur et regroupent le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, le droit de décider du moment et des modalités de sa publication (droit de divulgation), le droit de s'opposer à toute déformation ou mutilation de l'œuvre (droit au respect de l'œuvre), le droit de s'opposer à toute utilisation pouvant porter atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur.

En droit français, ils comportent également le « droit de retrait et de repentir », c'est-à-dire qu'un auteur a le droit de demander à ce que son œuvre soit retirée de la circulation en échange d'une compensation des personnes engagées dans sa distribution, qui jouissent par ailleurs d'un droit de priorité en cas de remise en circulation de ladite œuvre.

Contrairement aux droits patrimoniaux, ces droits moraux sont inaliénables, perpétuels et imprescriptible : un auteur ne peut pas les céder, ils n'expirent pas et il est impossible d'y renoncer. En outre, ces œuvres ne peuvent être utilisées par les tiers qu'avec l'autorisation de l'auteur.

En droit informatique, le seul droit moral qui revient à l'auteur est de voir son nom inscrit dans son programme.

II- Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux permettent à l'auteur d'être rémunéré pour chaque utilisation de son œuvre. Ils comprennent le droit d'exploitation de l'œuvre sous forme matérielle ou immatérielle notamment par représentation, reproduction, distribution et exposition au public.

Ils ne sont accordés que pour une durée limitée qui varie selon les pays et la nature de l'œuvre. A l'issue de la durée de protection, l'œuvre entre dans le domaine public et peut être librement utilisée par tous. Le droit d'auteur donne le choix exclusif des modalités de publication, reproduction, adaptation et traduction de ses œuvres pour un temps donné. Son rôle fondamental est en effet de permettre à l'auteur, s'il le souhaite, d'obtenir une rémunération pour son travail en le protégeant de la copie non autorisée de ses œuvres, notamment du piratage. La durée de droits patrimoniaux est fixée à 70 ans après la mort de l'auteur. Ce délai est de 25 ans à compter de leur création pour les logiciels.

Para 2 : Les exceptions au droit d'auteur

Les articles 43 et suivant de la loi pose des exceptions et dispose que l'œuvre licitement divulguée peut être utilisée sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur pour l'usage privé de l'œuvre par l'utilisateur, les représentations privées et gratuits effectuées exclusivement dans le cercle de famille les représentations lors des cérémonies officielles et religieuses, les représentations dans le cadre d'activités non lucrative d'établissements d'enseignement ; les analyses et courtes citations.

Le code de propriété intellectuelle français n'autorise, aux termes des paragraphes 2 et 3 de l'article L. 122-5, que les « *copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* », et d'autre part, sous réserve de mentionner les noms de l'auteur et de la source, que les « *analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information* ».

Ainsi, toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayants cause, est illicite. Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon.

Par ailleurs, les droits d'auteurs ne sont pas exclusifs. En effet, certains atteints au droit peuvent être tolérés. En outre, il n'y a plus de droits patrimoniaux après 70 ans suivant la mort de l'auteur. On parle de l'épuisement du droit. L'œuvre tombe dans le domaine public. De plus, le droit de citation déroge à ce principe du droit d'auteur. En effet, on peut librement citer des passages de l'œuvre, tant que le nom de celui-ci est spécifié près de la citation. Et enfin, le droit

d'observation et d'analyse constitue une atteinte à ce droit. Il est possible d'étudier le logiciel, la façon dont il est fait, ses fonctionnalités, et on peut même aller jusqu'à la décompilation dans certains cas bien précis : posséder une licence d'utilisation légale et avoir pour objectif la maintenance ou la pérennité du logiciel sauf mention contraire de la part de l'auteur.

En revanche lorsque le droit d'auteur est bafoué ou lorsque les droits moraux et patrimoniaux des auteurs ne sont respectés, on parle de contrefaçon. Aussi, le contrevenant s'expose à des sanctions tant pénales que civiles. En outre, on dit qu'il y a contrefaçon dès lors qu'il y a suffisamment de points de ressemblance entre le logiciel et sa contrefaçon. Notons qu'ici, ce sont les points de ressemblance de la contrefaçon qui compte et non les différences. En effet, mettre en avant les différences ne peut en aucun cas masquer l'existence de ressemblances flagrante. On matérialise la contrefaçon par des preuves acceptables mettant en évidence cette ressemblance.

En ce qui concerne le logiciel, le titulaire des droits d'auteur est la personne morale qui divulgue le logiciel lorsqu'il est créé au sein d'une entreprise. En effet, elle a la présomption de la paternité de ce logiciel jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, lorsqu'un salarié crée un logiciel dans son lieu de travail, pendant ses heures de travail, avec le matériel et des outils appartenant à l'entreprise et dans un domaine du ressort de l'entreprise, il ne peut pas revendiquer la possession du logiciel. Dans le cas contraire, c'est-à-dire que le salarié a développé le logiciel hors de l'entreprise, hors de ses heures de travail, avec des matériels et outils n'appartenant pas à l'entreprise et dans un domaine qui n'est pas du ressort de l'entreprise, il peut revendiquer la possession de son bien.

Toutefois, lorsque c'est un particulier qui divulgue le logiciel, il a la paternité du logiciel. Dans le cas d'une œuvre collective, c'est le premier qui divulgue qui bénéficie la paternité du logiciel, de ce fait les droits qui vont avec, si non les droits peuvent être partagés par contrat. Ainsi, toutes les décisions concernant le bien sera prise à l'unanimité. En fin dans le cas d'une œuvre de collaboration, c'est le chef, meneur du groupe qui a la paternité du logiciel.

Enfin, en ce qui concerne le graphisme, les couleurs, les formes d'un logiciel, ils peuvent faire l'objet d'une protection dans le cadre de la protection des propriétés industrielles. De plus on peut déposer un nom qui fait l'objet d'une protection par la protection des marques.

