

Le contrat de travail au défi du portage salarial

par *Lise CASAUX-LABRUNEE*,

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole, Faculté de droit

PLAN

I. La légalisation du portage salarial : un processus en cours

- A. Article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (intitulé : « Sécuriser le portage salarial »)
- B. Transposition de l'article 19 de l'ANI dans la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (article 8 et article 1° II)
- C. Accord relatif à l'activité de portage salarial du 24 juin 2010 : l'organisation du portage salarial par la branche du travail temporaire
- D. Nécessité d'une nouvelle intervention législative

II. La légalisation du portage salarial : un processus risqué

- A. L'instrumentalisation du contrat de travail
- B. Le risque de dérégulation de principes fondamentaux du droit du travail
- C. Le risque de dérégulation de principes fondamentaux du droit de la protection sociale

III. La légalisation du portage salarial : un processus maîtrisé ?

- A. La prudence du législateur
- B. Les hésitations des juges
- C. Quelques propositions doctrinales en guise de conclusion

Heureuse initiative que celle de l'Institut du travail de Bordeaux, d'avoir proposé le 18 mars dernier une journée de réflexion sur le thème « Les nouveaux défis du contrat de travail ».

Le contrat de travail, pour être un sujet classique, n'en est pas moins d'actualité, malmené depuis quelques années par de nouvelles formes d'emploi ou d'activité qui fleurissent sur un marché du travail soi-disant modernisé, en réalité largement complexifié.

L'importance du contrat de travail et de ses fonctions n'est plus à démontrer (1) : il est le socle sur lequel repose l'édifice du droit du travail, il est le gardien des frontières qui délimitent le domaine des dispositions protectrices réservées en principe aux travailleurs subordonnés, il est le critère dont dépend substantiellement la qualité de salarié (2).

Pourtant, ce point de repère essentiel de la législation sociale est de plus en plus troublé, contrarié par des pratiques d'emploi qui rendent les salariés de plus en plus autonomes (exemple du travail par mission) et les travailleurs indépendants de plus en plus dépendants (problématique de la dépendance économique) (3). Donne particulièrement lieu à discussions, au gré de l'extraordinaire évolution des formes d'emploi depuis les Trente Glorieuses, la principale caractéristique de la relation de travail salariée : le lien de subordination, qui a classiquement pour effet de placer le salarié « sous la direction, la surveillance et l'autorité » de la personne qui l'emploie (4).

Le portage salarial fait partie de ces formes d'emploi qui « bousculent » le contrat de travail, jusque dans ses fondements. Les enjeux étant grands, la mise à l'épreuve est rude. Mais ce défi du portage salarial au contrat de travail peut aussi être vu comme une occasion pour ce dernier d'éprouver sa solidité, et le cas échéant de procéder à quelque consolidation utile.

Beaucoup a déjà été écrit sur le portage salarial depuis les premiers travaux demandés en 2005 par le ministère du Travail à des juristes et sociologues pour mesurer l'importance et les caractéristiques

(1) « Les périmètres du droit du travail », n° spécial *Semaine sociale Lamy* n° 1494 du 30 mai 2011.

(2) Ceci est vrai que la qualification de contrat de travail résulte « naturellement » de la reconnaissance d'un lien de subordination entre les parties, ou bien que le législateur ait procédé au « forçage » de cette qualification en faisant peser sur certaines situations de travail des « présomptions de contrat de travail » qui rendent les personnes concernées « salariées par détermination de la loi », *Droit du travail*, Précis Dalloz 2011, 25^e édition, n° 274 s.

(3) P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? *Dr. Soc.* 2009, 221.

(4) Civ. 6 juillet 1931, arrêt *Bardou*, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, n° 1.

de ce phénomène, ainsi que leur degré de conformité au droit positif. Il ne s'agit pas de reprendre ici l'ensemble de ces analyses auquel le lecteur se reportera au besoin (5).

De l'eau a depuis coulé sous les ponts : accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui a posé les premiers jalons d'une reconnaissance du portage salarial ; loi du 25 juin 2008 qui a introduit dans le Code du travail une définition du portage salarial (art. L. 1251-64) et invité les représentants du travail temporaire à négocier un accord de branche pour en fixer le régime (6) ; accord de branche relatif à l'activité de portage salarial conclu le 24 juin 2010 par les partenaires sociaux, à la veille de l'échéance fixée par le législateur et après des négociations mouvementées (7), soumis à la validation du Gouvernement par le verrou d'une procédure d'extension qui, si elle ne parvient pas jusqu'à son terme, empêchera cet accord d'entrer en vigueur.

