

La protection des travailleurs dans le cadre de la relation du travail au Maroc

Par Mohamed KORRI YOUSSEFI*

I - Relations de travail (subordonné)

Le droit du travail régit l'activité de l'homme au travail, c'est -à- dire le rapport qui met en relation un salarié et un employeur. Mais tout travail n'est pas soumis à ce droit. Seul le travail subordonné et dépendant entre dans l'emprise du droit du travail. Il faudra donc se pencher sur la notion de subordination et de dépendance pour découvrir le travailleur régit par la législation du travail.

A- Notions, critères et signes du contrat de travail

En principe le travailleur régit par la législation sociale est toute personne liée à un employeur par un contrat de travail. La qualification du contrat revêt donc une importance de premier ordre pour l'application du droit du travail. Certains indices peuvent permettre aux juges de conclure à l'existence d'un contrat de travail.

1- Définition

L'article 723 du dahir portant loi formant code des obligations et contrats définit le contrat de louage de services comme étant "un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à lui payer, à fournir à cette dernière ses services personnels pour un certain temps ou à accomplir un fait déterminé".

2- Critères du contrat de travail

Au Maroc, la recherche du critère du contrat de travail présente des incidences multiples : d'abord, c'est ce critère qui permet de se prévaloir ou d'appliquer

* Enseignant chercheur à la faculté de droit de Meknes Maroc.

l'ensemble de la législation du travail; ensuite, seuls les salariés subordonnés peuvent bénéficier des régimes de la sécurité sociale et de la réparation des accidents du travail et maladies professionnelles ; enfin c'est la qualité de salarié subordonné qui permettra de définir le statut fiscal applicable.

On reconnaît la qualité de salarié à celui qui exécute une prestation de services quand le travail est exécuté moyennant rémunération dans une situation de dépendance juridique. Si les deux premiers critères figurent dans la définition donnée par l'article 723 du D.O.C., celui de la subordination a été introduit depuis fort longtemps par la jurisprudence pour distinguer le contrat de travail des autres contrats qui lui ressemblent.

a- Prestation du travail

Le contrat de travail est un contrat synallagmatique, successif et *intuitus personae*. Le salarié s'engage à fournir le travail convenu au contrat quelque soit la forme de celui-ci physique ou intellectuel. Toutes les activités licites peuvent donc faire l'objet du contrat de travail, à l'exception des interdictions légales concernant la fonction publique et certaines professions (avocat par exemple)¹. La prestation doit également être exécutée à titre exclusif : le salarié n'a pas de clientèle propre, il n'a pas de relation directe avec la clientèle de l'entreprise, et il n'en reçoit pas de rémunération. Le salarié n'embauche pas de personnel propre : ses collaborateurs sont choisis et affectés par l'employeur. Ces critères permettent de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise².

b- Rémunération

¹ "Dans la citée moderne aucune tache ne répugne par sa nature objective propre à s'inscrire dans le cadre d'un contrat de travail, en dehors des fonctions publiques et parapubliques". G.H. Camerlynck : "le contrat de travail", Traité Dalloz de droit du travail, 2e Edt., 1982, p. 52.

²Marie-France Mialon : "Les pouvoirs de l'employeur", L.G.D.G., 1996, p. 40.

Le contrat de travail est un contrat à titre onéreux. C'est le contrat par lequel "une personne s'engage moyennant rémunération, à fournir à un autre ses services personnels" (Cour d'appel de Rabat, 25 janvier 1935, Recueil des arrêts de la cour suprême de Rabat, T. VIII, p. 614), quelque soit les modalités de cette rémunération. "Le fait d'être rémunéré aux pièces et non à la journée n'enlève pas la qualité de salarié" (Cour d'appel de Rabat (C.A.R.) 31 octobre 1922, Gazette des tribunaux du Maroc (G.T.M.), 1922, n° 62) et "même lorsque la rémunération promise comporte, outre une rétribution fixe, un pourcentage sur le fruit du travail" (C.A.R., 20 janvier 1940, Recueil des arrêts de la cour suprême (R.A.C.S), T. X, p. 415).

c- Subordination

La définition donnée au louage de service par l'article 723 du D.O.C. ne suffisait nullement à caractériser le travail salarié, puisque d'autres contrats s'apparentent au contrat du travail et ont également pour objet une prestation de service. C'est ainsi que la jurisprudence est intervenue pour forger la notion de subordination. Ce faisant, elle a déclaré que "le louage de service (contrat de travail) est, à la différence du louage d'ouvrage (contrat d'entreprise), caractérisé par l'état de subordination de l'employé vis à vis de l'employeur. Les juges du fond déduisent souverainement l'existence d'un tel lien du salarié à l'égard de l'entrepreneur qui le paye à tant l'heure" (Cour suprême, Chambre civile, 2 avril 1964, R.A.C.A.R., T. XXIII, p. 306). Aussi selon la Cour suprême, le critère de distinction du contrat de travail par rapport aux autres situations juridiques, n'est pas le mode de paiement du salaire, qu'il soit fixe ou proportionnel au chiffre d'affaires, mais c'est le lien de subordination, qui consiste dans la soumission du salarié, dans l'exécution de son travail, au contrôle, à la direction et à l'autorité de l'employeur" (Cour d'appel de Settat, 25 novembre 1984, G.T.M., n. s., 1984, n° 34, p. 15).

3- Notion d'employeur et de travailleur

Les tribunaux marocains ont recours très souvent à la notion d'employeur, chef d'entreprise, exploitant professionnellement le travail d'autrui, et se comportant comme tel pour admettre l'existence d'une présomption forte de salariat, puisque seul la qualité de travailleur subordonné permet de bénéficier des avantages liés à la qualité de salarié. Cependant, hormis la définition donnée au louage de service par l'article 723 du D.O.C. aucune définition n'a été consacrée à la notion de travailleur et d'employeur.

Il faudra attendre l'adoption du projet de code de travail pour voir, pour la première fois au Maroc, le lien de subordination mis en évidence pour caractériser le contrat de travail et avec lui la définition du travailleur et de l'employeur.

En effet, l'article 6 projet stipule : "est considéré comme travailleur, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, sous la direction d'un ou plusieurs employeurs moyennant rémunération, quelque soit le mode de celle-ci et ses modalités de payement".

L'employeur est défini par l'article 6 du projet comme étant "toute personne physique ou morale, publique ou privée qui emploie les services d'une ou plusieurs personnes".

En attendant l'adoption du projet et en l'absence de définition légale de la subordination, les tribunaux marocains retiennent un faisceau d'indices qui la concrétisent.

4- Signes d'existence de la relation de travail

Le critère distinctif du contrat de travail est le lien de la subordination juridique. Sans cesse réaffirmer par les juges, pour identifier le contrat de travail, cette notion a évolué dans le temps et "elle permet aujourd'hui de dénouer des situations juridiques rendues, au fil des

ans, de plus en plus complexes par l'évolution socio-économique des relations de travail"³.

Si la subordination juridique a pour effet d'entraîner l'application du statut salarial, les travailleurs admis à en bénéficier sur la base de ce critère, se caractérisent néanmoins par leur hétérogénéité. Etendu à tous les secteurs professionnels, à peine limité en raison de la nature des fonctions, le salariat ne s'identifie plus aujourd'hui à une entité socio-économique déterminé ; la mosaïque de situations que le composent se trouve dans la notion de subordination juridique qui en constitue le critère général⁴.

C'est aux juges que revient le mérite d'une construction cohérente de la notion du contrat de travail. Ce qui compte aux yeux des magistrats ce n'est pas la profession exercée, ce sont les conditions réelles d'exécution du travail. D'ailleurs, il est interdit au juge de statuer par décision de principe reconnaissant à l'ensemble d'une profession le caractère a priori d'une activité salariée ou non⁵. Le juge devra rechercher dans les circonstances de fait s'il existe des indices lui permettant de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Sa recherche se penchera sur les éléments suivants : le lieu où le travail est effectué, l'horaire de travail, l'absence de personnel salarié dépendant du travailleur, la fourniture du matériel, des matières premières et des produits, l'exclusivité et la direction et le contrôle effectif du travail.

a- Lieu du travail

"A la disposition de son employeur, le salarié effectue habituellement la prestation à l'intérieur même de l'entreprise, au poste qui lui été confié. Cet impératif

³Thérèse Aubert-Monpeyssen : "Subordination juridique et relation de travail", Edt. CNRS, 1988, p. 7.

⁴Ibid, p. 7.

⁵Gérard Lyon-Caen : " Le droit du travail non salarié", Edt. Sirey, Paris 1990, p. 22. Jurisprudence décidante de la cour suprême n° 34 du 10 février 1986 et jugement n°643 du TPI Casablanca du 31 décembre 1986 sur les femmes de ménage, voir infra).

géographique sera reconnu comme l'une des caractéristiques du lien de la subordination. La jurisprudence retiendra comme critère décisif l'exécution dans le cadre d'un service organisé"⁶. Plusieurs arrêts de la Cour suprême constatent l'existence d'un contrat de travail suite à l'exercice de l'activité dans les lieux appartenant à l'employeur ou fixés par lui.

b- L'horaire du travail

Les juges du fond indiquent que parmi les conditions de l'exécution du travail, il y a la subordination du salarié à un calendrier déterminé par l'employeur et non pas par le salarié. Le fait qu'un médecin ne rejoint "son lieu de travail que lorsqu'il est assuré par téléphone qu'il existait un nombre déterminé de client à examiner, prouve qu'il dispose d'une grande liberté dans son travail et que la relation qui existait entre les deux parties était plutôt une relation d'entraide".

c- L'absence du personnel salarié dépendant du travailleur

A plusieurs reprises, les juges du fond et la Cour Suprême ont écarté la qualité de salarié à "celui qui n'exécute pas lui même les travaux pour le compte d'autrui, mais les fait exécuter par des ouvriers sous sa direction, moyennant un prix arrêté à l'avance dans un contrat". Les juges retiennent le plus souvent la qualification d'entrepreneur⁷.

d- la direction et le contrôle effectif

Le lien de subordination signifie également que "l'employeur a le droit de donner des ordres au salarié pour l'exécution du travail dans des conditions déterminées (Art. 738 du D.O.C), ainsi que le droit de surveiller ce

⁶G.H. Camerlynck : "le contrat de travail", Traité Dalloz d droit du travail, 2e Edt., 1982, p.

⁷Cour d'appel de Rabat (C.A.R), 19 septembre 1924, Recueil des arrêts de la Cour d'appel de Rabat (R.A.C.R), T. III, p. 1000 et Cass. Soc. du 17 mai 1994 et Cass. Soc. du 25 avril 1995. ces deux arrêts sont cités in "Les principaux arrêts de la Cour suprême : 1962-1996" Publications de la cour suprême, Imp. Elmaari Eljadida, Rabat, 1997, p. 111 et p. 115.

travail et le résultat de celui-ci et son évaluation, et de prendre des sanctions s'il y a lieu, même si ce lien de subordination ne porte pas sur un domaine technique, mais seulement administratif et réglementaire" (TPI Casablanca, jugement n° 3999 du 4 octobre 1987, R.M.D., n° 17, 1988, p. 140). De même, il a été jugé que "le contrat de travail est caractérisé par le lien de dépendance et de subordination établi entre les parties. Ce lien doit être tel que le patron dirige effectivement ou qu'il puisse diriger le travail et que l'ouvrier doit lui obéir sans pouvoir disposer librement de son temps. Ce lien n'existe pas quand l'ouvrier ne reçoit que des directions générales sur la façon dont le travail doit être accompli" (C.A. Rabat, 19 novembre 1949, G.T.M. 25 janvier 1950).

B- Présomptions et preuve

C'est au vu de chaque espèce que les tribunaux marocains déterminent s'il y a ou non subordination, étant entendu que la preuve de l'existence du contrat du travail peut être rapportée par tous les moyens. Mais il faudra également signaler les cas dans lesquels, à la faveur de la loi, la qualité de travailleur a été accordée soit par attribution soit par assimilation.

1- Présomptions légales

La liste des présomptions légales comporte trois catégories de travailleurs dont le lien de dépendance avec l'employeur n'est pas très évident. Mais, dans le but de les faire bénéficier des avantages liés à la qualité de salariés, le législateur est intervenu pour les assimiler à ces derniers.

a- Journalistes professionnels

Le dahir du 18 avril 1942 portant statut des journalistes professionnels⁸ définit dans son article premier le journaliste comme celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications... et en tire

⁸B.O., n° 1539 du 24 4 1942, p. 333.

le principal de ses ressources". La preuve de sa qualité est faite par la délivrance d'une carte d'identité professionnelle.

Le journaliste professionnel bénéficie d'une protection identique à celle accordée aux travailleurs de droit commun en matière de congés annuels payés, repos hebdomadaire, etc. Il bénéficie également de garantie de la stabilité d'emploi, notamment le préavis, les indemnités de licenciement ou la démission.

b- Représentants de commerce

Depuis 1943 les représentants de l'industrie et de commerce bénéficient d'un statut particulier. Ce statut indique les règles applicables à leur contrat, régime protecteur et indemnité en cas de rupture abusive de leur contrat.

c- Travailleurs à domicile

L'article 3 du dahir de 1947 indique que sont considérés comme travailleurs à domicile sans qu'il ait lieu chercher s'il existe ou non entre eux et l'employeur un lien de subordination juridique, ni s'ils travaillent sous la surveillance immédiate et habituelle de l'employeur, ni si le local où il travaille ou l'outillage qu'ils emploient leur appartient ou non, ni s'ils se procurent eux même ou non les fournitures accessoires, tous ceux qui satisfont aux conditions suivantes :

- exécuter pour le compte d'un ou plusieurs établissements industriels commerciaux, artisanaux, de quelque nature qu'ils soient... un travail qui leur est confié soit directement, soit indirectement, soit par un commissionnaire ou intermédiaire.

- n'utiliser d'autres concours que ceux d'un auxiliaire ou bien de leurs conjoints ou de leurs enfants âgés de moins de seize ans, non salariés...

Conservent la qualité de travailleur à domicile ceux qui, en même temps que le travail, fournissent tout ou partie des matières premières mise en oeuvre lorsque ces

matières premières leur sont vendues par un donneur d'ouvrage qui acquiert ensuite l'objet fabriqué, ou par fournisseur indiqué par le donneur d'ouvrage et auquel les travailleurs sont tenus de s'adresser.