Section 2 : Le copyright

Le copyright ou le droit de copie est le concept équivalent au droit d'auteur appliqué par les pays du Common Law. Le copyright s'attache plus à la protection des droits commerciaux qu'à celle du droit moral. A partir du moment qu'on parle de droit d'auteur, on pense à l'existence de ce droit moral qui est plus important dans le droit d'auteur. Ce droit moral n'existe pas dans le copyright. Par conséquent, dans les pays qui appliquent le droit Romano-Germanique, le copyright ne devrait pas exister. Toutefois, depuis l'adhésion de 165 pays à la Convention de Berne sur le droit d'auteur, le droit d'auteur et le copyright sont en grande partie harmonisés, et l'enregistrement de l'œuvre auprès d'un organisme agréé n'est en général plus nécessaire pour bénéficier d'une protection juridique.

Avec la signature de la Convention de Berne en 1989, les Etats-Unis reconnaissent une dimension morale au copyright. Ces droits sont d'ailleurs encore sévèrement critiqués par les éditeurs américains, qui estiment qu'ils limitent abusivement la capacité des auteurs et des éditeurs à contracter librement et font peser un risque sur toute entreprise d'édition.

Chapitre 2 : La propriété industrielle

Les diverses formes de propriété intellectuelle sont mises en place en mettant en avant une volonté de favoriser le progrès technologique et l'émergence d'œuvre nouvelle. Cependant la conception étant cumulative, une nouvelle technologie n'est possible que grâce aux innovations qui l'ont précédée, une découverte scientifique s'appuie sur les découvertes précédentes. Selon les termes de Newton : « *if I have seen further ; than certain other man ; it is by standing upon the shoulders of giants* ». Protéger la propriété industrielle peut avoir des effets considérables pour le développement d'un Etat : elle stimule la recherche, en garantissant au chercheur que le fruit de son travail lui reviendra, car quiconque voudra en profiter lui devra quelque chose, elle permet d'accélérer et spécialiser les recherches, car seul le premier à déposer une invention pourra se faire reconnaître sa propriété intellectuelle ; il est donc essentiel de travailler le plus vite possible, et de le faire dans un domaine où le risque de se faire dépasser par un concurrent est aussi faible que possible, elle sert à obliger, à diversifier les voies de recherche, lorsqu'un concurrent bloque déjà une voie plus évidente, ce qui est plus coûteux mais peut ouvrir de nouvelles pistes ; elle permet de consommer des ressources communes pour identifier les découvertes qui méritent la protection de celle qui ne la méritent pas, éventuellement pour déterminer à quel type ou degré de propriété ou niveau de rémunération elles donnent droit, en fonction de l'importance de leur conception puis pour faire respecter la propriété.

A Madagascar, la propriété industrielle est régie par l'Ordonnance n° 89-019 du 31 juillet 1989 et le décret 92-93 du 2 décembre 1992. Ainsi, en matière de droit de l'informatique on va étudier les principales propriétés qui font l'objet de protection à savoir le brevet et les bases de données. La protection de cette dernière n'existe pas encore à Madagascar mais du fait de l'évolution du droit moderne, il est important de l'étudier.

Section 1 : Le brevet

Le brevet protège une invention technique qui apporte une évolution ou une nouvelle solution à un problème technique posé. Le premier brevet industriel aurait été attribué en 1421 à l'architecte et ingénieur italien Filippo Brunelleschi, pour une invention dans le domaine de la manutention de marchandises destinées en transport par bateau. Le Porta Venezia marque en 1474 la première véritable apparition du droit de la propriété intellectuelle au sens moderne en matière de brevet d'invention. On ne protège pas une idée mais les moyens techniques pour la concrétiser.

Para 1 : La notion de brevet

Le brevet est un titre de propriété industrielle qui confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation sur l'invention brevetée, durant une durée limitée et sur un territoire déterminé. En contrepartie, l'invention doit être divulguée au public. Le but du brevet est d'éviter le recours

au secret industriel : l'inventeur garde alors le secret absolu de son invention et dispose d'un monopole aussi longtemps qu'un concurrent n'aboutit pas à la même invention. Par rapport au secret industriel, le brevet permet donc au demandeur de se protéger contre l'exploitation de la même invention par un tiers en échange de la divulgation de cette invention.

Le brevet représente donc un mode d'arbitrage : le monopole temporaire accordé à son titulaire lui fournit les incitations nécessaires à l'innovation, tandis que l'obligation de divulgation préserve la capacité de la société à tirer rapidement parti de l'invention brevetée. Le monopole est conféré par la loi et la reproduction de l'invention en vue de son exploitation par un tiers, non autorisé par le titulaire du brevet, constitue une contrefaçon. Les termes essentiels du brevet sont alors sa durée, sa portée technique (à partir de quel moment une réalisation proche de l'invention est-elle contrefaisante) et sa portée territoriale (sur quel territoire géographique une réalisation reproduisant l'invention constitue-t-elle une contrefaçon).

C'est le consentement du titulaire qui permet à l'invention, que le brevet protège, d'être réalisée, utilisée, et vendue. En cas de litiges, les tribunaux peuvent faire interrompre les atteintes aux brevets mais aussi rendre nul un brevet contesté par un tiers.

Afin d'accroître la portée territoriale d'un brevet, le déposant peut, par la voie PCT (Patent Cooperation Treaty, ou traité de coopération sur les brevets) faire une demande de brevets applicable dans plusieurs des 142 pays signataires de ce traité. La démarche pour le dépôt de brevets sur différents marchés est donc simplifiée.

Par ailleurs, pour les programmes informatiques, leur protection par le droit des brevets se trouve débattue. En effet, le brevet offre une protection très forte, car il assure le monopole de production et d'exploitation de la totalité des composantes du produit (exemple la moindre ligne de code source est protégée et ne peut être réutilisée). Aussi, la protection du logiciel par le droit du brevet gênera le développement de nouvelles créations en freinant l'innovation.

Para 2 : Les critères juridiques d'un brevet

Afin d'obtenir un brevet, il faut déposer une demande de brevet auprès de l'office compétent. A Madagascar c'est l'OMAPI, qui vérifiera par la suite la brevetabilité de l'invention. Cette dernière est composée de titre de l'invention, du domaine technique qui y est rattaché et d'une description permettant à un tiers son utilisation ou sa reproduction. Souvent, les illustrations en facilitent la compréhension. Enfin, y figurent aussi des informations définissant l'étendue de la protection confiée au brevet : revendications.