La suite de l'histoire n'est pas encore connue ni probablement écrite... sauf la probabilité extrêmement forte que le législateur ait à nouveau à intervenir, plus complètement qu'en 2008, sur la question du portage.

La copie rendue par les partenaires sociaux en juin 2010 est en effet troublante. Si cet accord révèle de véritables efforts fournis par les partenaires sociaux pour tenter de donner un cadre juridique aux pratiques de portage salarial et sécuriser celles qui paraissent les meilleures, il comporte également maintes dispositions qui heurtent de front le droit en vigueur, aussi bien en matière de droit du travail que de protection sociale, domaines fortement marqués par des considérations d'ordre public. Il porte par conséquent en germes d'importants risques de dérégulation de principes fondamentaux en vigueur dans ces deux domaines qui pourraient bien, sous couvert de sécurisation des pratiques de portage salarial, remettre en question l'équilibre de l'ensemble des relations de travail salariées en France.

Un an après la signature de cet accord, le Gouvernement hésite, fait preuve de prudence... et il a raison. En novembre dernier, une mission a été confiée par le ministre du Travail à l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) afin d'expertiser les conséquences de cet accord et, notamment, déterminer l'étendue des adaptations législatives indispensables (8).

A l'heure où nous écrivons, les conclusions de cette mission ne sont pas encore connues. Mais selon toute vraisemblance, les partenaires sociaux qui ont fait preuve d'audace, si ce n'est d'imprudence, dans l'écriture de cet accord, auront sans doute à revoir leur copie, à moins que le Gouvernement ne décide de « prendre la main » sur ce sujet sensible, bien plus important qu'il n'y paraît au premier abord.

Bousculant divers « principes fondamentaux du droit du travail et de la Sécurité sociale », et non des moindres, on voit mal comment le législateur pourrait faire l'économie d'une réforme sur la question du portage, si tant est que la volonté politique existe de sortir ces pratiques de l'insécurité juridique dans laquelle elles continuent de se développer. La question relève en tous cas de la compétence législative (art. 34 de la Constitution).

Les développements qui suivent se présentent sous une forme quelque peu inhabituelle comparés aux articles le plus souvent publiés dans les revues juridiques. Le dossier étant passablement complexe, plutôt qu'un article de doctrine classique, qui reprendrait forcément (et certainement trop longuement) des analyses déjà connues (v. réf. indiquées *supra*), il nous a semblé plus utile, en raison du contexte rappelé ci-dessus, de proposer une sorte de « document de travail » qui puisse être travaillé, discuté, critiqué... par les personnes appelées à réfléchir prochainement sur la question du portage (représentants de l'Etat, syndicalistes, acteurs du portage, conseillers prud'hommes, magistrats...).

Trois ans après la loi du 25 juin 2008 qui a donné la première définition légale du portage salarial, les pouvoirs publics auront en effet, tôt ou tard, à « remettre l'ouvrage sur le métier », en considération de la proposition de régulation faite par les partenaires sociaux qu'il serait imprudent, de notre point de

(5) Voir notamment le supplément de la *Semaine sociale Lamy* n° 1332 du 10 décembre 2007 entièrement consacré au sujet (« Le portage salarial : fraude ou nouvelle forme d'organisation du travail ? ») ; L. Casaux-Labrunée, La légalisation risquée du portage salarial, *SSL* n° 1349 du 14 avril 2008. Voir également *Dr. Soc.* 2007, p. 1 s. pour les tout premiers résultats de l'étude remise au ministère du Travail (plusieurs articles).

(6) P. Morvan, Le portage salarial face à son destin, *JCP S* n° 26 du 24 juin 2008, 1363.