Le législateur marocain assimile les travailleurs à domicile aux travailleurs de droit commun pour les faire bénéficier de l'ensemble de la réglementation du travail.

Preuve du contrat

Le contrat de travail est un contrat consensuel. Le législateur n'exige pas l'établissement d'un écrit même s'il l'encourage par l'exonération au droit de timbres par exemple.

L'article 9 du dahir du 24 janvier 1953 stipule qu'à défaut de stipulations écrites et notamment, à défaut du contrat de travail, la délivrance d'une carte de travail est obligatoire. Dans le but d'encourager cette pratique il l'a exonéré du droit de timbre.

Force est de constater par contre que rare sont les employeurs qui établissent le contrat de travail par un écrit ou qui délivrent une carte de travail. Le travailleur se verra dans une situation difficile d'autant plus que c'est à lui qu'incombe la preuve, puisque en général c'est lui le demandeur.

C'est la raison pour laquelle les tribunaux marocains sont très libéraux en matière de preuve. Ils admettent l'existence d'un commencement de preuve par écrit, en se fondant par exemple sur la production d'un bulletin de paye.

De même la Cour suprême admet que la preuve de l'existence de la relation de travail peut être prouvée par tous les moyens, indices et éléments.

Aussi le Tribunal de première instance de Casablanca a-t-il accepté pour prouver l'existence d'un contrat de travail qu'il peut fonder sa décision sur "la déclaration des témoins, en apprécier la teneur compte tenu des circonstances de chaque cas, retenir les témoignages

invoqués par le salarié aux dépens de ceux invoqués par l'employeur dès lors que les premiers ont le caractère de preuve et les seconds visent à apporter la preuve contraire (T.P.I. Casablanca, 29 octobre 1984, G.T.M., 1985, n° 40, p. 29). Un autre arrêt de la Cour suprême en date du 27 janvier 1975 souligne que l'existence d'un rapport du travail subordonné peut être prouvée par tous les moyens, éléments, même par témoignage, par travailleur (Cass. Soc., n° 10 du 25 janvier 1975 dos. 46 332 cité par A. Boudahrain : Droit social marocain, Sochepress, Casablanca, 1984, p.41).

Ainsi la justification de l'existence du contrat de travail peut être faite au moyen d'une expertise (Cass. Soc. n° 106 du 29 août 1977 dos. 57 375, *ibid*), de l'immatriculation à la caisse nationale de sécurité sociale (Cass. Soc. 21 décembre 1972; Cass. Soc. 18 janvier 1977 et Cass. Soc. 27 mars 1978), ou par un certificat de travail (Cass. Soc. 23 avril 1973), voir par la dénégation tardive de l'absence de relation de travail (Cass. Soc. 17 juillet 1972).

Le projet du code de travail quant à lui indique que la preuve de l'existence du contrat de travail peut être rapportée par tous les moyens (Art. 18).

Par ailleurs dans la perspective d'assurer une meilleure protection aux travailleurs, il rappelle qu'en l'absence d'engagement écrit, l'employeur est tenu de délivrer aux salariés une carte de travail qui doit comporter les mentions prescrites par l'autorité gouvernementale chargée du travail. Cette carte de travail doit être renouvelée en cas de changement de la qualification professionnelle ou du montant du salaire (art. 22)

Bref, lorsque le bénéficiaire des travaux d'autrui se comporte comme un véritable employeur, le contrat conclu entre les deux parties serait présumé contrat de travail.

C- Déguisement de la relation de travail

Il est indéniable que le critère de la subordination ait des implications multiples sur la situation sociale du

travailleur. Si dans de nombreuses situations il est facile de s'arrêter devant ce critère, la complexité de la vie économique et des situations contractuelles ainsi que les simulations et les fraudes fréquentes des employeurs, l'usage de plus en plus fréquent des nouvelles formes d'emploi, nous mettent devant des situations où le lien de subordination n'est pas évident.

Il reviendra alors au juge d'examiner chaque fait concret en tenant compte de la réalité du monde du travail.

1- Evolution quantitative

(Voir tableau en annexe)

2- Evolution qualitative

Certaines entreprises voient dans ces nouveaux contrats atypiques la solution à leurs difficultés, dues entre autres à la concurrence acharnée notamment avec la mondialisation de l'économie et l'ouverture du marché marocain à la concurrence étrangère. En effet, certaines grandes entreprises préfèrent plutôt que de s'occuper de l'ensemble de la production concentrer leurs énergies, efforts et ressources humaines et financières sur certains secteurs de pointe prometteurs pour se mieux positionner sur le marché mondial. Les entreprises préfèrent ainsi sous-traiter les autres activités subsidiaires par d'autres entreprises.

Les répercussions de la crise financière et économique amènent certaines entreprises à revoir leur gestion du personnel en profitant des avantages offerts par le recours aux autres formes d'emploi notamment le recours à la sous-traitance. Le professeur Gérard Lyon-Caen souligne "le coût de la main d'oeuvre est allégé si la même prestation est fournie à l'entreprise par un travailleur non salarié : l'employeur reçoit un travail net de charges sociales. S'y ajoute que, pour empêcher la rémunération versée au travailleur non salarié d'augmenter, il suffira de le menacer de supprimer les commandes"⁹.

⁹Gérard Lyon-Caen : "Le droit du travail non salarié", ed. Sirey, Paris, 1990, p. 60 et s.

L'introduction des nouvelles technologies et leurs répercussions sur l'organisation de l'entreprise amène un grand nombre d'entreprise à se "débarasser" de plusieurs activités qui jusqu'ici étaient occupées par le personnel de l'entreprise les confiant à un personnel extérieur à l'entreprise. Il en est ainsi par exemple des activités de nettoyage, de surveillance, de maintenance, etc.¹⁰.

Mais, pour le plus grand nombre d'employeur, le recours aux autres formes de contrats permet d'éviter les dispositions impératives du droit du travail, marquées, selon eux, par la rigidité et la contrainte. En effet, selon les chefs d'entreprises, les contrats atypiques sont préférables tant pour des raisons de flexibilité (ne plus avoir à appliquer les dispositions impératives de la législation du travail) que de protection sociale. Bien plus, ce type de contrat leur donne une liberté sans borne, dans la limite cependant des contraintes de la loi et des stipulations contractuelles.

Pour les travailleurs, au contraire, le contrat de travail salarié est presque tous points de vue préférable. La législation assure au travailleur subordonné qu'il est un statut protecteur d'ordre public en matière de conditions de travail, de rémunération (garanties de stabilité comme de paiement particulièrement en cas de faillite du donneur d'ordre-employeur) comme de rupture du contrat (protection dissuasive, obligation de préavis, indemnité de licenciement)¹¹. Il n'en demeure pas moins que la situation de crise et la conjoncture de l'emploi mettent à la marge un très grand nombre de jeunes diplômés, parfois de haut niveau, ces jeunes désirent malgré tous les obstacles de s'aventurer par leur propre moyen dans le circuit économique pour mettre en oeuvre leur compétence et qualification et pour échapper au fléau du chômage

¹⁰Voir notre étude à paraître dans la Revue de la Faculté de Droit de Meknes : "Mutations technologiques et droit du travail", n 1, 1999, 49 pages.

¹¹Jean Emmanuel Ray : "Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur"; D.S., n° 2 février 1996, p. 125.

persistant. La conclusion de ce type de contrat est le plus souvent le billet d'entrée à la vie active.

Devant une situation de chômage irréductible, l'Etat encourage par tous les moyens et en mettant en oeuvre des ressources budgétaires énormes les initiatives privées des jeunes pour créer leur propre entreprise¹². On voit depuis plusieurs entreprises de petites tailles se proliférer dans tous les secteurs d'activité.

Par ailleurs, un certain nombre de cadre de haut niveau et de fonctionnaire de l'Etat, désespéré par les bas salaires et leurs conditions de travail, préfèrent prendre le risque de s'installer comme indépendant pour vendre leurs compétences et services aux entreprises désireuses.

L'inertie et le déclin du rôle des bureaux de placement publics incitent un grand nombre d'entreprise à recourir à la sous traitance. C'est ce qui explique la présence des entreprises de travail temporaire et leur prolifération malgré l'absence de loi sur leur sujet.

Formes de déguisement de la relation de travail

Plusieurs formes de déguisement de la relation d'emploi sont observées : d'abord la simulation, ensuite la fraude à la loi et enfin l'usage des contrats précaires.

-Simulation

L'employeur désirant échapper aux dispositions contraignantes de la législation du travail, profitant des rapports de force au moment de la conclusion du contrat de travail et de la situation précaire du travailleur préférera qualifier le contrat le liant à l'autre partie contrat de mandat, de société ou d'entreprise.

Ainsi par exemple dans le secteur du bâtiment, le donneur d'ordre baptisera le contrat le liant à un ouvrier

¹² Parmi les moyens préconisés par les assises de Marrakech sur l'emploi et afin de remédier à la situation actuelle, un budget a été consacré par les pouvoirs publics pour encourager les jeunes à créer leur propre emploi: "auto-emploi". L'Etat prend en charge une partie importante du financement des projets.

contrat d'entreprise. La personne recrutée pour des travaux intellectuels sera dénommée mandataire et le gestionnaire d'une société sera qualifié de sociétaire.

-Fraude

Le droit du travail marocain est marqué par un phénomène qui ne va pas en s'amenuisant : l'ineffectivité.

Les zones de non droit sont nombreuses. Qu'il nous suffise de souligner la situation des travailleurs du secteur informel pour s'en convaincre. Les statistiques indiquent que la majorité des travailleurs actifs exercent dans les secteurs informels. Démunie de toute protection, à la marge de la loi, exerçant avec des moyens rudimentaires, ils deviennent une cible facile à certains donneurs d'ordres dont le seul souci est de tasser la fortune. Une pratique existante depuis fort longtemps, commence à avoir une certaine ampleur aujourd'hui : il s'agit de "Moul Chokkara" (traduction littérale : propriétaire du porte-monnaie ou du cartable ou du porte feuille). Une personne en règle générale fortunée et n'ayant aucune qualification ni compétences techniques dans le domaine considéré, parcourt, d'une manière régulière (une fois par semaine en général), les quartiers populaires et les anciennes médinas où se prolifèrent des petits ateliers artisanaux de fabrication de cuirs ou d'autres produits pour acheter tous le résultat de leur travail moyennant un prix bas pour les revendre lui même. Parfois c'est ce "Moul Choukkara" qui délivre la matière première. Il arrive également que ces petits artisans travaillent suivant ces commandes. Aucun contrat n'est conclu entre ces personnes. Elles sont ignorées par le droit du travail qui ne s'intéresse pas aux secteurs d'activité ayant un caractère essentiellement traditionnel. Les dispositions du droit commercial ne leur sont pas non plus applicables. Seuls les principes généraux peuvent régir les situations contentieuses qui peuvent apparaître. Mais il faudra signaler que la plupart de ses activités artisanales sont organisées régie dans un système de corporation qui fait appel à deux institutions : "Amin" et le "Mouhtassib".

Ce système connu depuis longtemps est pratiqué également par de grandes entreprises d'exportation de produits artisanaux qui ne fabriquent pas les produits directement pour échapper à l'application de la législation du travail mais font plutôt appel à des coursiers qui achètent pour eux les produits fabriqués par des petits artisans. Il se peut également que l'entreprise noue des liens directs avec ses sous entrepreneurs pour commander telle ou telle qualité de leurs produits parfois en définissant les critères et le plus souvent en leur délivrant la matière première. Parfois ces relations ainsi nouées tombe dans la sphère de la définition du travail à domicile ce qui en cas de conflit permettrait aux juges d'appliquer les dispositions pertinentes de la législation du travail. Mais le plus souvent ces relations se situent sous l'empire du droit commercial ou du droit civil. En tout état de cause la qualité de subordonné et de dépendant ne fait pas défaut, d'autant plus que le donneur d'ordres impose ces conditions sous la menace de supprimer la commande et parfois la relation ainsi nouée.

Il arrive également que certaines entreprises encouragent leur salarié de démissionner de leur poste et une fois la démission consommée, ils sont recrutés comme indépendant. Cette situation est remarquée surtout dans le secteur du bâtiment et de la construction. L'ancien ouvrier lié par un contrat de travail démissionne pour se voir embaucher en qualité d'indépendant. Ce système qu'on appelle "le tachoronat" crée un nouveau rapport juridique qui serait régie par les dispositions du code civil relatives au contrat de louage d'ouvrage (Art. 723, al. 2) ou par les dispositions de l'article 16 et suivants du dahir de 1953 si le tâcheron fait appel à une main d'oeuvre qu'il recrute et rémunère lui même. Le but recherché par les entreprises qui font appel à ces pratiques est d'éviter l'application de la réglementation du travail.

La forme de la fraude la plus observée est la violation pure et simple de l'ensemble du dispositif législatif depuis le recrutement jusqu'à la rupture. L'employeur ne respecte point les dispositions impératives et sanctionnées pénalement du dahir 7 mai 1940 sur

l'embauche des salariés et la rupture de leur contrat de travail et de l'arrêté du ministre du travail du 3 juillet déterminant les conditions de son application qui prescrit le monopole de l'Etat en matière de placement. Il viole volontiers l'ensemble de la législation du travail se rapportant aux conditions de travail, au salaire, à l'hygiène et la sécurité. Il ne se soucie point des procédures et mesures prises pour réglementer les licenciements. La carence et la passivité des organes de contrôles chargés normalement d'appliquer les lois sociales, les sanctions insignifiantes, la lenteur et la procédure de transmission des dossiers, les rapports de force au sein de l'entreprise et le déclin du syndicalisme sont autant de facteurs qui encouragent la fraude pour ne pas dire qu'il la stimule. Certes, il ne s'agit pas ici d'un déguisement de la relation de travail, il faudra plutôt parler de situation de non droit et d'absence complète de protection qui trouve son fondement dans les faits mais qui reste justifié par les carences de la loi et des pouvoirs publics¹³.

- Nouvelles formes d'emploi : le travail atypique

La législation marocaine offre une panoplie de choix à l'employeur pour situer le rapport contractuel juridique dans des conditions qui assurent la moindre protection aux travailleurs et partant déguiser une relation normale de travail.