Les modalités de durée, de portée technique et de portée géographique sont définies par le législateur, qui définit également les conditions d'obtention et d'exercice d'un brevet. A Madagascar, la protection a une valeur nationale et durera 20 ans (15 ans plus 5 ans de renouvellement ou extension). La durée dépend du pays mais la protection varie entre 15 et 25 ans. Il est à signaler que le brevet protège une solution technique à un problème technique, pas une simple idée. Le demandeur doit décrire l'invention de manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse reproduire l'invention à la lecture du brevet.

La prétendue invention doit ensuite respecter trois critères essentiels :

- 1- La **nouveauté** : l'invention ne doit pas avoir été antérieurement divulguée au public par quelque moyen que ce soit, en quelque lieu que ce soit. Art. 5-

1 : « *l'invention est nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique, l'état de la technique étant constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public, en tout lieu et en tout temps par une description écrite ou orale, un usage ou un tout autre moyen, avant la date de dépôt de la demande de brevet ou la date de priorité valablement revendiquée par elle* ».

2- L'**inventivité** : une personne compétente dans le domaine considéré ne doit pas arriver automatiquement à la solution technique pour laquelle le brevet est demandé lorsque cette personne est confrontée au problème technique résolu par l'invention, ce problème technique étant exprimé en référence à l'état de la technique à la date de l'invention. Art. 6 : « *pour présenter une activité inventive, une invention ne doit découler manifestement, ni de l'état de la technique, ni de la compétence normale de l'homme du métier, soit dans les moyens, l'application, la combinaison des moyens ou le produit qui en fait l'objet, soit dans le résultat industriel qu'elle procure* ».

3- L'**applicabilité** : l'invention doit pouvoir faire l'objet d'une application industrielle, c'est-à-dire qu'elle doit revêtir un caractère technique. Art.7 : « *une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si elle se prête à fabrication ou à utilisation dans tout genre d'industrie* ».

L'obtention et la conservation du monopole conféré par le brevet s'accompagne du paiement de taxes auprès de l'OMAPI.

Quelques pays dont Madagascar ont créé des « modèles d'utilité » (aussi dits « petits brevet » ou certificat d'utilité), formule apparentées au brevet, mais plus souples et plus facilement et rapidement obtenues. Ils sont selon l'OMPI « *un droit exclusif octroyé pour une invention et qui permet au titulaire du droit d'empêcher l'utilisation commerciale de l'invention protégée par des tiers, sans son autorisation, pendant une période limitée* ». La durée de protection est plus courte que pour un brevet, généralement 7 à 10 ans sans extension ou renouvellement possibles. Ils couvrent souvent des solutions mécaniques améliorées ou complémentaires et/ou ne remplissant pas ou peu les critères de brevetabilité ; l'activité inventive de l'auteur ou la « no-évidence » sont ici des critères moins importants que pour les brevets et parfois inexistants. Certains pays les limitent à quelques domaines techniques et à des produits.

Section 2 : Les bases de données

Les bases de données en Europe possèdent leur propre protection juridique, depuis la directive européenne du 11 mars 1996. Cette protection a la caractéristique d'être double. Les bases de données sont protégées d'une part comme œuvre d'esprit, par le droit d'auteur, et d'autre part comme bien informationnel d'un genre nouveau, par le droit *sui generis* du producteur de la base de données.

Para 1 : Définition

Par base de données, on entend ici tout un recueil d'information, sous forme électronique ou non (à l'exception du moteur logiciel, si la base est sous forme électronique), accessibles individuellement. Cette définition très large couvre aussi bien en pratique les banques de données que des sites internet par exemple.

Les bases ou banques de données, data bases, sont une compilation d'informations spécialisées par un secteur économique, culturel...stockées sur un serveur et accessible par ordinateur éventuellement à distance par le grand public. Les sites web sont une collection de telles bases.

Para 2 : La protection

Les jurisprudences avaient été extrêmement hésitantes sur la protection des bases de données. En effet, certaines décisions estimaient qu'il fallait la protéger (C.cass 1983, MICROFORM ; CE 1996 relativement à l'INSEE), d'autres la refusait (C.cass, COPROSA, Cour Suprême des USA 1991, FIEST v/ Rural Téléphone). Aussi, une directive de 1996 met en place au niveau du producteur d'une base de données et reconnaît un droit sui generis au profit du producteur ayant effectué un investissement significatif et se plaignant d'un détournement substantiel.

En outre, les bases de données font l'objet de deux protections :

La première protection, conformément à la philosophie du droit d'auteur, concerne uniquement la forme de la base, son architecture, et est conditionnée comme pour tout autre œuvre par une condition d'originalité. La base doit avoir un choix d'indexage original pour être protégée par le droit d'auteur.

La deuxième protection, spécifique aux bases de données, concerne la matière contenue par la base. Le droit sui generis est rangé dans la catégorie des droits voisins du droit d'auteur, droit de propriété incorporelle ad hoc, donnant des prérogatives patrimoniales au producteur de la base. Mais comme pour le droit d'auteur, l'exercice du droit est attaché à une condition. Ici, il ne s'agit pas d'originalité, mais de valeur économique : la base doit avoir été l'objet d'un investissement qualitativement ou quantitativement substantiel. Le producteur de la base de données peut donc interdire à tout utilisateur l'extraction d'éléments quantitativement ou qualitativement substantiel de la base, ou l'extraction systématique de celle-ci.

La protection vaut 15 ans. Certaines exceptions sont prévues pour les utilisateurs légitimes. La théorie de droit commercial des facilités essentielles s'applique aussi et limite largement la portée du droit dans la situation où le producteur de la base serait dans une situation de monopole de fait.

A noter qu'il est indifférent que la base soit publique ou non. Les données publiques restent publiques et sont libres de droit ; mais ce qui est protégé est leur assemblage en un schéma particulier, selon l'idée que le tout vaut plus que la somme des composants. Ainsi, n'importe qui par exemple pourrait construire et commercialiser sa propre base de données d'annuaire téléphonique. En revanche, personne n'aurait le droit de simplement « copier-coller » les pages jaunes.