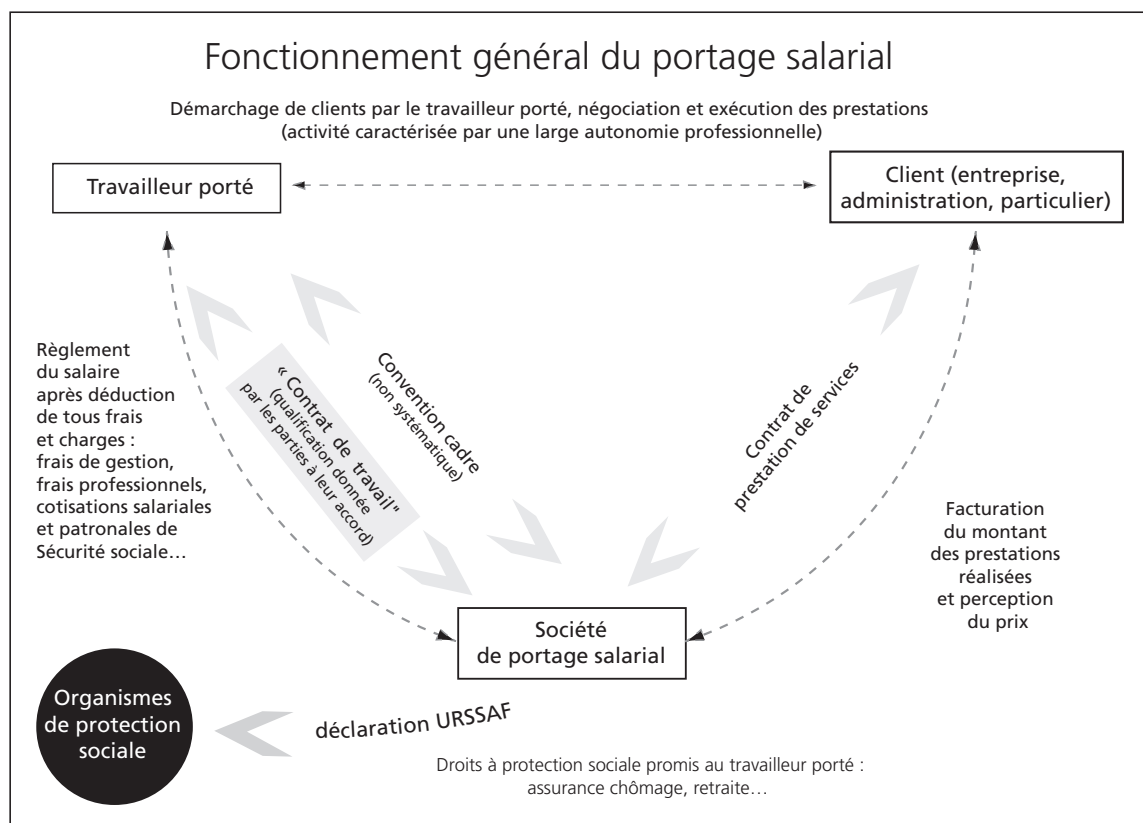
(7) A. Fabre, Le portage salarial au milieu du gué ? *SSL* n° 1435-1436 du 8 mars 2010 ; du même auteur : Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ? *SSL* n° 1454 du 12 juillet 2010, p. 2.

(8) Portage salarial : le Gouvernement va-t-il légiférer ? Question au Ministre du travail publiée au JO le 8 février 2011, p. 1179. Réponse publiée au JO le 12 avril 2011, p. 3752.

vue, de reprendre en l'état. Le texte qui suit, sous une forme volontairement synthétique, explique pourquoi, en même temps qu'il repose l'ensemble des éléments utiles à la poursuite du chantier de légalisation du portage entamé en 2008.

Puisse celui-ci, hors de tout intérêt particulier, aider à faire sortir le portage salarial de l'insécurité juridique qui le caractérise encore... sans pour autant « sacrifier » le contrat de travail qui doit garder sa fonction de repérage du véritable travail salarié, ni déréguler l'ensemble des relations de travail salariées en France (9).

I. La légalisation du portage salarial : un processus en cours



Le schéma qui précède rappelle le fonctionnement général du portage salarial. Il met en évidence les traits constants que l'on retrouve dans l'ensemble des pratiques de portage. Au-delà de cette base de fonctionnement commune, ces pratiques peuvent être très diversifiées, certaines plus construites que d'autres (application de conventions collectives particulières, services complémentaires offerts aux portés, assurances...) comme peuvent l'être les sociétés de portage elles-mêmes.

Le processus en cours de légalisation du portage salarial est un processus lent qui traduit la prudence légitime des pouvoirs publics face au risque de dérégulation de principes fondamentaux du droit du travail et de la protection sociale (v. *infra*).