¹³Voir la littérature abondante sur ce sujet : Najib Bouderbala et Paul Pascon "Le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique marocain", BESM, T XXXII, n° 117, 1970, p. 1 et s. ; Jean Deprez :Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc" R.J.P.E.M., N° 1, p. 10 t s. ; Omar Azziman "Dépendance et connaissance du droit marocain, un nouveau plaidoyer pour la sociologie juridique"; R.J.P.E.M., n° 10, p. 183 et s. ; Mohamed Larbi Benotmane : "La protection du travailleur marocain" Colloque travail et Société Fès 1984, p. Rachid Filali MEknassi " La marginalité du travailleur en droit social" In droit et environnement social au Maghreb, edt. CNRS, Paris, 1989, p. 105 et s et Les formes juridiques d'emploi face aux concepts du droit du travail", R.M.D.S., n° 2; 199(, p. 42 et s.

Les formes les plus observées actuellement sont les nouveaux contrats de stage de formation insertion professionnelle et les contrats atypiques.

Ainsi le dahir du 23 mars 1993 fixant les mesures d'encouragement aux entreprises organisant des stages formation-insertion professionnelle permet à l'employeur de recruter une main d'oeuvre qualifiée (jeunes diplômés universitaires et de grandes écoles) avec le moindre coût (subvention de L'Etat, exonération des charges sociales, primes, etc.) pour une durée de 18 mois. L'employeur a donc la possibilité de faire appel, d'une manière successive, à cette main d'oeuvre abondante. En effet, puisque aucune obligation de recrutement ne s'impose à l'employeur, une fois que le stagiaire aura terminé sa période de formation, il sera remplacé par d'autres stagiaires en profitant toujours des avantages financiers et en éludant les contraintes juridiques qu'impose un emploi permanent. Le stagiaire bénéficie du salaire minimum, du régime des accidents du travail et de maladies professionnelles, des dispositions relatives à la durée du travail, au repos hebdomadaire, aux congés payés.

L'employeur pourra également choisir les contrats précaires tels que le contrat temporaire, occasionnel, saisonnier, intermittent, par alternance, à mi-temps, à durée déterminée, puisque son choix est libre et aucune contrainte légale ne s'impose à ce sujet¹⁴.

Il pourra même combiner un contrat temporaire, saisonnier ou par alternance avec un contrat

¹⁴Le projet de code de travail a limité cette liberté de recours au contrat à durée déterminée et au contrat temporaire. Désormais l'entreprise ne peut pas recourir à ce type de contrat que dans les cas où la relation de travail ne pourrait avoir une durée indéterminée en raison soit de la nature du travail à effectuer, soit des conditions dans lesquelles le travail doit être accompli, parmi lesquelles :

- le remplacement d'un travailleur en cas de suspension du contrat de travail, sauf si la suspension résulte d'une grève;
- l'accroissement temporaire des activités de l'entreprise;
- Emploi à caractère saisonnier ou dans certains secteurs déterminé par acte réglementaire ou par la convention collective (Art. 16 du projet).

d'intermédiation ou de sous entreprise¹⁵. C'est pourquoi le législateur et la jurisprudence interviennent pour protéger les travailleurs lésés.

D- Mécanismes de protection

Dans le but de protéger les travailleurs contre les pratiques frauduleuses, de simulation ou de précarité le législateur a prévu plusieurs dispositions permettant de censurer certaines décisions de l'employeur soit par les tribunaux soit par l'administration chargée du travail.

1- Rôle des pouvoirs publics

La législation du travail prévoit plusieurs dispositions pour contrecarrer les tentatives des employeurs de déguiser la relation d'emploi en faisant appel aux autres formes d'emploi moins avantageuses.

L'inspection du travail est le dispositif les plus à même d'assurer l'efficacité de ces dispositions.

a- Protection législative

En dehors du fait que l'ensemble des dispositions ci-dessous décrites trouve son fondement dans des textes législatifs ou réglementaires, certaines dispositions ont été prévues principalement pour éviter les abus auxquels peut donner lieu la relation de travail.

Ainsi en matière de recrutement seul les services publics d'emploi sont compétents pour placer les travailleurs ce n'est qu'en cas de carence des dits service que l'employeur peut recourir à l'embauche directe. Ce faisant, il doit faire connaître dans les huit jours qui suivent au bureau public de placement qui a reçu l'offre d'emploi les noms, prénoms domicile nationalité et spécialité, date et durée d'embauchage des ouvriers recrutés directement, étant entendu que les bureaux de

¹⁵Voir infra les cas de recours au travail intérimaire.

placement peuvent s'opposer à ce recrutement¹⁶. L'employeur est tenu également de déclarer aux mêmes bureaux les licenciements.

L'employeur est tenu également de délivrer une carte de travail et de tenir un registre où toutes les personnes travaillant pour son compte y figurent.

L'article 18 du dahir 24 janvier relatif au marchandage et au contrat de sous entreprise rappelle que lorsque le contrat de sous-entreprise porte essentiellement sur la main-d'oeuvre des travaux à accomplir, une carte de travail portant certaines mentions indiquées par la législation (nom, profession et adresse de l'entrepreneur principal et du sous entrepreneur).

Par ailleurs, il faudra également signaler que le droit pénal du travail marocain sanctionne les employeurs qui ne respectent pas les dispositions impératives, notamment en matière d'hygiène et de sécurité. Sa mise en oeuvre dépend cependant de l'intervention de l'inspection du travail

b- Rôle des inspecteurs du travail

L'article 51 du dahir du 2 juillet 1947 portant réglementation du travail souligne que l'inspection du travail est chargée de veiller à l'exécution de la législation du travail.

Les agents de l'inspection du travail sont autorisés à pénétrer de jour comme de nuit, sans avertissement préalable dans tout établissement assujetti à leur contrôle. Ils peuvent également pénétrer de jour dans les locaux qu'ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer être assujettis à leur contrôle; procéder à tous examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer que les prescriptions légales sont effectivement appliquées. Pour ce faire, ils bénéficient de pouvoirs très étendus (Art. 56 du dahir précité).

¹⁶Art. 2 de l'arrêtée du 3 juillet 1959 sur les conditions d'application du dahir relatif à l'embauchage des salariés et à la rupture de leur contrat de travail.

Ils peuvent également être saisi par les représentants du personnel des violations des lois sociales dans l'entreprise¹⁷.

Plusieurs lois sociales imposent à l'employeur de tenir à la disposition des inspecteurs du travail des registres, livrets ou documents . Ainsi par exemple l'article 16 du dahir du 24 janvier 1953 précité souligne que le contrat de sous entreprise de main d'oeuvre (Marchandage) doit être établi par un écrit précisant les conditions d'exécution des travaux à effectuer et les modalités de détermination et de règlement du forfait ou prix convenu. Ce contrat écrit devra être présenté à l'inspecteur du travail à toute réquisition de sa part.

Les inspecteurs du travail ont une grande chance de découvrir les situations de fraude vue l'étendu des obligations imposées aux employeurs. Si tel est le cas ils doivent mettre en demeure l'employeur pour se conformer aux prescriptions légales. Passé ce délai, ils peuvent dresser des procès verbaux qui seraient transmis à la direction centrale qui décidera s'il y a de saisir la justice.

2- Recours aux tribunaux

Force est de constater que les juges n'interviennent qu'à l'occasion d'un conflit individuel relatif au contrat de travail¹⁸. Mais en pratique, le juge n'est saisi qu'à l'occasion des conflits relatifs aux licenciements. Rare sont les travailleurs qui saisissent le juge pendant l'exercice de leur activité. La crainte de représailles de

¹⁷ Article 2 du dahir du 29 octobre 1962 relatif à la représentation du personnel.

¹⁸ L'article 20 du code de la procédure civile stipule que les magistrat sont commettent pour connaître :

- des contestations d'ordre individuel relatives aux contrats du travail ou d'apprentissage et des différends en relation avec le travail ou l'apprentissage ;
- des réparations résultant des dommages résultant des accidents du travail et des maladies professionnelles;
- des contestations auxquelles peut donner lieu l'application des législations et réglementations sur la sécurité sociale.

l'employeur explique l'absence du contentieux avant la rupture du contrat.

Disposant d'un pouvoir discrétionnaire absolu, le juge pourra selon les éléments du dossier et parfois après expertise arrêter sa décision. Ainsi l'article 462 du D.O.C permet au juge d'interpréter l'acte litigieux notamment :

1- lorsque les termes employés ne sont pas conciliables avec le but évident qu'on a eu en vue en rédigeant l'acte;

2- lorsque les termes employés ne sont pas clairs par eux même, ou expriment incomplètement la volonté de leur auteur;

3- Lorsque l'incertitude résulte du rapprochement des différentes clauses de l'acte, qui fait naître des doutes sur la portée de ces clauses.

Lorsqu'il y a lieu à interprétation le juge doit rechercher quelle a été la volonté des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases.

Aussi, il importe peu que les parties au contrat dénomment leur convention de "contrat d'entreprise", de "mandat" ou de "location", si les conditions réelles de l'exercice de l'activité sont conformes au régime de salariat, le juge retient cette qualification.

Le TPI de Casablanca avait indiqué que le caractère juridique des conventions dépend non pas de la qualification qui leur a été donné par les parties, mais de la nature intrinsèque de leurs clauses. Le juge peut donc donner à la convention le qualificatif qui lui convient, nonobstant celui donné par les parties, et en déduire toutes les conséquences légales ou conventionnelles (TPI Casablanca, jugement du 4 juin 1957, G.T.M., 1957, n° 1217, p. 121).

Ainsi par cette opération juridique, appelée "la qualification", il appartient aux juges de déterminer la véritable nature du contrat en cherchant les conditions

d'exercice de l'activité. La qualification choisie par les intéressés ne lie pas le juge, qui doit restituer aux données de fait leur qualification exacte¹⁹. Cependant ces mécanismes de protection sont souvent ignorés par les travailleurs.

E- Répercussions du déguisement de la relation de travail

Le droit du travail est frappé par le sceau de l'impérativité consacrant ainsi la notion de l'ordre public social. Ses dispositions ne peuvent être écartées que lorsque cela profite au salarié. Néanmoins, l'employeur, soucieux de réduire au maximum les contraintes imposées par cette législation qui, selon lui, enfreint le développement de l'entreprise parce qu'elle est trop rigide, a un intérêt particulier de situer le rapport juridique dans le champ moins contrariant du droit civil ou du droit commercial. Il s'ensuit qu'au sein de l'entreprise deux personnes, parfois exerçant la même activité sous le contrôle permanent et la dépendance totale au chef d'entreprise, se côtoient : d'un côté les salariés du droit commun profitant des avantages liés au contrat de travail et de l'autre les travailleurs bannis du champ d'application du droit du travail parce qu'ils ont conclu un contrat de nature civile ou commerciale.

La situation de la deuxième catégorie de travailleurs est périlleuse puisque la plupart des lois sociales concernent le travail salarié.

1- Conditions de travail

Il est évident que le droit du travail s'intéresse uniquement travail salarié c'est -à- dire dans le cadre d'un contrat de travail qui fixe la situation des parties et soumet le travailleur à la subordination de son employeur. Hors le cadre du contrat de travail, l'ensemble de la législation relative aux conditions de travail ne peut être appliquée au travailleur dont le contrat a été déguisé sous une forme civile ou commerciale. Le donneur

¹⁹ Gérard Lyon-Caen; op. cit. p.

d'ordre peut exiger dans le contrat un délai fixe pour la fin de la mission, parfois en incluant une clause pénale (Art. 263 et 264 du D.O.C) ce qui revient en pratique à neutraliser les dispositions du dahir de 18 juin 1936 portant réglementation de la durée du travail qui fixe celle-ci à 8 heures par jours ou 48 heures par semaines avec des possibilités de dérogations, les dispositions du dahir du 21 juillet 1947 sur le repos hebdomadaire, du dahir du 9 janvier 1946 relatif aux congés annuels payés applicables aux secteurs commerciaux, industriels et aux professions libérales. De même le dahir du 24 avril 1973 déterminant les conditions d'emploi et de rémunération des salariés agricoles ne seraient pas appliquées aux travailleurs agricole non salariés.

Cependant, lorsque le déguisement de la relation normale de travail prend la forme d'un contrat précaire (temporaire, à durée déterminée, occasionnel, saisonnier, etc.), l'ensemble des dispositions relatives aux conditions de travail devraient être appliquées.

Rémunération

Le travailleur non salarié dans le cadre d'une relation bilatérale ne peut prétendre à l'application du dahir du 18 juin 1936 sur le salaires minimum des ouvriers et employés ni du 24 janvier 1953 relatif au calcul et au paiement des salaires, aux économats, au marchandage et au contrat de sous entreprise. En cas d'insolvabilité du débiteur, la rémunération du travailleur non salarié ne bénéficie pas du super privilège et des privilèges accordés par la loi aux créances salariales. De même, la limitation de la saisie-arrêt à une quotité fixée par la législation ne lui est pas transposable, pas plus que la procédure spéciale de saisie -arrêt des salaires. Du fait que le contrat est jugé civil ou commercial, la prescription annale ne s'applique pas. Par ailleurs, la jurisprudence marocaine utilise très souvent les termes honoraires, commission, prix pour désigner la rémunération des personnes liées par un contrat autre que le contrat de travail.

Toutefois, l'article 730 du D.O.C. indique que "le prix doit être déterminé ou susceptible de détermination. On peut promettre comme prix de louage une part déterminé des grains ou des produits, ou bien une remise proportionnelle sur les opérations faites par le locateur d'ouvrage".

Par ailleurs l'article 732 souligne que la stipulation d'un "salaire" est toujours sous-entendue :

1- lorsqu'il s'agit de services ou d'ouvrages qu'il n'est point d'usage d'accomplir gratuitement;

2- lorsque celui qui les accomplit en fait sa profession ou son état;

3- Lorsqu'il s'agit d'une affaire commerciale ou d'un fait accompli par un commerçant dans l'exercice de son commerce.

A défaut de cette convention, le tribunal détermine le prix des services ou de l'ouvrage d'après l'usage; s'il existe un tarif déterminé, les parties sont censées s'en remettre au tarif (Art. 732 et 733 du D.O.C.).