Chapitre 2 : Le contrat informatique

Une convention est un accord de volonté dont l'objectif est de produire des effets de droit. De même, un contrat est une sorte de convention. Il est défini à l'article 1101 du code civil comme étant « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* », ainsi, l'article 63 al. 1er de la LTGO définit le contrat comme une « *convention qui naît de l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes* ».

De plus, l'article 1108 du code civil prévoit quatre conditions pour la validité d'un contrat à savoir le consentement des parties, la capacité à contracter, l'objet et la cause du contrat. Aussi, le contrat informatique a pour objet les créations informatiques.

Un contrat informatique est une convention passée entre un fournisseur des œuvres informatiques d'un côté et l'utilisateur de l'autre côté.

En tant que tel, le contrat informatique appartient à la catégorie des contrats sui generis. Il est très difficile, sauf cas particulier, d'identifier une situation concrète à un contrat nommé. Pour régler les conflits, le recours aux principes généraux des obligations s'est imposé. Par ce biais, un nombre croissant d'obligations préalables à l'échange des consentements a modulé le droit contractuel de l'informatique. L'information d'un département ou d'une entreprise est une opération complexe. Il faut coordonner la définition du matériel avec les besoins, préparer les logiciels ou programmes, agencer l'ensemble en tenant compte des problèmes d'environnement technique et humain.

Ce cumul de tâches a rapproché le contrat informatique des conceptions propres à l'engineering. La commercialisation des produits informatiques entre soit dans la catégorie des contrats de vente, soit dans la catégorie des prestations de services. Cette division est fondamentale dans la mesure où en droit contractuel, il n'existe pas de vente de biens et services, malgré la généralisation de ce vocable. Le régime des biens vendus n'obéit pas aux prescriptions imposées par le contrat de prestations de services, même lorsqu'il fait l'objet d'une cession.

Or « un ordinateur pour lequel un constructeur ne commercialiserait pas de système d'exploitation ne pourra être utilisé ». Ainsi en pratique il n'y a jamais de livraison de « machines brutes ». Toute opération de commercialisation fait intervenir un contrat de vente et un contrat de prestations de services.

Par ailleurs, les contrats informatiques ont pris une importance grandissante avec le développement de la technologie et s'imprègnent d'une relative technicité, mais relèvent pour l'essentiel du droit des contrats et des règles propres à chaque catégorie particulière de contrat.

Para 1 : La soumission des contrats informatiques au droit commun des contrats

Comme les autres contrats, ceux portant sur la fourniture de prestation informatiques sont soumis à la loi sur la théorie générale des obligations. Ce droit commun gouverne la formation et l'exécution du contrat.

I- La phase pré-contractuelle

A- Position du problème

Comme toute organisation contractuelle, la mise en place d'une opération informatique est précédée d'une phase pré-contractuelle. La distinction entre les deux phases apparaît prépondérante. Elle permettra de distinguer la zone de tractation de la zone de transaction. Le contrat ou les documents contractuels constituent la cheville ouvrière entre les différentes parties. Toutefois, en cas de difficulté d'interprétation ou d'exécution, la phase pré-contractuelle pourra servir de référence.

En matière de produit à haute technicité, le vendeur devient ingénieur technico-commercial. Son intervention est prépondérante dans la préparation de l'acte d'achat. En dernier instance, la vente sera conclue si le vendeur ratifie l'anticipation de l'acheteur en affirmant l'adéquation du produit aux fins recherchées par ce dernier.

Dans cette phase, le vendeur et le prestataire de services ont un discours à parité avec celui de l'utilisateur. L'ensemble des partenaires posent les solutions économiques recherchées comme principe directeur de l'acte informatique.

Seulement la traduction juridique des contraintes techniques est toute différente. Deux ou plusieurs contrats cernent respectivement les problèmes spécifiques aux produits et les particularités propres aux services. De plus, les solutions recherchées ne sont plus formulées dans le cadre contractuel juridique. Les contrats se cantonnent à formuler une suite d'énonciations techniques.

Cette ambiguïté est accentuée par la terminologie retenue. La pratique professionnelle a généralisé les termes de vente de biens et services. Or cet amalgame est un non-sens juridique. En effet, le régime défini par les articles 1582 et suivant du code civil n'est pas à même de normaliser les prestations de service.

Saisie de ces difficultés d'interprétation, les tribunaux ont essayé d'enrayer les différents effets pervers en imposant :

- A l'utilisateur d'exprimer ses besoins ;
- Et aux vendeurs-prestataires le respect d'obligation de conseil et de mise en garde.

B- L'expression des besoins

Nombreux sont les contentieux dans lesquels le conflit porte sur l'inadéquation des éléments techniques formulés aux besoins de l'utilisateur.

De manière très nette, la jurisprudence impose à l'utilisateur de définir clairement les problèmes qu'il souhaite résoudre en s'informatisant. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a énoncé qu'il appartient à l'utilisateur de fixer les objectifs à atteindre et il lui incombe de demander des explications s'il estime incomplètement renseigner sur les contraintes inhérentes à l'utilisation du matériel qu'il envisage d'acquérir.

Cette obligation a priori n'exige pas que l'expression des besoins soit exclusivement l'œuvre du client. Toutefois, en cas de réalisation d'une étude d'expression des besoins opérés par le fournisseur, le choix en dernier ressort incombe à l'utilisateur il n'y a pas de transfert de

responsabilité à ce titre. Le tribunal de commerce de Paris dans un attendu confirmé par la Cour, a retenu l'entière responsabilité de l'opération à l'encontre de l'utilisateur dans la mesure où ce dernier avait accepté en connaissance de cause l'avant-projet et le cahier des charges établi par le fournisseur.

Une méthode appropriée pour opérer le descriptif des solutions recherchées consiste à rédiger un cahier des charges. A partir de ce cahier des charges, le fournisseur pourra proposer une solution compatible avec l'ensemble des contraintes. Il est difficile de rédiger un cahier des charges type pour l'ensemble des applications informatiques. Cependant, un noyau stable de clause peut être dégagé. Pour cela, il convient de distinguer trois parties :

1- Définition des principes et des objectifs

Cette introduction fournira aux vendeurs et aux prestataires la situation globale du processus informatique. En cas de silence ou de difficulté d'interprétation, le report à ce paragraphe permettra la mise en exergue de l'effet global attendu.

2- Les solutions opératoires

Prenant le contre-pied des cahiers des charges se limitant à une suite de matériels ou à une liste de spécifications programme, l'utilisateur devra traduire les objectifs généraux en actions opératoires concrètes. Au descriptif technique, doit être substituée une nomenclature fonctionnelle.

3- Les éléments techniques

Ayant un caractère indicatif, les éléments techniques n'ont qu'une vocation de « dimensionnement » du processus informatisé. Par exemple, le nombre et type de transactions, vitesse de traitement, temps de réponses des exécutions, environnement des terminaux.

Ce cahier des charges externes forme la base de l'appel d'offre. La formulation des données techniques correspondant aux fonctions exprimées se faisant sous la responsabilité du vendeur ou du prestataire. Ainsi, comme le souligne M. ERTUSET « la seule façon de réussir son appel d'offre est d'arriver à se rendre indépendant du matériel ».

Naturellement le fournisseur ne peut prétendre à un dégagement total de sa responsabilité en cas de mauvaise définition des besoins. En effet, ce dernier doit assurer une obligation d'information et de conseil, véritable aide à la réalisation du cahier de charges. En matière contractuelle, un devoir de loyauté, qui a été sanctionné s'impose à l'ensemble des partenaires.

De nombreuses sociétés ont été condamnées pour silence dolosif lorsqu'elles se sont abstenues :

- D'aider l'utilisateur à définir ses contraintes ;
- De révéler l'inadéquation de leur matériel ou de leur programme à telles ou telles solutions énoncées par l'utilisateur.

Le cahier de charges n'est qu'une forme achevée de l'expression des besoins. Il correspond à une condition suffisante mais non nécessaire. Tout autre mode est recevable. De

plus si le fournisseur disposait de la connaissance préalable des besoins du client, la jurisprudence conclut très légitimement que ce dernier est dispensé de la rédaction d'un quelconque cahier de charges. Lorsque le constructeur propose une évaluation de la structure informatique antérieure qu'il a lui-même réalisée, il lui incombe de cerner les besoins nouveaux du client. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Toulouse en énonçant « qu'il ne peut être fait (...) de reproche au défendeur au niveau de la définition de leurs besoins alors que ceux-ci ont pu être entièrement appréhendés et analysés parfaitement par RUF (fournisseur) lors de la première expérience ».

C- L'obligation de mise en garde

Compte tenu des dangers, le fournisseur doit mettre en garde son co-contractant sur les risques d'information. Cataloguer dans la catégorie « produits dangereux » l'informatique impose aux vendeurs et aux prestataires des modalités de commercialisation particulières.

A été jugé que « le vendeur d'un logiciel informatique aurait dû dissuader l'utilisateur alors qu'il n'était pas assisté d'un spécialiste informatique de mettre en route un procédé mixte, informatique et manuel, en plein activité saisonnière et ce, compte tenu des difficultés et des retards de programmations prévisibles ».

Prenant en compte cette obligation, véritable frein à la vente, la société IBM indique en gros caractères dans ses contrats : « il est rappelé que le succès d'un projet d'informatique dans une entreprise ne dépend pas seulement de la qualité du matériel, du logiciel et des services utilisés, mais aussi de facteurs échappant au contrôle d'IBM, tel que les structures de l'entreprise, les méthodes de travail et la qualification du personnel ».

La technique informatique étant une construction logique rigoureuse, une même rigueur doit se retrouver dans les structures de l'entreprise, dans les méthodes de travail et dans la qualification du personnel sous peine d'entraîner de graves mécomptes ; il en résulte en particulier que la période de démarrage est spécialement délicate et que le client doit la préparer soigneusement.

Simplement, il peut paraître un peu surprenant de voir les parties définir cette obligation à posteriori c'est-à-dire lors de la conclusion du contrat définitif, des relations pré-contractuelles exercées antérieurement à la ratification des clauses supposant les régir à cette époque.

II- Formation des contrats informatiques

Elle est soumise aux règles classiques gouvernant la validité des contrats. Ces règles sont les règles relatives au consentement, à la capacité, à l'objet et à la cause.

A- Le consentement

Le contrat n'est valable que si les parties ont voulu s'engager. Que cette volonté soit intégrale c'est-à-dire libre et éclairée. Elle peut être exprimée par la parole, par écrit ou par un geste. Elle peut être tacite (ex : chauffeur de taxi qui se met en stationnement manifeste sa volonté de conclure un contrat transport avec le premier client qui se présente). Le consentement doit exister suppose un échange de volonté des contractants, et il doit être intégral.

B- La capacité de contracter

La capacité est l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer. Aux termes de l'article 65 de la LTGO : « *toute personne peut valablement contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi* ».

La loi prévoit deux types de capacité : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

La capacité de jouissance est l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation. La personne titulaire de cette capacité ne peut donc passer que des contrats dont l'objet porte sur ces propres droits.

Ex : le propriétaire d'un immeuble loué ne peut pas jouir de l'usage de ce bien mais en récolter le fruit.

Quant à la capacité d'exercice c'est l'aptitude à faire valoir par soi-même et seul un droit dont on est titulaire sans avoir besoin d'être représenté ou assister. La personne peut conclure un contrat lui-même sans être représenté ou assisté.

C- L'objet du contrat

L'article 64 de la LTGO exige que le contrat, pour être valable, doive porter sur un objet certain. En un sens matériel, l'objet du contrat est la chose relativement à laquelle le contrat est conclu.

Ex : la vente d'un immeuble a pour objet l'immeuble.

En un sens technique, l'objet est l'ensemble des droits et obligations que le contrat est destiné à faire naître.