Conditions d'hygiène et de sécurité

Une lecture libérale de l'article 749 du D.O.C nous permet de conclure que le travailleur lié par un contrat autres qu'un contrat de travail est passablement protégé en matière hygiène et de sécurité. Cet article impose au patron ou maître, et généralement tout employeur, est tenu :

1- de veiller à ce que les chambres, ateliers et généralement tous locaux qu'il fournit à ses ouvriers, gens de service et employés , présentent toutes les conditions de salubrité et de sécurité nécessaires; il doit les entretenir au même état pendant la durée du contrat;

2- de veiller à ce que les appareils, machines, instruments et généralement tous autres objets qu'il fournit, et au moyen desquels doit s'accomplir le travail, soient en état de garantir contre tous dangers la vie ou la

santé de ceux qu'il emploie, dans la mesure où le comporte la nature des services à prêter par eux ; il est tenu de les entretenir aux même état pendant la durée de contrat ;

3- De prendre toutes les mesures de protection nécessaires afin de garantir la vie et la santé de ses ouvriers, gens de service et employés, dans l'accomplissement des travaux qu'ils exécutent sous sa direction ou pour son compte".

Le chef d'entreprise répond de toute contravention à ces dispositions d'après les dispositions établies pour les délits et quasi-délits (Art. 749 al. 2).

De même, le dahir du 6 février 1963 sur la réparation des accidents de travail et maladies professionnelles même s'il a retenu le critère de dépendance économique ne permet pas au travailleur lié par un accord autre qu'un contrat de travail de bénéficier de ses dispositions.

La Cour d'appel de Rabat avait jugé que "l'accident survenu au propriétaire d'un tracteur qui, louant les services de ce tracteur en le conduisant lui-même, pour un prix journalier dont le taux élevé exclut l'idée de salaire, ne donne pas lieu à l'application du dahir , la victime étant son propre entrepreneur, et non un ouvrier ou employé aux termes de l'article premier du dahir (C.A. Rabat, n° 1478 du 26 octobre 1934 , R.A.C.A.R., 1937; n° 38, p. 253). De même, le spécialiste puisatier, travaillant en pleine indépendance, sans direction du propriétaire pour le compte duquel il opère, est dans les liens d'un contrat d'entreprise et non d'un contrat de louages de services. Envers cet entrepreneur ou tâcheron, le maître de l'ouvrage n'est pas responsable dans les termes du dahir précité (C.A. Rabat, N° 1010 5 décembre 1930, R.A.C.A.R., 1931, n° 32, p. 133). Il en est ainsi également du gérant associé d'une SARL, son contrat a été considéré comme un mandat.

Ainsi le travailleur muni d'un contrat autre qu'un contrat de travail doit intenter l'action en réparation de l'accident ou e la maladie survenu à l'occasion du travail conformément aux règles de droit commun et sur la base des articles 749, 750 et 752 du D.O.C).

Sécurité sociale

Le dahir du 27 juillet 1972 relatif au régime de la sécurité sociale n'est pas non plus applicable à cette catégorie de travailleur. Aux termes de l'article 2 du dahir, ne sont, en effet, "assujettis obligatoirement à ce régime que les personnes salariés de l'un ou de l'autre sexe travaillant pour un ou plusieurs employeurs dans l'industrie, le commerce et les professions libérales... , quelles que soient la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat"²⁰.

liberté syndicale

La Constitution marocaine donne une valeur constitutionnelle au droit syndicale. Aux termes de son article 9 la liberté d'adhérer à toute organisation syndicale de son choix est accordée à tout citoyen.

Le dahir du 16 juillet 1957 est plus explicite. En effet, toute les personnes exerçant la même profession ou des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, peuvent se constituer en syndicat et librement se regrouper et se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts communs.

La liberté syndicale est consacrée pour tous les travailleurs quelque soit la nature de leur contrat : civil, commercial ou de travail.

Négociation collective

Bien que le dahir du 17 juillet 1957 relatif aux conventions collectives n'indique pas les catégories de travailleurs qui peuvent en bénéficier, le fait qu'il réserve le monopole de la conclusion de la convention aux

²⁰La liste limitative donnée par l'article 2 indique que pour les salariés temporaires ou occasionnels du secteur privé ne travaillant pas plus de dix heures par semaines pour le même employeur ou le même groupe d'employeur un décret déterminera les conditions d'application.

syndicats laisse entendre que les travailleurs liés par un contrat autre que le contrat de travail ont le droit de conclure des conventions collectives.

Recours à la justice et procédure

Le texte de base en matière de procédure civile reste le dahir du 28 septembre 1974. Mais un autre dahir a vu le jour en 1996 pour créer des juridictions commerciales. Le travailleur lié par un contrat autre qu'un contrat de travail peut recourir selon la nature de son contrat, civil ou commercial, à la justice s'il a la qualité et un intérêt pour faire valoir un droit. Le juge ne peut se dispenser de juger ou de rendre une décision. Toute affaire portée devant lui doit donner lieu à un jugement sauf s'il y a désistement (Art. 2).

Le juge doit statuer dans les limites fixées par les demandes des parties et ne peut modifier d'office ni l'objet ni la cause de ces demandes. Il doit statuer toujours conformément aux lois qui régissent la matière, même si l'application de ces lois n'est pas expressément requises par les parties.

Mais la procédure diffère selon qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou d'un autre contrat. Aussi, le travailleur lié par un contrat autre qu'un contrat de travail ne peut se voir appliquer la procédure réservée aux salariés. Ainsi le magistrat chargé du dossier ne sera pas tenu de convoquer les parties à l'audience de conciliation. Il ne pourra pas bénéficier de l'exonération des tâches, de l'assistance judiciaire d'office, ou de l'exécution provisoire prévue par l'article 285 du Code de la procédure civile.

Perspective d'avenir

La prolifération des nouvelles formes d'emploi atypiques ne devra pas laisser les décideurs marocains insensible, d'autant plus qu'on s'apprête à discuter au parlement et entre les partenaires sociaux la perspective d'adoption d'un nouveau code du travail. A notre avis, il serait souhaitable de revoir la définition de l'employeur dans un sens beaucoup plus large que ne le fait le projet.

A la formulation proposée par l'article 6 du projet : " est considéré comme employeur, toute personne physique ou toute personne morale, publique ou privée, qui emploie les services d'une ou plusieurs personnes physiques", il faudra ajouter "quelque que soit la nature de leur contrat et activité, notamment lorsque celle-ci fait partie intégrante de l'activité normale de l'entreprise.

Nous proposons également l'introduction d'une nouvelle disposition selon laquelle "Tout recours à un contrat autre que le contrat de travail qui a pour effet de causer un préjudice au cocontractant qu'il concerne ou d'éluider l'application des dispositions du présent code ou des textes réglementaires pris pour son application ou de la convention collective est interdit. Le contrat mis en cause pourrait être recalifié de contrat de travail indéterminé si les modalités de son exécution s'apparentent à un contrat de travail ordinaire". Ceci permettra sans aucun doute d'apporter une meilleure protection aux travailleurs et de permettre aux magistrats de recalifier plus facilement le rapport juridique entre les parties.

II Relations triangulaires

La législation marocaine relative au travail en sous-traitance est relativement ancienne. Les textes de base sur ce sujet datent respectivement de 1947 et 1953. C'est dire leur caractère obsolète. C'est pourquoi une refonte a été prévu par le projet du code de travail de 1999²¹.

A- Définition du contrat de sous entreprise

Bien que le dahir du 24 janvier 1953²² ait consacré son titre III au problème du marchandage et du contrat de sous- entreprise, il n'a pas donné une définition à la notion juridique de celle-ci. Néanmoins on peut relever une proposition de définition de cette forme de travail dans le

²¹ Le projet de code du travail sera soumis à l'approbation du parlement incessamment.

²² Ce dahir a abrogé et remplacé le dahir du 18 juin 1936 qui traitait du même sujet, mais qui par suite des diverses modifications dont il avait fait l'objet était devenu d'une lecture difficile.

projet de code du travail de 1999 toujours en cours de discussion.

En effet, aux termes de l'article 86 du projet "le contrat de sous-entreprise est défini comme étant "celui par lequel un entrepreneur principal charge un sous-entrepreneur de l'exécution d'un certain travail ou de la fourniture de certains services".

Cette définition laisse apparaître implicitement que le contrat de sous-entreprise ayant pour objet la fourniture exclusif de la main d'oeuvre est illicite. Il faudra pour qu'une telle opération soit légale se conformer aux nouvelles dispositions sur le travail temporaire, c'est -à- dire les dispositions relatives à l'intermédiation dans le cadre des entreprises de travail temporaire.

Le titre II du premier livre du projet de code de travail définit le régime juridique du contrat de sous-entreprise dans les articles 86 à 91.

L'article 87 souligne que le sous-entrepreneur est tenu, en tant qu'employeur, d'observer toutes les prescriptions du code du travail ainsi que les dispositions législatives et réglementaires en matière de sécurité sociale et d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

Si le sous-entrepreneur n'est pas inscrit au registre du commerce et n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce, l'entrepreneur principal est tenu de veiller à l'observation des prescriptions relatives aux conditions de travail à l'égard des travailleurs.

Le sous-entrepreneur doit délivrer aux travailleurs une carte de travail et un bulletin de paie portant certaines mentions obligatoires (art. 88).

B- Autres modalités de relations triangulaires

Seules deux situations de rapports triangulaires sont prévues par la législation actuelle : le marchandage et le contrat de sous-entreprise. Cependant, si le projet de code

de travail a supprimé le marchandage, il l'a remplacé par une nouvelle forme d'emploi : l'intermédiation des établissements de travail temporaire. Désormais, une fois qu'il sera adopté le prêt, la location ou la fourniture de main d'oeuvre ne peuvent plus se faire en dehors du recours aux dits établissements.

Nous envisageons respectivement les dispositions pertinentes relatives à ces formes d'emploi.

1- Le Marchandage

Le marchandage est une pratique ancienne qui datait de l'époque du protectorat (1912-1956). En général, un ancien militaire, appelé communément "Caporal", groupe quelques individus qui forment équipe avec lui et travaillent sous sa direction. Le caporal traite seul avec l'employeur, répartit les salaires, assure la discipline. Mais puisque ce marchandeur spéculé uniquement sur la main-d'oeuvre qu'il fournit à un entrepreneur principal, son profit ne peut résulter que de la différence entre la rémunération versée par cet entrepreneur et les salaires qu'il paie. C'est pourquoi un dahir a vu le jour le 18 juin 1936 pour interdire toute opération dont le bénéfice réalisé par le marchandeur dépasse 10 %. les mêmes dispositions ont été reprises par le dahir du 24 Avril 1953.

Il y a marchandage, souligne l'article 16 du dahir de 1953, "lorsqu'un sous-entrepreneur, dit marchand, s'entend avec l'entreprise principale uniquement pour lui fournir la main d'oeuvre qui lui est nécessaire". Mais cette opération n'est licite que lorsque "le bénéfice réalisé sur cette main d'oeuvre par le marchandeur est inférieure à 10 %", au-delà de ce chiffre l'article 16 indique expressément que "le marchandage est interdit.

Il s'ensuit que le marchandage est un cas particulier de sous-entreprise ayant pour objet exclusif la fourniture de main-d'oeuvre. Il doit impérativement être constaté par écrit. Cela ressort clairement de la lecture du deuxième alinéa de l'article 16 qui souligne : "les conditions d'exécution des travaux à effectuer et les modalités de

détermination de règlement du forfait ou du prix convenu seront fixées par un contrat écrit qui devra être présenté à l'inspection du travail à toute réquisition de sa part".

Mais l'article 17 prend le soin de souligner que certains types de contrats doivent être distingués du marchandage. Il en est ainsi de la "sous-entreprise ou contrat d'entreprise dont le locateur d'ouvrage est lui même entrepreneur, lorsque cette sous-entreprise ne porte pas exclusivement sur la main-d'oeuvre" et du contrat d'équipe, c'est -à- dire "le travail effectué en commun par une équipe d'ouvriers, que cette association d'ouvriers soit légale ou de fait".

Cependant le dahir de 1953 reste muet au sujet de la définition du contrat de sous-entreprise et de la réglementation du travail intérimaire, ce qui n' a pas manqué d'atténuer le régime juridique protecteur des travailleurs des sous-entreprises. Il revient au projet de code de travail s'instituer un régime juridique complet des différentes formes de relations de travail triangulaires.

2- L'intermédiation

Il faudra attendre l'adoption du projet du code de travail pour voir pour la première fois au Maroc apparaître clairement dans le droit positif marocain une conception claire et précise de la notion du contrat de sous-entreprise²³ et des autres formes de relations de travail triangulaires.

En effet, l'article 487 du projet stipule qu'est "considéré comme entreprise de travail temporaire toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre provisoirement à la disposition d'une troisième personne, appelé "utilisateur", des salariés qui détermine leur mission et en contrôle l'exécution".

Une autre forme de relation triangulaire a été réglementée également pour la première fois au Maroc par

²³Voir supra.

le projet de code de travail. Elle concerne les agences d'emploi privées.

En effet, si l'article 471 indique que l'intermédiation entre l'offre et la demande de l'emploi est assurée par des services créées à cet effet par l'autorité gouvernementale chargée de travail (CIOPE), l'article 472 crée une autre catégorie d'intermédiaire inconnu jusqu'à ce jour au Maroc -du moins légalement- : les agences de d'emploi privé

Ces dernières "peuvent également participer à l'intermédiation après autorisation accordée par l'autorité gouvernementale chargée de travail".

Le projet de code propose à leur sujet la définition suivante : "on entend par agence d'emploi privée, toute personne physique ou morale ayant pour activité une ou toutes les opérations suivantes :

- le rapprochement de l'offre et de la demande sans qu'elle soient partie à la relation de travail qui pourrait en résulter :

- la mise en oeuvre de toutes mesures visant à favoriser l'insertion professionnelle des demandeurs d'emploi.

Ainsi si le projet de code du travail est adopté, seul le recours aux trois formes de relations triangulaires serait autorisé (sous-entreprise, contrat intérimaire et le placement des A.E.P.).

C- Tendances

Malheureusement nous ne disposons pas de statistiques officielles pour mesurer l'ampleur effective du recours à ce genre de rapports juridiques et ceci pour plusieurs raisons.

D'abord, la direction des statistiques qui publie annuellement un rapport sur les tendances sociales en matière d'emploi considère les travailleurs des sous-entreprises comme des salariés liés par un contrat de

travail normal, et par conséquent les fait figurer parmi les autres travailleurs qui se trouvent dans une situation ordinaire.

Ensuite, le recours à l'intermédiation des agences de conseil en recrutement et aux entreprises de travail temporaire n'est pas très répandu au Maroc pour des raisons culturelles et l'absence d'un cadre juridique (le projet de code de travail n'est pas encore adopté).

Enfin, la plupart des entreprises recourent généralement à une personne physique pour effectuer une tâche déterminée. Ce qui induit une confusion dans les statistiques entre le travail en sous-traitance et le travail indépendant.

Toutefois de multiples indicateurs nous amènent à croire que le recours aux relations triangulaire, notamment sous forme de contrat de sous-entreprise est en croissance constante. Une étude réalisée dans dix grandes entreprises marocaines²⁴ indique qu'il y a une grande tendance à l'externalisation, notamment dans des activités comme de maintenance²⁵, le gardiennage, le bâtiment, le textile, la Bureautique et l'agriculture.

L'office national d'électricité sous traite près de 40 % de son budget maintenance qui s'élève à 102 millions de dirhams et plus de 35 % de ses travailleurs sont spécialisés dans la maintenance. Le même principe est adopté par l'office chérifienne de phosphate. "L'objectif recherché à travers le recours à l'expertise externe est de permettre de se recentrer sur ses métiers de base, à savoir l'extraction et la valorisation du phosphate. La sous-traitance constitue un véritable gisement d'emploi. En effet, l'OCP prévoit d'offrir 1700 emplois d'ici 2003"²⁶.

Il est très significatif de relever que les sanctions pénales prévues par le dahir de 1953 pour la violation des

²⁴ RAM, OCP, ODEP, CIOR, LPEE,

²⁵ Voir "L'économiste" du 4 juin 1999 le dossier sur la maintenance : dix études de cas.

²⁶ Ibid, p. 11.

dispositions sur le marchandage sont restées lettres mortes. En effet, dans la pratique, il est très difficile de déterminer le bénéfice réalisé par le marchandeur car il faut tenir compte du travail effectué par lui : travail manuel, rôle de direction de l'équipe, etc., et d'autre part, il est extrêmement rare de trouver un contrat de sous-entreprise portant exclusivement sur la main d'oeuvre, en dehors du contrat d'équipe, qui lui n'est pas prohibé. De même, l'interdiction du marchandage a perdu sa raison d'être après l'adoption du dahir 18 juin 1936 sur le salaire minimum²⁷. C'est ce qui justifie l'abandon de cette forme d'emploi dans le projet de code de travail, d'autant plus que le projet a réglementé d'une manière précise le recours aux établissements de travail temporaire lorsque le besoin en main d'oeuvre se fait sentir.

Cependant, le recours au contrat de sous-entreprise dont l'objet exclusif n'est pas seulement la fourniture de main d'oeuvre peut porter préjudice aux intérêts des travailleurs. En effet, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, par exemple, les entrepreneurs trouvent un intérêt particulier à recourir à ce genre de contrat, notamment pour les travaux qui exigent beaucoup de main-d'oeuvre et où la mécanisation est impossible. En effet, ces entrepreneurs sont incités à sous-traiter à des petits tacherons, appelées dans le langage local "Boublancha", les travaux exigeant beaucoup de mains d'oeuvre, ce qui leur permet d'éviter les difficultés d'embauche et surtout de détourner les contraintes du droit du travail.

On peut en conclure sans crainte de nous tromper qu'un très grand nombre d'entreprises trouve un avantage financier certain et une meilleure santé en recourant à la sous-traitance ce qui ne manquera pas à accentuer le phénomène de l'extériorisation de l'emploi.

D- Concept juridique de l'intermédiaire et du sous-traitant

²⁷ Pierre Frayssinet "le droit des rapports individuels du travail au Maroc", Thèse de doctorat, 1957, Casablanca, p. 124.

Mais quelles sont les différences entre toutes les formes d'emploi étudiées jusqu'ici ?

D'après les définitions déjà citées, on peut relever les différences suivantes entre les quatre situations de relations triangulaires jusqu'ici invoquées :

1- Lorsqu'on parle de sous-entreprise on est en présence de trois personnes, l'employeur principal qui confie une tâche déterminée (fourniture de travaux ou de services prédéterminés) à une autre entreprise, appelée sous-entreprise, qui s'engage à effectuer cette tâche avec ses propres moyens, y compris ses travailleurs qui restent sous son contrôle et sa supervision. Le contrat qui lie l'employeur et la sous-entreprise est un contrat commercial régi par les dispositions du nouveau code de commerce, par contre le sous-entrepreneur est lié aux travailleurs par de véritables contrat de travail. L'employeur principal rémunère le sous-entrepreneur selon le travail effectué ou le service rendu, généralement il s'agit d'une somme forfaitaire, par contre, le sous-entrepreneur est responsable du versement de salaire selon les modalités prévues par la législation du travail et il est également personnellement responsable du respect des obligations incombant à sa qualité d'employeur.

- On n'est en présence d'un marchandage d'abord lorsque les bénéfices réalisés ne dépassent pas 10 % ; ensuite lorsque le "marchandeur" se contente uniquement de fournir la main d'oeuvre qui est nécessaire à l'entreprise principale. A la différence de la sous-entreprise, il n'existe aucune prestation de services qui devrait être fournie par le marchandeur.

- L'intermédiation par l'entremise d'entreprise de travail temporaire ressemble sur certains points à la sous-entreprise. Les salariés intérimaires sont embauchés par l'entreprise de travail temporaire par un contrat de travail. Ils sont sous sa subordination et c'est elle qui leur verse leur salaire, leur indemnité de congés payés, etc. Le contrat qui lie l'entreprise de travail temporaire à l'employeur principal est un contrat commercial.

L'intérimaire est lié à l'entreprise utilisatrice par un contrat de mission. L'intérimaire se trouve donc soumis au contrôle de deux employeurs: entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice.

L'intermédiation par le recours aux agences d'emploi privées se différencie de la sous-entreprise et de l'intermédiation des entreprises de travail temporaire pour se rapprocher plutôt du marchandage. En effet, l'agence d'emploi privée se contente de placer le travailleur dans une entreprise. Le travailleur n'est lié à la dite agence par aucun contrat. Par contre, si la relation de travail est nouée avec l'entreprise, il va devenir le salarié de celle-ci avec toutes les conséquences que cela implique.

Protection des travailleurs

Le recours au contrat de sous-entreprise si il est avantageux pour les entrepreneurs, l'est beaucoup moins pour les travailleurs qui font souvent les frais de l'opération puisque les sous-entrepreneurs sont généralement des personnes démunies et n'offrant aucune garantie de solvabilité. Si le sous-entrepreneur subit un risque éventuel, ces travailleurs perdent la plupart des avantages que leur garantit la législation du travail. Aussi bien, le législateur a adopté certaines dispositions qui tendent à fournir le minimum de garanties aux travailleurs du sous-entrepreneurs.

1- Conditions d'emploi

Le dahir du 2 juillet 1947 sur la réglementation du travail rappelle que lorsqu'un contrat de sous-entreprise "porte essentiellement sur la main d'oeuvre des travaux à accomplir et si le sous-entrepreneur n'est pas un chef d'établissement inscrit au registre de commerce, l'entrepreneur principal est tenu d'observer toutes les prescriptions de la législation du travail en général, à l'occasion de l'emploi dans ses ateliers, magasins ou chantiers, de salariés du sous-entrepreneur, comme s'il s'agissait de ses propres ouvriers ou employés et sous les mêmes sanctions".

Pour la mise en oeuvre de cette obligation trois conditions doivent être réunies. D'abord il est nécessaire que les salariés du sous-entrepreneur soient employés dans les magasins ou chantiers de l'entrepreneur principal. En second lieu, il convient que le sous-entrepreneur ne soit pas un chef d'établissement inscrit au registre de commerce et ne soit pas propriétaire d'un fonds de commerce. Enfin, l'entrepreneur principal doit être lié avec le sous-entrepreneur par un contrat portant essentiellement sur la main-d'oeuvre des travaux à accomplir. Lorsque ces trois conditions sont réunies il y a substitution légale de l'entrepreneur principal au sous-entrepreneur²⁸.

Outre les conséquences civiles, et éventuellement pénales, résultant du non-respect des obligations imposées au titre de la législation du travail, l'entrepreneur principal encourt une amende pour infraction à l'article 8 du dahir du juillet 1947. L'article 59 du même dahir prévoit en effet, que cette infraction est passible d'une amende de 50 à 900 francs. En cas de récidive dans un délai d'un an, le contrevenant doit payer d'une amende de 1000 à 6000 francs. L'amende sera appliquée autant de fois qu'il y a de contraventions distinctes constatées par le procès-verbal. Le manque des effectifs de l'inspection du travail et la passivité des pouvoirs publics, le silence forcé des travailleurs font que la plupart des dispositions de la législation du travail ne soient pas appliquées aux travailleurs en général. Il n'en va pas autrement en ce qui concerne la protection de leur salaire.

2- Garantie de paiement de salaire

L'article 18 du dahir de 1953 tend à consacrer en droit les liens de fait existant entre les travailleurs du sous-entrepreneur et l'employeur principal. En effet, les travailleurs peuvent sous certaines conditions, exercer un recours contre l'employeur principale pour le paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés lorsque leur employeur est insolvable ; encore faut-il que le sous-

²⁸Bernard Bouloc : "Marchandage", Recueil Dalloz Travail, 1977, p. 3.

entrepreneur ne soit ni inscrit au registre de commerce, ni propriétaire d'un fonds de commerce.

L'article 91 du projet va plus loin. Il oblige l'entrepreneur principal de s'acquitter du paiement des salaires, des indemnités de congés payés, de l'indemnité de licenciement..., en ce qui concerne les travailleurs qu'il emploie, peu importe que les travaux soient exécutés ou les travaux soient fournis dans ses établissements ou leurs indépendances ou qu'ils le soient dans des établissements ou dépendances autres que les siens ou qu'il soient exécutés par des travailleurs à domicile, lorsque le sous-entrepreneur devient insolvable.

L'article 92 du projet reprend les mêmes stipulations de l'alinéa 3 de l'article 18 du dahir de 1953. Il précise qu'en cas d'insolvabilité du sous-entrepreneur, les salariés lésés... ont une action directe contre l'entrepreneur principal pour qui le travail aura été exécuté²⁹.

Par ailleurs, l'article 93 du projet, qui reprend les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 18 du dahir de 1953, souligne que "l'entrepreneur n'est responsable du paiement des salaires du personnel du sous-entrepreneur que si un avis de défaut de paiement lui est adressé dans les trente jours (six mois dans la législation actuelle) qui ont suivi la date d'exigibilité des salaires du dernier mois ou de la dernière quinzaine, demeurés impayés, soit par les salariés du sous-entrepreneur, soit par l'autorité administrative locale ou l'agent chargé de l'inspection du travail".

3- Conditions d'hygiène et de sécurité

L'article 8 du dahir du 2 juillet 1947 précité impose une obligation générale à l'entrepreneur principal lorsque le sous-entrepreneur n'est pas enregistré au registre de commerce et n'est pas propriétaire d'un fond de

²⁹ L'alinéa 3 de l'article 18 du dahir du 24 janvier 1953 stipule : "... le salarié ... [aura], en cas d'insolvabilité du sous entrepreneur, une action directe contre l'entrepreneur principal pour qui le travail aura été effectué.

commerce. L'entrepreneur doit respecter les dispositions pertinentes du dit dahir notamment celle figurant au titre III relatif à l'hygiène et la sécurité des travailleurs. Le même article indique que l'entrepreneur principal est tenu d'observer les dispositions des arrêtés pris en application du dahir en question. Ce qui laisse entendre que toutes les dispositions réglementaires relatives à l'hygiène et la sécurité doivent être respectées. De même l'article 8 fait référence à la législation du travail en général, ce qui implique que toute la législation qui a trait à l'hygiène et sécurité des travailleurs en dehors des dispositions qui figurent dans le dahir de 1947 doivent être observées par l'entrepreneur principal, sous peine de sa responsabilité civile et pénales.

Par contre, lorsque le sous-entrepreneur est immatriculé au registre de commerce et propriétaire du fonds de commerce, il est en principe personnellement responsable de la sécurité des travailleurs. Néanmoins, ces deux conditions ne sont pas suffisantes pour écarter la responsabilité de l'entrepreneur principal chaque fois que le juge de fond constate que le sous-entrepreneur travaille sous la dépendance totale de ce dernier (Jugement du tribunal de paix de Marrakech du 2 octobre 1951).

Cependant, en matière d'accident de travail; deux situations sont à signaler:

- lorsque les travailleurs du sous entrepreneurs exercent leur activités dans les locaux de l'employeur, ce dernier est personnellement responsable de la réparation des accidents survenues dans ses ateliers;

- Lorsque les travaux sont accomplis en dehors de ses établissements, la responsabilité incombe au sous-entrepreneur.

Ce partage de responsabilité opéré par la loi est fâcheux pour les travailleurs. Il a le grave inconvénient de priver une majorité des travailleurs du droit à la réparation des accidents de travail puisqu'il suffit à l'entrepreneur principal désireux de se soustraire à cette obligation légale à faire en sorte que les travaux soient

accomplis ailleurs que dans ses propres locaux. Cette restriction du domaine de la responsabilité selon l'ère géographique est une anomalie qu'il faudra corriger si l'on veut assurer une véritable protection des travailleurs, d'autant plus que ce risque n'est pas pris en charge par la sécurité sociale.

Sécurité sociale

La législation actuelle et le projet du code de travail impose à l'entrepreneur principal lorsque le sous-entrepreneur n'est pas enregistré au registre de commerce et n'est pas propriétaire du fonds de commerce d'immatriculer le salarié à la caisse nationale de sécurité sociale. Bien plus, le législateur a accordé à la caisse, au même titre qu'au travailleur, le droit à une action directe lorsque le sous-entrepreneur est insolvable.

Liberté syndicale

Comme le droit syndical est consacré par la Constitution et vu que les dispositions du dahir de 1957 sur les syndicats professionnels sont très libérales, tous les travailleurs quels qu'ils soient ont le droit d'adhérer aux syndicats de leur choix et de mener des actions syndicales y compris de participer à des grèves.