Ex : la vente a pour objet le transfert de la propriété d'un bien moyennant le paiement du prix.

Aux termes de l'article 88 LTGO « *les obligations résultant d'un contrat ont pour objet soit de fournir une prestation soit de s'abstenir d'une faculté. La prestation ou l'abstention doit être déterminée ou déterminable. Elle doit être possible. Elle peut être future aussi bien que présente* ». De cet article, on peut tirer les quatre conditions que doivent respecter l'objet : il doit exister, il doit être déterminé ou déterminable, il doit être possible, et on ajoute, il doit être licite et moral.

D- La cause du contrat

L'art 1131 CC dit que l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite n'est pas valable. Tout contrat a une cause licite. On se pose la question de l'existence et de la licéité de la cause. Cependant, il n'y a pas de définition et d'accord sur cette notion difficile. Disons d'emblée que la cause est la réponse à la question pourquoi une partie s'oblige-t-elle ?

La cause est le but immédiat et direct qui conduit le débiteur dans l'acte juridique. La cause est objective. Elle est nécessaire à la validité de l'acte.

Dans un contrat synallagmatique, la cause d'une obligation est l'existence de l'obligation réciproque. L'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécuté, de l'autre contractant.

Dans un contrat à titre gratuit, la cause du donateur réside dans l'intention libérale. Il n'est pas à rechercher les raisons qui le poussent à cette gratification. Il suffit de montrer son intention de donner.

Para 2 : La soumission des contrats informatiques à la règle de la propriété intellectuelle

Il y a des règles spéciales qui contribuent à façonner le régime du contrat informatique. Ces règles sont celles relatives aux propriétés intellectuelles.

Les contrats informatiques sont en principe soumis à la règle de la propriété intellectuelle du fait que les logiciels sont des œuvres qui font l'objet de protection par la propriété littéraire et artistique. En outre, le logiciel constitue des œuvres d'esprit protégées par le droit d'auteur. Aussi, les législateurs ont admis un certain nombre de particularités notamment lorsque le logiciel est développé au sein d'une entreprise par un salarié. En effet, les droits sur le logiciel créés dans une entreprise sont dévolus à l'employeur.

I- Les contrats de fourniture de logiciel

A- Fourniture de logiciel standard

Le contrat de fourniture de logiciel peut porter sur un logiciel standard conçu par le fournisseur pour répondre aux besoins d'une catégorie d'utilisateurs la plus large possible. Ce type de contrat porte souvent le nom de licence de droit d'usage.

❖ Le transfert de droits intellectuels :

Le logiciel standard ne transfère aucune prérogative du droit d'auteur. En effet, toutes les personnes peuvent se servir du logiciel une fois fourni mais aucune exclusivité ne saurait être concédée à l'une de ces personnes. La licence y est toujours déclarée non exclusive.

❖ L'accès aux sources du logiciel :

Le client ne se voit conférer aucune possibilité d'accès au travail réalisé pour créer le logiciel ; à l'écriture des logiciels en langage évolué ou au code source. Une jurisprudence a précisé que le client n'est en droit de réclamer les sources du logiciel au fournisseur. Toutefois, s'il entend préserver la pérennité de son système contre l'aléa d'une disparition du fournisseur, il peut demander un séquestre des sources.

❖ Les effets de la qualification du contrat de fourniture de logiciel standard :

En effet, soit on estime que l'on est en présence d'un contrat, ainsi fait découler les effets d'un contrat de vente soit que l'on est en présence d'une opération compliquée qui prend en considération les effets de la protection des propriétés intellectuelles.

En outre, les enjeux de la qualification sont au nombre de deux :

- La libre cessibilité du logiciel

En effet, si l'on choisit la qualification de vente, le logiciel vendu pourra être revendu. Par contre, si l'on choisit la qualification de licence, la portée est plus au moins ouverte à toutes sortes de restrictions que le fournisseur pourrait imposer à l'utilisateur.

- La garantie

La qualification de vente de la fourniture de logiciel standard entraîne l'application du régime de la garantie contre les vices cachés. Mais si on retient la qualification de licence, toutes les limitations de responsabilité du fournisseur sont possibles.

B- La fourniture de logiciels spécifiques

C'est un contrat de commande en vertu duquel un utilisateur demande à un fournisseur de réaliser pour lui un programme répondant à des besoins spécifiques. Aussi se pose les questions sur la propriété des droits et l'accès aux sources.

❖ Les droits cédés

Du fait que le logiciel est exclusivement destiné au client, il est envisageable de voir transférés les droits intellectuels à ce dernier. Toutefois, dans l'article L. 111-1 du code de propriété intellectuelle français, les législateurs ont prévu que l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage ne modifie pas l'attribution des droits d'auteur. Ainsi, de ce type de contrat, il n'y a donc pas de transfert automatique des droits intellectuels au client. En effet, on estimait qu'il y a appauvrissement du capital créatif du créateur et risquerait d'être exposé à des procès pour avoir réalisé une œuvre comparable pour d'autres clients.

❖ L'accès aux sources

Les tribunaux estiment que s'agissant d'un logiciel destiné à l'utilisateur, le client a droit d'exiger la communication des sources du logiciel. La solution est confrontée par une clause contractuelle. Cela réduit l'intérêt du recours au séquestre.

C- Le contrat de séquestre

Le contrat de séquestre permet d'avoir accès aux sources. Le mot séquestre signifie « dépôt ». Le contrat de séquestre est un élément capital pour assurer la pérennité du système informatique du client. Elle implique que le fournisseur intervienne en cas de nécessité ou qu'un tiers puisse le faire à sa place. D'où l'idée de déposer les sources et documents techniques auprès d'un tiers de confiance, en accord avec le fournisseur. La formule comporte donc trois partenaires : le client, le tiers de confiance et le fournisseur.

Para 4 : Les éléments du contrat informatique

Tous les contrats et pas seulement, comprennent des clauses contractuelles générique, sachant que certaines contraintes sont notablement plus spécifique à l'informatique.