S'agissant de la grève l'externalisation de l'emploi pose un problème. Si les travailleurs du sous-entrepreneur ont le droit de participer à une grève pour faire aboutir des revendications professionnelles à l'encontre de leur employeur (le sous-entrepreneur) la question se pose s'ils peuvent déclencher ou participer à une grève contre l'entrepreneur principal. A notre avis, puisque le droit de grève est consacré par l'article 14 de la Constitution marocaine et en l'absence de la loi organique qui devrait le réglementer et tant que l'arrêt de travail a pour objectif de faire aboutir des revendications professionnelles ayant trait à leurs conditions de travail, cette grève devrait être déclarée comme licite. Dire autrement, c'est priver les travailleurs d'un droit constitutionnellement reconnu et légitimer l'exploitation

de cette catégorie de travailleurs qui, dans les faits, est sous la subordination de deux employeurs.

La négociation collective

La législation actuelle n'a pas prévu un régime juridique de la négociation collective. Cependant le projet de code du travail a comblé cette lacune en disposant dans son article 97 que la négociation collective peut se dérouler soit au sein de l'entreprise entre l'employeur et les syndicats des travailleurs, soit au niveau sectoriel entre l'employeur ou les organisations professionnelles des employeurs et les syndicats les plus représentatifs des travailleurs, soit enfin au niveau national entre les organisations professionnelles des employeurs et les syndicats les plus représentatifs des travailleurs.

La lecture attentive des dispositions du projet ne laisse aucun doute quant au droit des travailleurs qui se trouvent dans une relation de travail triangulaire à la négociation collective par l'intermédiaire de leur syndicat.

Le dahir du 9 octobre 1962 sur la représentation du personnel permet aux travailleurs du sous-entrepreneurs qui accomplissent leur travaux dans les locaux de l'entrepreneur principal de participer au même titre et selon les mêmes conditions que les travailleurs de l'entreprise aux élections des délégués du personnel ou d'être éligible.

Ainsi l'article 5 du dit dahir stipule "que sont électeurs les salariés des deux sexes âgés de dix huit ans accomplis ayant travaillé six mois au moins dans l'établissement...".

L'article 6 souligne que sont éligibles... les électeurs de nationalité marocaine ... ayant travaillé dans l'établissement sans interruption depuis un an au moins.

La lecture de ces deux articles nous permet de conclure que les travailleurs du sous-entrepreneur ayant accompli six mois et un an peuvent être respectivement électeurs et éligibles puisque le dahir ne prévoit pas un

rapport contractuel direct entre l'employeur et le salarié ; il exige seulement d'accomplir le travail au sein de l'entreprise pour bénéficier des dispositions du dahir. En conséquence, les travailleurs de la sous-entreprise peuvent demander à leur délégué du personnel de présenter à l'entrepreneur principal leur réclamation individuelle et de saisir le cas échéant l'inspection du travail.

Accès à la justice

Nous avons relevé plus haut que le code de la procédure civile permet à quiconque de saisir le juge d'un litige qui l'oppose à autrui. Et nous avons vu comment le droit positif marocain et le projet de code de travail établissent parfois un lien direct entre le travailleur et l'entrepreneur principal. Ce qui nous permet de conclure que ces travailleurs bénéficient de la garantie du recours à la justice.

Bien plus, très souvent, le juge attache un grand intérêt à la recherche dans les faits si le recours au contrat de sous entreprise n'a pas pour seul objectif d'éluider l'application de la législation du travail. Si tel est le cas, il n'hésite pas à recalifier le contrat en cause de contrat de travail.

Ainsi, par exemple, le juge du fond a eu l'occasion de recalifier le contrat de tacheronnage en contrat de travail, notamment lorsqu'il constate que l'une des trois conditions nécessaires à sa formation -contrat de tacheronnage- fait défaut (prix forfaitaire, liberté d'organiser le travail et de se faire aider, bénéfice prélevé sur le travail des ouvriers par lui payés). Le tribunal de paix de Marrakech avait jugé que le fait que X payait Y au fur et à mesure du travail effectué au lieu d'avoir conclu à l'avance un prix forfaitaire payable seulement à la fin de l'exécution du travail nous met en présence d'un contrat de travail et non un contrat de tacheronnage (Jugement du tribunal de paix de Marrakech du 2 octobre 1952).

Pour une meilleure protection des travailleurs des sous-entrepreneurs

III- Travail indépendant

A la différence de la législation de plusieurs pays, le droit marocain ne consacre aucune définition au travailleur indépendant.

Mais nous pouvons dire qu'il s'agit d'un travailleur qui est lié par un contrat autre qu'un contrat de travail et qui exerce son activité en toute indépendance, sans aucun contrôle direct du maître d'ouvrage, en utilisant son propre outillage et matériels et en supportant seul les risques éventuels de son activité. Il peut choisir sa clientèle, subir toutes ses fluctuations. Inversement il supporte les dettes de son activité et peut être mis en faillite.

Bref, Pour reprendre une formule du professeur Gérard Lyon-Caen, "du point de vue juridique, il est encore possible de dire que dans le travail salarié, le travailleur vend ou loue sa force de travail; dans le travail non salarié, il vend des produits ou des services. Sa force de travail restant extérieure au contrat".

La direction des statistiques propose la définition suivante: l'indépendant est "toute personne active occupée travaillant pour son propre compte, et n'employant aucun salarié d'une façon permanente".

A- Critères du travailleur indépendant

Nous avons vu plus loin que trois critères nous permettent de distinguer le travailleur salarié des autres travailleurs : la prestation de travail, la rémunération et le lien de subordination. L'article 6 du projet du code de travail reprend ces trois critères lorsqu'il définit le travailleur.

Aux termes de cet article "est considéré comme travailleur, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, sous la direction d'un ou plusieurs employeurs moyennant rémunération, quelque soit le mode de celle-ci et ses modalités de payement".

Aussi, lorsque les indices précédemment avancés pour caractériser le contrat de travail font défaut, nous pouvons conclure qu'en est en présence d'un travail indépendant.

Ainsi, le travailleur indépendant n'est pas intégré dans un service organisé, n'est pas placé sous la direction de celui pour lequel il travaille, et n'est pas en état de subordination juridique par rapport à ce dernier.

Cela se déduit notamment de ce qu'il travaille généralement en dehors des locaux de son client, qu'il n'a pas à respecter d'horaire de travail, que le destinataire du travail ne lui donne pas d'ordres ni de directives, ne contrôle pas son activité. Le travailleur indépendant fixe lui-même ses propres conditions de travail. s'il s'agit par exemple d'un artisan il est propriétaire de son propre matériel, instruments de travail et il acquiert lui-même les fournitures qui lui sont nécessaires. A titre secondaire, mais nullement des indices négligeables, sa qualité de travailleur indépendant sera renforcé par le fait qu'il est inscrit au registre de commerce, qu'il dispose d'une patente³⁰.

En second lieu, la jurisprudence fait ici directement référence à la question des risques et des profits. Le travailleur indépendant travaille pour son propre compte, il a donc sa propre entreprise dont il supporte les risques et recueille les profits.

En troisième lieu, à la différence du travailleur salarié qui doit effectuer personnellement la prestation de travail, le travailleur indépendant non seulement peut se faire remplacer, mais surtout peut se faire assister de son propre personnel³¹.

En dernier lieu, si le travailleur subordonné reçoit un salaire régulier quelque soit la situation de l'entreprise, salaire qui bénéficie d'un régime juridique

³⁰ Gérard Lyon-Caen, op. cit., p. 37.

³¹ Ibid.

protecteur spécial, le travailleur indépendant ne touche ses honoraires qu'une fois l'activité terminée . Il ne perçoit la contrepartie de son travail que si celui-ci a été réalisé.

Modalités du travail indépendant

Il n'existe pas un seul régime de travail indépendant, il existe autant de régimes qu'il y a de professions indépendantes. Cela n'empêche qu'on peut regrouper les professions indépendantes en trois catégories : le travail indépendant manuel tel les artisans, le travail indépendant intellectuel tels les professions artistiques et enfin les professions libérales qui excluent impérativement toute idée de dépendance et partant de salariat tel la profession d'avocat.

Les artisans

On l'absence d'une définition de l'artisan dans la législation marocaine, la doctrine considère comme tel celui qui travaille pour son propre compte avec une clientèle privée.

Le projet de loi portant sur l'organisation des métiers et services propose deux définitions : la première concerne l'artisanat "... c'est une activité recourant principalement à l'utilisation de la force humaine dans le but de transformer des matières premières en vue de la fabrication de produits finies ou semi-finis, sans ou avec recours à une force motrice dont l'activité pour chaque activité sera fixée par décret...". La seconde définition concerne l'artisan "... c'est un travailleur manuel, généralement indépendant, de l'un ou de l'autre sexe, généralement propriétaire de ses outillages de travail, exerçant un métier appris à plein temps dans un local, à domicile ou de façon ambulante, produisant des biens et services et consacrant la majeure partie de son temps à son travail de production et éventuellement de commercialisation"³².

³² Le projet de code l'artisanat propose la définition suivante "est considéré comme artisan tout individu (...) dont la qualification est reconnu soit par apprentissage antérieur soit par un long exercice de la

On distingue deux catégories d'artisans indépendants:

D'une part, le chef d'entreprise, appelé le "mâalem", qui est généralement propriétaire de son établissement, l'exploite et travaille pour lui même. Dans la plupart des cas, c'est un artisan qualifié, ayant une profonde connaissance et une expérience assez longue dans le métier. Un chef d'entreprise peut travailler seul ou bien utiliser de la main d'oeuvre, ce qui est généralement le cas. Le projet de code du travail de 1999 propose la définition suivante "est considéré comme employeur dans le secteur traditionnel toute personne qui exerce son activité avec l'assistance de son conjoint, ses ascendants ou descendants, en faisant appel à cinq assistants au plus et qui accomplit une profession soit dans son domicile, ou un autre lieu où il travaille et ceci dans le but de fabriquer des produits traditionnelles pour les commercialiser".

D'autre part, l'artisan libre. C'est -à- dire celui qui travaille dans une entreprise pour son propre compte. Cet artisan collaborateur d'une entreprise ou cocontractant, exerce librement une activité qui lui est profitable. Dans le secteur traditionnel de l'artisanat, beaucoup d'artisans libres disposent de ce fait d'un droit d'usage sur l'outil de production du chef d'entreprise. Dans certain secteurs, cet artisan libre est lui-même, parfois, employeur de main d'oeuvre³³.

Les professions intellectuelles

Il n'existe aucune définition légale à cette catégorie de profession. Néanmoins on peut les définir comme étant les professions qui s'exercent en toute indépendance et qui nécessitent pour leur exercice l'obtention d'un diplôme ou d'un titre universitaire ou qui font appel aux ressources de l'intelligence et à un savoir élevé et dans lesquelles l'activité matérielle n'y est jamais que l'activité accessoire de l'esprit. Parmi ces

profession ...".

³³ BIT "Extension de la protection sociale au secteur de l'artisanat", OIT/ PNUD/ MOR/ 87/008, Genève, 1990.

professions on peut citer les professions commerciales, littéraires, artistiques, etc.

Les professions libérales

Il est très difficile de distinguer les professions libérales des autres professions indépendantes, d'autant plus qu'il n'existe pas une définition légale des professions libérales. La doctrine propose la définition suivante : "la profession libérale se présente comme un groupe socioprofessionnel à la spécificité très marquée. Elle possède son éthique particulière, ses valeurs spécifiques, ses normes, sa loi, sa justice. Elle recrute ses membres au sein d'une élite socioculturelle privilégiée, leur confie une mission sociale d'intérêt public et leur assure le prestige, l'indépendance et la liberté. En retour, elle exige d'eux des qualités humaines et morales très élevées ; le sens aigu des responsabilités, la compétence, le dévouement, le désintéressement et l'esprit de sacrifice. A l'égard du client, la profession libérale est aussi le lieu où s'établissent des rapports humains d'une rare intensité psychologique qui baignent dans un climat de confiance, d'intimité et de communion et de confiance"³⁴.

La Confédération Internationale des Travailleurs Indépendant souligne : "exerce une profession libérale toute personne qui, en toute indépendance et libre de tout lien de subordination, met ses connaissances et ses dons au service d'autrui par un effort où l'activité de l'esprit est prédominante"³⁵.

Il existe deux catégories de professions libérales : les professions juridiques tels les avocats, les huissiers de justice, les notaires, les conseils juridiques et les professions libérales médicales tels les médecins, pharmaciens, sages femmes, infirmières, etc.

C- Tendances

³⁴Omar Azziman : "La profession libérale au Maroc", Collection de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Edt Marocaines et Internationales, Tanger, 1980, p. 30.

³⁵Ibid, p. 28.

(Voir annexe : tableau de la direction des statistiques)

D- Régime juridique du travail indépendant

En absence d'un statut juridique du travailleur indépendant, il serait inapproprié de parler d'un régime juridique uniforme de cette catégorie de la population active. L'extrême diversité des différentes professions ne permet guère de penser qu'un tel statut verra le jour de sitôt. Cependant, la lecture croisée des textes juridiques existants nous permet de relever des règles générales qui pourraient s'appliquer à l'ensemble des professions indépendantes.

Si le droit au travail était déjà consacré par les précédentes Constitutions et réaffirmé par la dernière, force est de constater que c'est le nouvel constituant marocain qui a élevé au rang de principe constitutionnelle la liberté du commerce et de l'industrie en affirmant dans l'article 15 que la liberté d'entreprendre demeure garantie. Ainsi toute personne quel qu'il soit a le droit de s'installer, d'exercer une activité professionnelle. Bien entendu cette liberté n'est pas absolue et le législateur peut intervenir pour limiter l'accès à certaines professions. Ainsi par exemple pour l'ensemble des professions libérales, il faudra pour pouvoir exercer répondre à certaines exigences (obtention de diplôme, inscription dans un tableau ou une liste, acceptation par un ordre, etc.). De même, certaines professions commerciales ou industriels nécessitent l'obtention d'une licence ou d'une autorisation préalable. on parle à leur sujet de "professions fermées". Tels est le cas, par exemple, du transport public (taxi, car, bus, etc.), des débits de boissons alcoolisées, du commerce du tabacs, des ambulanciers, etc.

Le code des obligations et des contrats offre un cadre juridique adéquat pour régir les rapports des travailleurs indépendants et leur client.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 723 du DOC le contrat d'entreprise "est celui par lequel une personne

s'engage à exécuter un ouvrage déterminé, moyennant un prix que l'autre partie s'engage à lui payer".

L'article 724 du DOC semble même viser les professions libérales . Il stipule : " la loi considère comme un louage d'industrie les services que les personnes exerçant une profession ou un art libéral rendent à leurs clients, ainsi que ceux des professeurs maîtres de science, arts et métiers".

Bien plus, l'article 760 indique que "l'entreprise de construction et tous autres contrats dans lesquels l'ouvrier ou artisan fournit la matière première sont considérés comme louage d'ouvrage".

L'article 789 du DOC semble viser les professions juridiques lorsqu'il indique que "le mandat est un contrat par lequel une personne charge une autre personne d'accomplir un acte licite pour le compte du commettant...".

En définitive le DOC offre une panoplie de choix aux professionnels pour mouler leur rapport juridique avec leur client.

Le droit commercial n'est pas étranger au travailleur indépendant. Toute personne qui exercera à titre principal et habituel une des activités commerciales énumérées par l'article 6 du nouveau code de commerce de 1996 sera considérée commerçant. Toute personne également qui a effectué un acte de commerce par sa forme se verra appliquer les dispositions du code de commerce. Le travailleur indépendant qui exercera son activité dans un local se verra régie par les dispositions du droit commercial relatives au fonds de commerce. Bien plus, le nouveau code des sociétés a créé une entité juridique inconnu jusqu'à présent au Maroc : La société unipersonnelle ("One Man Company"). Désormais une seule personne pourra créer une S.A.R.L., et bien des travailleurs indépendants choisiront cette option pour séparer leur patrimoine personnel du capital de la société en cas de difficulté.

Le droit fiscal s'intéresse également au travailleur indépendant qui, avant d'exercer, doit être enregistré au registre des patentes et respecter certaines obligations.

Le droit du travail n'ignore pas complètement le travailleur indépendant. Au contraire bien des dispositions de la législation du travail s'adressent à l'établissement abstraction faite des travailleurs. Ainsi l'article 4 du dahir du 2 juillet 1947 portant réglementation du travail souligne que toute personne, physique ou morale, qui s'installe pour exercer une profession soit commerciale, industrielle ou libérale, sans être engagé dans des liens d'un contrat de louages de services, doit avant de s'installer ou d'exercer son activité, en faire la déclaration à l'inspection du travail.

Les dispositions relatives à la fermeture les jours des fêtes légales visent indifféremment les travailleurs indépendants et les salariés.

Il est donc indéniable qu'un régime juridique du travail indépendant existe dans notre droit positif. Cependant, il est éparpillé dans plusieurs textes juridiques.

E- Droits et obligations du travailleur indépendant

Le travailleur indépendant exerce son activité professionnelle à titre lucratif, d'une manière continue et répétitive puisqu'il en fait sa profession habituelle en gardant une indépendance totale, lui seul recueille les profits et supporte les risques de son entreprise. Cette activité professionnelle peut être civile ou commerciale. Mais quelque soit sa nature, le travailleur indépendant sera toujours astreint d'accomplir des actes matériels ou intellectuels au profit de son cocontractant. Ainsi il sera toujours débiteur d'une obligation (obligation de moyens ou de résultat), mais en même temps il sera également créancier envers le destinataire de la prestation.

Nous étudierons successivement les droits et les obligations du travailleurs indépendant. Mais là aussi il faudra interroger plusieurs textes juridiques pour les

découvrir. Cependant, force est de constater que plusieurs droits relèvent du statut du travailleur subordonné comme du travailleur indépendant.

Droits du travailleur indépendant

Il en est ainsi des dispositions du DOC qui s'appliquent en même temps au louage de services et au louage d'ouvrage. L'article 727 du DOC rappelle qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour un ouvrage déterminé par le contrat ou par l'usage, à peine de nullité absolue du contrat. Et l'article 728 confirme la nullité de toute convention qui engagerait les services d'une personne sa vie durant ou pour un temps tellement étendu qu'elle lierait l'obligé jusqu'à sa mort. Le travail forcé demeure donc interdit. Le louage de services (contrat de travail) comme le louage d'ouvrage (contrat d'entreprise) peut toujours cesser par la volonté d'un seul des contractants et la preuve de la rupture abusive du contrat incombe au demandeur (Cass. Soc. 31 1 1947, R.A.C.A.R., T 14, p. 156).

Tout travail qu'il soit indépendant ou subordonné mérite un salaire. Le travailleur indépendant a droit à une contrepartie de son travail. L'article 730 du DOC confirme ce droit. Il stipule: "le prix doit être déterminé ou être susceptible de détermination. On peut promettre comme prix de louage une part déterminée des gains ou des produits, ou bien une remise proportionnelle sur les opérations faites par le locateur d'ouvrage".

L'article 732 précise que "la convention d'un prix ou d'un salaire est toujours sous-entendue :

- 1- lorsqu'il s'agit de services ou d'ouvrages qu'il n'est point d'usage d'accomplir gratuitement;
- 2 lorsque celui qui les accomplit en fait sa profession ou son état;
- 3 lorsqu'il s'agit d'une affaire commerciale ou d'un fait accompli par un commerçant dans l'exercice de son commerce".

De même, l'article 888 du DOC déclare que "le mandat est gratuit à moins de convention contraire". Mais il ajoute immédiatement que "la gratuité n'est pas présumée lorsque le mandataire se charge par état ou profession des services qui font l'objet du mandat". Ainsi le mandat professionnel est salarié sauf preuve contraire.

Lorsque les deux partis au contrat restent silencieux sur ce sujet, il appartient au tribunal de déterminer le prix des services ou de l'ouvrage d'après l'usage ; s'il existe un tarif ou taxe déterminé, les parties sont censées s'en être remises au tarif ou à la taxe (art. 733 du DOC).

Le prix est due après l'accomplissement des services ou de l'ouvrage qui font l'objet du contrat. Il doit être payé en totalité même lorsque celui qui s'est engagé n'a pu prêter ses services ou accomplir l'ouvrage pour une cause dépendant de la personne du commettant, notamment lorsqu'il s'est toujours tenu à la disposition de ce denier et n'a pas loué ailleurs ses services. (art. 734 et 735 du DOC). Et l'article 778 précise que le paiement est du au lieu où l'ouvrage doit être livré.

Le locateur d'ouvrage a le droit de retenir la chose qui lui a été commandée ou les autres choses du commettant qui se trouve en son pouvoir, jusqu'au paiement de ses avances et main d'oeuvre, à moins que, d'après le contrat, le paiement ne dût se faire à terme. Dans ce cas, l'ouvrier répond de la chose qu'il retient d'après les règles établies pour le créancier gagiste. Cependant, si la chose péri sans la faute, il n'a pas droit au paiement de son salaire, car le salaire n'est du que contre livraison de l'ouvrage (art. 779).

Les obligations du travailleur indépendant

Par ailleurs, le travailleur indépendant, comme d'ailleurs le travailleur subordonné, doit exécuter le travail personnellement, notamment lorsqu'il résulte de la nature des services ou de l'ouvrage, ou de la convention des parties, que le commettant avait un intérêt particulier à ce qu'il accomplit personnellement son obligation (art. 736).

Le DOC met à la charge du travailleur dépendant et indépendant les conséquences de leur fait, négligence, imprudence et impertie. Ils répondent également des conséquences provenant de l'inexécution des instructions qu'il ont reçues, lorsqu'elles étaient formelles, et qu'ils n'avaient aucun motif grave de s'en écarter, lorsque ces motifs existent, il doivent en avertir le commettant et attendre ses instructions, s'il n'y a péril en la demeure (art. 738).

Le travailleur indépendant doit fournir les instruments et ustensiles nécessaires, à moins si la coutume ou la convention stipulent autrement (art. 761).

La lecture d'autres textes juridiques nous renseigne sur les droits et obligations des autres travailleurs non salarié. Il suffit de citer le dahir relatif à l'exercice de la profession d'avocat, le code de la déontologie des médecins, des architectes.

Parfois se sont les usages et la coutume qui déterminent les droits et obligations des travailleurs indépendants. On citera à titre d'exemple l'usage et les coutume du secteur artisanal avec les deux institutions de "Amine" et "Mouhtassib".

Protection du travailleur indépendant

L'activité professionnelle non salarié "implique nécessairement que celui qui s'y adonne en recueille les profits et en court les risques. C'est un entrepreneur, même si son entreprise ne le concerne que lui même, qu'elle soit petite ou de grande taille. A l'issue de son activité, il peut y avoir gains ou pertes. C'est ce qui oppose l'activité professionnelle non salarié à l'activité professionnelle du salarié et trace une limite à tout rapprochement"³⁶.

D'un coté, le travailleur dépendant parce qu'il est sous la subordination d'une autre personne se voit protéger par un ensemble de dispositif d'ordre public. De l'autre

³⁶Gérard Lyon-Caen, op. cit. p. 108.

coté le travailleur indépendant parce qu'il dispose d'une liberté totale dans son activité et parce qu'il travaille à ses risques et péril échappe à toute réglementation impérative. L'ensemble du droit du travail ne lui est pas appliqué (à l'exception des règles précédemment mentionnées). Ainsi il n'est pas concerné par la limitation de ses horaires de travail; il ne bénéficie pas du congés payés; les règles protectrices du licenciement sont écartées lorsqu'il y a rupture de son contrat ; sa rémunération échappe à toutes les règles dites protectrices du salaire : en cas d'insolvabilité du débiteur il ne bénéficie pas des mêmes privilèges que le salarié ; les dispositions sur le salaire minimum ne lui sont pas appliquées, son paiement ne nécessite pas la délivrance d'un bulletin de paie, la limitation de la quotité saisissable fixé par le dahir de 1913 ne lui est pas transposable, les mesures relatives à la saisie arrêt des salaires lui sont étrangères, la prescription annale ne lui est pas appliquée. En définitive les lois sur les conditions de travail et de rémunération ne s'appliquent qu'aux travailleurs salariés et assimilés. Le travailleur indépendant n'en fait pas partie.

De même les dispositions du dahir de 1963 relatif à la réparation des accidents de travail et des maladies professionnelles ne s'appliquent pas au travailleurs indépendants. Plusieurs arrêts de la Cour suprême ont refusé le bénéfice des dispositions de ce dahir aux travailleurs liés par un contrat d'entreprise. Le critère décisif est le lien de subordination puisque les travailleurs indépendants ne figurent pas ans la liste stipulée par les articles 3, 4? 8 et 9 du dahir.

Il n'en va pas autrement pour la sécurité sociale. Seuls les travailleurs dépendants et assimilés bénéficient des dispositions du dahir de 1973. Toutefois des dahirs ont étendu la sécurité sociale aux artisans et les pouvoirs publics sont entrain d'étudier la possibilité de généralisation à toute a population. Mais en attendant, seul le recours à des assurances privées ou aux régimes e capitalisation permet aux travailleurs indépendants de se munir contre certains risques.

La similitudes avec les travailleurs dépendant apparaît beaucoup plus nettement s'agissant de la liberté syndicale. Le droit syndical étant commun, comme on a vu précédemment, à tous ceux qui exercent une activité professionnelle. il semble même que le dahir de 1957 lorsqu'il définit l'objet du syndicat visait essentiellement les travailleurs indépendants : "Le syndicat a pour objet la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles". De même l'article 1 définit le syndicat comme un comme un groupement regroupant es personnes exerçant la même profession ou des métiers similaires ou connexe. Cependant si certaines professions sont encadrées par des syndicats (les médecins par exemple, la plupart des travailleurs indépendants sont gouvernés soit par les ordres professionnelles (avocat, médecins, pharmaciens, architectes, experts comptable)³⁷, soit par un cadre coopérative moderne (les chambres d'industrie et de commerce et les chambres artisanales)³⁸, ou traditionnelle (le "Mouhtassib" et le "Amine"³⁹.

Le droit de négocier avec leur propre travailleurs est expressément reconnu par le droit positif marocain aux travailleurs indépendants qui emploient des personnes. Mais se pose la question de savoir si eux mêmes ont le droit de négocier leur condition de travail avec le donneur d'ordre ou avec le pouvoir public. Ce genre de négociation est très

³⁷ Les ordres contrôlent l'accès à la profession, disposent d'un pouvoir réglementaire sur les conditions d'exercice de la profession (code de déontologie), d'un pouvoir disciplinaire très étendu. Mais ses décisions sont susceptibles de recours soit devant le tribunal administratif (ordre des médecin) soit devant la cour d'appel (ordre des avocats).

³⁸ Il existe deux organismes différents au Maroc. La chambres d'industrie et de commerce et la chambre artisanale. Elles ne bénéficient d'aucun pouvoir ni réglementaire ni disciplinaire, leur rôle est foncièrement consultatif.

³⁹ L'amine" joue le rôle du médiateur entre les membres d'une même corporation, en réglant leur différends, le cas échéant à l'amiable. En as d'échec de cette médiation, l'affaire est porté devant le "Mohatssib" qui a recours aux avis techniques de l'Amine et de son conseil. Voir le Dahir n° 1 82 70 du 21 juin 1982 portant promulgation de la loi n° 2 -82 relative aux attributions du Mohtassib et des oumana des corporations (B.O. n° 3636 du 7 juillet 1982 , p. 352à. voir Abdallah BOUDAHRAIN, op. cit. p. 17.

courant au Maroc. Nous citerons comme exemple les dernières négociations qui ont eu lieu entre les chauffeurs de camions indépendants et le ministère de transport sur leur condition de travail.

Le recours à la justice

Nous avons soulevé plus haut que l'activité professionnelle du travailleur indépendant peut être régie par les dispositions pertinentes du code de commerce chaque fois que cette activité fait partie de la liste énuméré par l'article 6 du code de commerce et chaque fois que le travailleur indépendant en fait sa profession habituelle. Ainsi lorsque c'est le cas ce sont les nouveaux tribunaux commerciaux qui sont compétents.

Mais lorsque l'activité professionnelle est exercé dans le cadre du droit commun se sont les tribunaux ordinaires qui deviennent compétent.

Même si la nouvelle loi a apporté des innovations quant à la procédure à suivre, son article expressément qu'en cas d'absence de dispositions spéciales se sont les règles du code de la procédure civile qui doivent s'appliquer.