1- Forme du contrat

Il est obligatoire de bien définir la langue de rédaction. Le contrat doit être signé par les deux partis afin d'être valide. Il faut éviter les ratures ou surcharges. Ceci est valable pour les contrats à distances, ou les négociations ne mettent pas toujours les deux contractants en présence physique.

2- Territoire

Il est essentiel de spécifier le territoire sur lequel le logiciel doit être installé, notamment pour les problèmes de gestion et de contrôle des licences. Ceci est valable pour les exploitants, mais à plus forte raison pour les distributeurs de logiciel.

3- La durée du contrat

Il faut définir la durée de l'engagement, s'il est renouvelable automatiquement ou tacitement, ainsi que gérer les dépassements de temps.

4- Fin du contrat et modalité de résiliation

Ces clauses sont différentes de celle de durée. En effet, elle concerne la fin anticipée de l'accord, et donc quelles sanctions sont encourues. Les clauses pénales prévoient le plus souvent des sanctions financières, par exemple dans le cas où l'un ou l'autre cocontractant met fin au contrat de manière inopportune, ou en cas de non-respect d'une obligation. Toutefois, la sanction se doit d'être équilibrée. En outre, la tendance est pour le client de retarder au maximum l'échéance du paiement et de mettre en place des clauses de pénalités financières très lourdes. Mais les clauses pénales n'ont pas d'application automatique. L'une des parties peut demander l'annulation, l'augmentation ou diminution en fonction de son interprétation du contrat et éventuellement du préjudice subi. Aussi, il est préférable de poser des clauses qui s'appuient sur un découpage de prestations de l'objectif, par exemple découpé en module dans le cas d'un logiciel.

5- Le prix et modalité de paiement

Il est préférable de spécifier le prix dans le contrat, mais aussi la devise utilisée, si les taxes sont incluses ou pas et indiquer les modalités et les techniques de paiement. Il est fondamental d'assurer la sécurité du paiement, ce qui est bien entendu rassurant pour le fournisseur, mais aussi pour le client, qui saura que le fournisseur est mis en confiance et travaillera mieux.

6- La clause de propriété intellectuelle sur le produit

Cette clause règle définitivement le problème de l'étendue de ce que l'on confère au client : la pleine propriété du logiciel, ou simplement des licences d'utilisation. Souvent le client préfère avoir la propriété du logiciel pour pouvoir ensuite en faire ce qu'il veut, en l'occurrence le commercialiser. Ce n'est pas forcément du goût du fournisseur, qui peut vouloir réutiliser ses produits déjà développées ou quelques éléments dans d'autres produits. Il peut également y avoir litige sur la propriété intellectuelle des outils de développement ou de recherche employés, outils qui ont été développés pour son usage personnel et que le créateur désire le garder pour

continuer à développer. Il faut alors être prudent et ne pas laisser penser au client que ces outils lui sont concédés, en spécifiant explicitement que les documents et les outils de travail sont protégés par les droits de propriété intellectuelle. En effet, un client acquerra un avantage particulièrement conséquent s'il met la main sur l'application développée pour lui et à la fois sur tout ce qui a permis de la développer.

7- Limitation de responsabilité

Le fournisseur peut limiter sa responsabilité mais en aucun cas l'annihiler. Cette limitation n'est opposable qu'au client mais pas aux tiers. En effet, si un tiers, client de la société cliente, subi un dommage dû au produit développé par le fournisseur, il pourra se retourner contre le fabriquant même si celle-ci a limité sa responsabilité vis-à-vis de la société cliente en supprimant l'indemnisation des pertes d'exploitation. Dans ce cas, c'est la responsabilité délictuelle qui sera engagée.

Para 5 : Typologie des contrats

Dans la majeure partie du contentieux que les tribunaux ont eu à résoudre, la vente ou la location de matériel, d'une part la réalisation ou la fourniture de logiciel, d'autre part, ne sont pas contractuellement solidaire. En outre, vis-à-vis de l'utilisateur, appelé souvent maître d'ouvrage, chaque opérateur souhaite imposer un contrat propre. A partir de cette situation, on recense deux classes et sept contrats types.

- Classe portant sur le matériel : contrat de vente, contrat de location sur site ou par connexion.
- Classe portant sur le conseil : contrat de réalisation de programme en cession ou en licence ; contrat d'assistance technique ; contrat de maintenance ; contrat de conseil et d'audit.

Comme en pratique, une série d'actions complémentaire doivent être coordonnées afin d'obtenir un ensemble informatique opérationnel, certaines sociétés proposent un contrat d'ingénierie informatique, clés en main. L'utilisateur final ou maître d'ouvrage signe un contrat unique avec un maître d'œuvre, qui aura le choix et le contrôle des opérations. L'entreprise générale est souvent le fournisseur du matériel, tandis que la société de services et de conseils en informatique représente le sous-traitant, qui réalise le logiciel d'application. Pour l'analogie ne dépasse pas ce niveau de terminologie bien que l'apparition d'architecte de systèmes et de contrôleur de projet rappelle encore plus l'ingénierie traditionnelle. Cette méthode initiale de commercialisation. Pendant plusieurs années les constructeurs d'ordinateurs, afin de promouvoir leur réseau de vente, fournissaient les logiciels de base gratuitement. Cette particularité commence à régresser avec le développement de l'*unbundling* c'est-à-dire la délivrance du matériel, d'une part, et la livraison de logiciel d'autre part. De plus le renversement de la balance entre la partie matériel et la partie logiciel dans un budget informatique a précipité l'émergence de ce phénomène.

Par 5 : Analyse des caractéristiques dominantes des principaux contrats

A- Le contrat de vente

Pour mettre en œuvre un ordinateur, il faut trois types de logiciel : un logiciel de base, un logiciel d'exploitation et un logiciel d'application. Comme nous l'avons précédemment noté, le logiciel de base est déterminant pour l'utilisation correcte de l'unité centrale.

De ce fait deux particularités s'imposent au contrat de vente. Premièrement, il convient de déterminer la qualité juridique des programmes livrés avec l'ordinateur et le deuxièmement il faut définir la notion de conformité.

1- Le contrat de vente et les logiciels

Si l'on admet que l'utilisateur n'a que faire d'une machine sans programme, les logiciels prennent un caractère accessoire à la fourniture de la machine. Ils font partie des éléments du contrat au même titre que le transport ou la documentation.

Par ce biais, toutes difficultés dans l'exécution des programmes auraient pour effet la mise en cause de la machine elle-même. Une tentative en ce sens a été mise en œuvre par le tribunal de grande instance de Castres qui a considéré que la vente d'ordinateur et le logiciel s'interprétait comme une vente à l'essai. L'essai étant caractérisé par l'exécution correcte du logiciel ou des programmes sur la machine en cause.

Cette solution très protectrice pour les intérêts de l'utilisateur a été infirmée par la Cour d'appel de Toulouse dans la mesure où « la vente d'un ordinateur avec son installation prévoyant nécessairement une programmation préalable dont le coût suivant l'usage, atteindrait environ 50% du prix total, et par sa nature très spécial, exclusive de tout essai qui conditionnerait le vente ainsi que le tribunal l'avait admis à tort ».

Cette position est partagée par la Cour d'appel de Paris qui refuse de résilier un contrat de vente de matériel et de leasing pour difficultés rencontrées dans l'utilisation des programmes. Appliquant de manière stricte le critère de séparabilité des contrats, les magistrats déclarent indépendant le logiciel du matériel. Ainsi, il a été décidé dans l'affaire S.A Chauvin c. SARL Acronnerie française que « l'ordinateur n'étant affecté d'aucun vice propre et se trouvant en état normal de marche, il s'ensuit donc que la demande de résiliation de la vente de l'appareil ne peut être accueillie ». Et ce malgré les pannes dues au logiciel.

De plus, tirant les conclusions de ce principe, les magistrats ont ajouté ;

- Que la société Acronnerie « doit conserver l'appareil installé dont elle est actuellement propriétaire ».
- Qu'elle « ne saurait (...) prétendre au remboursement du prix comme des loyers payés à la compagnie France Bail du fait de l'existence d'un contrat de leasing.
- Que « la dépréciation du matériel devenu obsolète (...) n'a pas de lien de causalité directe avec les reproches faits à la société Chauvin.

2- L'obligation de conformité

Selon l'article 1603 du code civil le vendeur « a deux obligation principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». Cette obligation de conformité, élément du respect de la notion de délivrance suppose des aménagements en droit de l'informatique.

Traditionnellement, cette prescription obéit à une obligation de résultat. Il échoit de constater sur un plan technique l'adéquation de la chose vendue aux spécifications contractuelles. Toutes différences substantielles empêchent le respect de la conformité aux engagements souscrits.

En matière informatique, l'application brusque de ce concept conduirait à annuler la majeure partie des ventes. Une information requière de très nombreuses mises au point qui se caractérisent contractuellement par la mise en ordre ou en fonctionnement de l'appareil.

A ce titre, le fournisseur est tenu à une obligation d'aide à la mise en œuvre. Cette exigence spontanée atténue les risques de conflit et d'annulation.

La nécessité d'aider l'utilisateur dans la mise en œuvre des programmes informatiques d'application pendant un délai compatible avec les contrats propres à l'entreprise et la juste limitation du devoir d'assistance du fournisseur atténuent la rigueur de l'obligation de résultat.

En conséquence, la conformité sera déclarée éventuellement acquise non à la délivrance du matériel mais à la fin de la période d'aide à la mise en œuvre.

En contrepartie de cette assistance, l'utilisateur ne peut prendre prétexte des difficultés de mise en route pour demander la résolution du contrat.

En illustration de ce principe, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « l'utilisateur (...) fait preuve d'une impatience et d'une précipitation blâmables » en arrêtant unilatéralement l'exécution, de ses engagements « alors qu'il est normal et prévisible que la bonne utilisation d'une machine informatique implique une certaine période de rodage et d'adaptation ».

De plus, pendant cette période, les articles 1641 et suivant du code civil sont inapplicables : « les mises au point habituelles en matière ne sont pas de nature à justifier de la part de l'acheteur ni l'action rédhibitoire (...) ni l'action estimatoire ».

B- Le contrat logiciel

Fondamentalement ce contrat se distingue de celui de la vente. Il correspond à une prestation de service qui est exécutée selon deux principes complémentaires :

- La mise à la disposition du personnel sous forme d'assistance technique ;
- Et la réalisation de programmes effectués pour le compte de l'utilisateur.

1- L'assistance technique

Cette assistance peut prendre différentes formes selon les constructeurs et les sociétés de services et de conseil en informatique. Dans ce cadre, ces derniers se limitent à garantir les capacités générales de leur personnel. Mais aucun résultat ou garantie de bonne fin de l'opération ne sont exprimés. Ce contrat, de par sa nature, sera proche d'une exécution en règle.

2- La réalisation de programme

Véritable contrat de prestation de service, la réalisation de programme s'effectue à partir d'un cahier des charges. Pour mener à bien l'utilisation de l'application en cause, une collaboration mutuelle s'impose tout particulièrement au niveau des échanges d'information.

Le réalisateur est soumis à une obligation de moyens comme il est habituel en matière de conseil. Toutefois, il y a une tendance à faire évoluer ce contrat vers l'ingénierie informatique. L'utilisateur souhaitant un système clé en main, oblige la société de service et de conseil en informatique à assurer une obligation de résultat. Cette dernière se comporte alors comme un véritable maître d'œuvre.

C- L'intégration du système

Elle est proche du contrat de réalisation du système mais contient des spécificités propres à elle. En outre, l'originalité de la démarche d'informatisation repose sur le recours à un progiciel généraliste multifonction. En effet, certains processeurs de fournisseurs ont mis au point un logiciel généraliste multifonction (entreprise resource planning ou ERP) dont l'intérêt est qu'il est conçu pour pouvoir satisfaire tous les besoins d'une entreprise. Il s'agit d'un logiciel de gestion intégré. A partir de ce logiciel, le processus d'intégration est effectué. Il est donné en licence par le fournisseur et l'intégration est effectuée par une société de service. Il y a donc pluralité de contrats et de fournisseurs.