IV -Indépendant en situation de dépendance économique

La doctrine définit le travailleur indépendant, en situation de dépendance économique, comme étant celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession pour un ou plusieurs employeurs et qui en tire le principal de ses ressources⁴⁰.

Même si la législation du travail s'intéresse principalement aux travailleurs liés par un contrat de travail dont le trait distinctif reste le lien de la subordination juridique⁴¹, il n'en demeure pas moins que le

⁴⁰La direction des statistiques propose la définition suivante pour désigner le salarié : "toute personne active occupée recevant un salaire d'un employeur, public ou privé, en contrepartie du travail qu'elle effectue".

⁴¹Voir supra

concept de "dépendance économique" n'est pas totalement ignoré par le droit du travail marocain.

Ainsi l'article 3 du dahir de 1947 relatif à la réglementation du travail a essayé de donner quelques indications sur la dépendance économique lorsqu'il a assimilé les travailleurs à domicile aux travailleurs de droit commun pour les faire bénéficier de l'ensemble de la réglementation du travail. Ce faisant, il a indiqué que sont considérés comme travailleurs à domicile "sans qu'il ait lieu chercher s'il existe ou non entre eux et l'employeur un lien de subordination juridique, ni s'ils travaillent sous la surveillance immédiate et habituelle de l'employeur, ni si le local où il travaille ou l'outillage qu'ils emploient leur appartient ou non, ni s'ils se procurent eux même ou non les fournitures accessoires, tous ceux qui satisfont aux conditions suivantes :

- exécuter pour le compte d'un ou plusieurs établissements industriels commerciaux, artisanaux, de quelque nature qu'ils soient... un travail qui leur est confié soit directement, soit indirectement, soit par un commissionnaire ou intermédiaire.

- n'utiliser d'autres concours que ceux d'un auxiliaire ou bien de leurs conjoints ou de leurs enfants âgés de moins de seize ans, non salariés...

Conservent la qualité de travailleur à domicile ceux qui, en même temps que le travail, fournissent tout ou partie des matières premières mise en oeuvre lorsque ces matières premières leur sont vendues par un donneur d'ouvrage qui acquiert ensuite l'objet fabriqué, ou par fournisseur indiqué par le donneur d'ouvrage et auquel les travailleurs sont tenus de s'adresser".

De même, le dahir du 18 avril 1942 portant statut des journalistes professionnels⁴² définit dans son article premier le journaliste comme celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa

⁴²B. O., n° 1539 du 24/4/1942, p. 333.

profession dans une ou plusieurs publications... et en tire le principal de ses ressources".

En définitive, le travailleur indépendant en situation de dépendance économique est un individu ayant la condition sociale de travailleur, exerçant son activité pour le compte d'un employeur qui lui fournit le travail et par là les moyens d'existence sans qu'il en supporte les risques⁴³.

Ainsi, bien des travailleurs indépendants dépendent en fait de leur fournisseurs ou plus généralement d'un contractant en position dominante. C'est le cas par exemple de l'indépendant qui travaille pour une seule entreprise cliente, du chauffeur propriétaire du camion qui met ses services à la disposition d'une seule compagnie de transport, du Khammes (colonat paritaire) qui travaille pour le compte d'un seul propriétaire terrien, du chauffeur de taxi astreint de travailler pour le compte du propriétaire de celle-ci, du tâcheron qui dépend de l'entrepreneur principal.

Tendances

Voir annexe statistique

Evolution qualitative

Il existe d'innombrables situations de travail indépendant, en situation de dépendance économique. Nous avons volontairement choisi de développer la situation du télétravailleur car ceci nous permettra d'avoir un aperçu sur les différents rapports juridiques qui peuvent exister entre le télétravailleur et son donneur d'ordre puisque cette situation est représentative de l'ensemble des rapports juridiques qui peuvent exister entre le travailleur indépendant dans une situation de dépendance économique et son employeur.

⁴³G.H. Camerlynck, op. cit., p. 62.

En effet, "le droit du travail s'est construit sur un modèle en voie de disparition : l'usine métallurgique ou la mine de charbon, bref de grands centres industriels où la subordination était évidente. Ce mode de fonctionnement taylorien était adapté au secteur secondaire du milieu du XX siècle. Mais aujourd'hui il ne fonctionne plus"⁴⁴. En effet, les nouvelles technologies ont introduit de nouvelles formes de travail : le télétravail par exemple⁴⁵.

Dans son acceptation courante, le télétravail est généralement assimilé au travail à domicile. Mais cette vision restrictive est largement dépassée.

D'après une étude du BIT, le télétravail peut se définir comme "tout travail effectué en un lieu où, loin des bureaux des ateliers centraux, le travailleur n'a pas de contact personnel avec ses collègues, mais peut communiquer avec eux en faisant usage de nouvelles technologies".

Cette définition recouvre des situations très différentes. Il peut s'agir d'un télétravail de type organisationnel, qui conduit l'entreprise à se redéployer à l'extérieur : elle dote ses salariés d'équipement et transfère, de ce fait, leur poste de travail à leur domicile. Elle peut aussi les regrouper dans les centres satellites, avec lesquels elle reste en liaison télématique constante.

⁴⁴J.E. Ray : "Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur", Droit social n° 12 février 1996, p. 121.

⁴⁵Au Maroc, en 1994, les II emes journées de télécommunication avaient eu pour thème "Le télétravail : une nouvelle forme de partenariat et de développement" Voir le Matin du 17, 18 19 et 20 mai 1994.

Sont également concernés les professionnels dont l'activité nécessite de nombreux déplacements et qui, grâce aux moyens d'électroniques de communication, peuvent rester en contact et se relier aux entreprises utilisant leur service quel que soit le lieu où ils se trouvent"⁴⁶.

Même si le télétravail n'a pas eu le succès escompté, il n'en demeure pas moins qu'il interpelle le juriste sur la nature juridique du contrat du télétravailleur .

Le télétravailleur : salarié ou indépendant ?

La situation contractuelle du télétravailleur peut donner lieu à une multitude de situations de fait, mais à un nombre limité de régimes juridiques. En effet, si dans la plupart de ces situations ce sont les qualifications du travail subordonné ou du travail à domicile qui seraient retenues, il n'en demeure pas moins que dans d'autres le contrat du télétravailleur pourra être qualifié de contrat d'entreprise⁴⁷.

- Le télétravailleur salarié

L'enjeu est de taille. Il s'agit de savoir si le télétravailleur bénéficiera des dispositions de la législation du travail ou non. Le dilemme paraît à premier

⁴⁶ BERNARD E. GBEZO : "Travailler autrement : la révolution du télétravail" in le magazine de l'O.I.T., n° 14 décembre 1995; p. 5.

⁴⁷ "Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur" article précité.

abond facile à résoudre mais la multiplicité des situations rend l'exercice difficile.

L'article 6 du projet du code de travail de 1998 souligne :

"Est considéré comme travailleur qui s'est engagé à mettre son activité professionnelle, sous la direction d'un ou plusieurs employeurs moyennant rémunération, quelque soit le mode de celle-ci.

Est considéré comme employeur toute personne physique ou morale, public ou privé, qui emploie les services d'une ou plusieurs personnes physiques".

Doivent donc être considéré comme salarié les personnes qui travaillent à leur domicile et qui sont dotés d'équipement fournis par leur entreprise et qui restent en liaison télématique constante.

La situation des salariés effectuant à distance leur prestation paraît plus compliquée. En effet, Il faudra distinguer entre deux situations.

D'abord celle des salariées nomades qui bénéficient d'une grande autonomie, mais qui sont obligés de rendre compte de leur activité à leur entreprise le soir ou à une période fixe. Ce type de travail ne "pose que rarement la question de la nature du contrat en cause: ne pas repasser par l'entreprise le soir mais se connecter de sa voiture ou de son domicile sur le serveur central ne modifie pas le rapport de subordination"⁴⁸.

⁴⁸Ibid.

Ensuite la situation des travailleurs disposant d'un bureau mobile⁴⁹, se déplacent essentiellement hors de l'entreprise et qui ont un contact permanent avec les entreprises clientes ou les fournisseurs. Tout dépendra alors des conditions concrètes de l'exécution de leur tâche (ordres, contrôles, obligation de moyens, horaires).

- Le télétravailleur à domicile

Les clichés qui circulent ici et là évoquent fréquemment une personne libérée des transports en commun, travaillant confortablement chez elle et partageant son activité professionnelle entre la salle de bain, le réfrigérateur, les enfants et l'ordinateur, ce qui a d'ailleurs donné naissance à la nouvelle formule allemande des trois K "kinder, kuche; komputer".

En effet, le télétravail a permis une résurrection de la vieille formule connue jadis : le travail à domicile⁵⁰.

Ainsi le télétravailleur qui sans qu'il ait lieu de chercher s'il existe ou non entre lui et son employeur un

⁴⁹ Certaines entreprises notamment dans les grandes agglomérations, vue les problèmes de l'immobilier qui grèvent leur budget créer des bureaux-satellites parfois communs à plusieurs entreprises.

⁵⁰ L'O.I.T. a adopté une nouvelle convention concernant le travail domicile le 4 juin 1996 : la convention n° 177. Son article premier définit le travailleur à domicile celui qui effectue à son domicile ou dans d'autres locaux de son choix, autres que les locaux de travail de l'employeur, moyennant rémunération en vue de la réalisation d'un produit ou d'un service répondant aux spécifications de l'employeur, quelle que soit la provenance de l'équipement, des matériaux ou des autres éléments utilisés à cette fin, à moins que cette personne ne dispose du degré d'autonomie et d'indépendance économique nécessaire pour être considérée comme travailleur indépendant en vertu de la législation nationale ou de décisions de justice...

lien de subordination juridique, ni s'ils travaillent sous la surveillance immédiate et habituelle de l'employeur, ni si le local où il travaille et l'outillage qu'il emploie lui appartient ou non, ni s'il se procure eux procure lui-même ou non les fournitures accessoires, tout télétravailleur qui satisfaits aux conditions suivantes : exécuter, moyennant rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou de plusieurs établissement un travail qui lui est confié soit directement, soit par un commissaire ou un intermédiaire.

- Le télétravailleur indépendant

L'enjeu est majeur relève le professeur J. E. Ray. "Du point de vue du donneur d'ordres, le contrat d'entreprise est évidemment préférable, tant pour des raisons de flexibilité (horaires, charges de travail aléatoire en particulier) que de protection sociale, particulièrement onéreuse en cas de travail salarié... Pour le télétravailleur au contraire, le contrat de travail salarié est presque à tous points de vue préférable. Le code du travail assure au subordonné qu'il est un statut protecteur d'ordre public en matière de conditions de travail... de rémunérations... comme de rupture du contrat..."⁵¹.

Il faudra par conséquent chercher si le télétravailleur choisit lui même en toute liberté ses

⁵¹"Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur" article précité, p. 125. L'O.I.T. s'apprête à adopter une nouvelle convention sur la protection des travailleurs indépendants. Voir CIT 86 session, compte rendu provisoire, travail en sous traitance, Genève, 1998 et le rapport V (2B) add, 86 session Genève juin 1998.

clients, s'il peut refuser des commandes, fixer ses prix et ses délais, assumer les risques pour conclure son statut d'indépendant. Dans le cas contraire il sera toujours considéré comme un salarié de droit commun ou un travailleur à domicile si la définition donnée par l'article 3 du dahir du 2 juillet 1947 lui est appliquée.

Protection juridique

Hormis la situation des travailleurs bénéficiant d'une présomption légale, et partant profitant de l'ensemble du dispositif protecteur de la législation du travail, la protection juridique des travailleurs indépendants se trouvant dans une situation de dépendance économique est aléatoire.

Parfois, la cour suprême marocaine a refusé d'appliquer la législation du travail à ces travailleurs sous prétexte qu'ils n'ont pas la qualité de salarié.

Il en est ainsi par exemple des gens de maison. Selon la Haute Cour, "l'article 723... exige que le locateur de services soit spécialiste ou technicien, ou qualifié dans un travail déterminé" (Cass. Soc. 23 février 1986, Dos. 34, R.M.D, p. 111). "De tels critères n'étant pas à l'évidence réunis chez les femmes de ménages, très souvent et en raison même de leur activité dépourvue de qualifications, ces dernières ne sauraient prétendre bénéficier des dispositions protectrices de la législation sociale..."⁵².

Le caractère du foyer et le principe de l'inviolabilité du domicile, selon un autre jugement du TPI de Casablanca, sont incompatibles avec les règles de la législation du travail qui prévoient notamment la visite de l'inspecteur du travail (TPI Casablanca, jugement n° 643 du 31 12 1986, RMD. 1986, p. 139).

⁵²Hervé Parcheminal:"L'inapplicabilité de la législation aux femmes de ménages", R.M.D., n°

De même, la Cour suprême a refusé la qualité de salarié au Khames considérant son contrat comme un contrat de société.

S'agissant du chauffeur de taxi, la jurisprudence marocaine est hésitante. Si les critères du contrat de travail sont réunis et si les signes de l'existence d'une quelconque subordination juridique existent, le juge conclut l'existence d'un contrat de travail avec toutes les conséquences juridiques que cela impliquent.

Mais il peuvent également considérer le rapport juridique existant comme un contrat de location. En effet, très souvent les chauffeurs de taxi ou de camions ont recours à ce genre de contrat pour organiser leur rapports juridiques. Moyennant un loyer fixé au mois ou à l'année, le propriétaire du taxi (ou du camion) cède son droit à l'exploitation de son agrément (délivré par les autorités administratives) à une autre personne qui exploite le véhicule et l'agrément. Même si le chauffeur du taxi (ou de camion) dépend économiquement du propriétaire de l'agrément et du véhicule et même lorsqu'il lui impose certaines obligations, aux yeux de la justice le contrat reste malgré tout un contrat de location.

Enfin, le contrat réunissant le chauffeur de taxi (ou de camion) avec son propriétaire peut être qualifié d'un contrat de société, notamment lorsque les deux parties se mettent d'accord pour partager le bénéfice de l'exploitation du véhicule, conduit par un chauffeur selon un pourcentage connu à l'avance, puisqu'il est d'usage dans la profession.

Mise à part les situations où le contrat serait qualifié d'un contrat de travail par les juges, les travailleurs indépendant dans une situation de dépendance économique bénéficient des mêmes conditions de travail que ceux des travailleurs indépendants.