Il s'est déroulé jusqu'à présent en trois étapes :

- Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (article 19 : « Sécuriser le portage salarial »).
- Transposition de l'article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 dans la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (article 8 et article 1°, II).
- Accord de branche relatif à l'activité de portage salarial du 24 juin 2010 (négociations menées par le PRISME dans la branche du travail temporaire).

La suivante, certainement de nature législative, est à construire.

(9) La version électronique de ce document, sous forme d'une présentation simplifiée de type Powerpoint, est téléchargeable sur le site de l'Institut du travail de Bordeaux, organisateur du

colloque « Les nouveaux défis du contrat de travail ». <http://institutdutravail.u-bordeaux4.fr>

A. Article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (intitulé : « Sécuriser le portage salarial »)

Ce sont les premiers pas du portage en direction d'une reconnaissance de cette modalité d'emploi par les pouvoirs publics, des premiers pas vite faits. De l'aveu des négociateurs, l'article 19 de l'ANI a été adopté à la va-vite dans les derniers moments de la négociation, sans discussion effective. Il est le dernier de l'accord (10). Son apport est le suivant.

1. Présentation du portage salarial par ses caractéristiques :

- La prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté ;
- Une relation triangulaire entre une société de portage, un porté et une entreprise cliente ;
- La fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente ;
- Un contrat de prestation de services entre le client et la société de portage ;
- La perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté « dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail ».

Sur ce dernier point, les partenaires sociaux ont ignoré le « principe d'indisponibilité de la qualification », essentiel en droit du travail, qui ôte toute portée à la liberté contractuelle dès lors qu'il s'agit de déterminer la nature d'une relation de travail. Le « principe de réalité » est seul à s'appliquer en ce domaine, du fait de considérations d'ordre public (11) :

- « *La volonté des parties est impuissante à soustraire des travailleurs du statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* » (12) ;

- « *L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (13).

Ni un contrat de travail ni une convention collective ne peuvent décider par avance que telle relation contractuelle sera un contrat de travail.

2. Logique suivie par les partenaires sociaux

- Le portage est une forme d'activité considérée comme entachée d'illégalité...

• ...qui répond cependant à un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi (l'accord insiste notamment sur la situation des seniors).

• Il y a donc nécessité de l'organiser pour sécuriser la situation des portés (assurance chômage notamment) et la relation de prestation de services (vis-à-vis de l'interdiction du prêt de main d'œuvre illicite).

3. Renvoi à une négociation de branche

- La branche du travail temporaire, nommément désignée dans l'accord, est chargée d' « organiser la relation de travail en portage ».
- Le régime négocié devra « garantir au porté le régime du salariat », la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que son apport de clientèle.
- La durée du « contrat de portage » ne devra pas excéder trois ans (sans que l'accord précise davantage les termes et conditions de ce contrat).
- Exigence d'un accord collectif étendu.

Le texte termine par l'annonce d'une évaluation du dispositif négocié par les signataires de l'accord interprofessionnel eux-mêmes.

B. Transposition de l'article 19 de l'ANI dans la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail (article 8 et article 1° II)

La loi du 25 juin 2008 n'a pas repris exactement les termes de l'article 19 de l'accord national interprofessionnel. On relèvera spécialement une différence concernant les droits du travailleur porté sur la clientèle apportée par lui dans la relation de travail.

Tandis que l'accord prévoit simplement que le porté sera rémunéré pour son apport de clientèle, la loi paraît plus protectrice de ses intérêts en lui garantissant des droits sur cette clientèle. Dans le premier cas, la clientèle devient celle de la société de portage qui l'exploitera comme bon lui semble (en faisant exécuter les prestations par le porté qui a apporté le client ou par d'autres). Dans le second cas, la clientèle devient celle du travailleur porté qui pourra ensuite décider de l'exploiter à son propre compte.

L'apport de la loi de modernisation du marché du travail se résume en quatre points :

(10) L'accord lui-même a été étendu par arrêté du 23 juillet 2008 « sous réserve de l'application des dispositions de la loi du 25 juin 2008 » et des décrets du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail.

(11) *Droit du travail*, Précis Dalloz 2011, n° 286. V. sur ces questions les exposés de J.P. Laborde p. 418 et M. Badel p. 438.

(12) Arrêt *Barrat*, Assemblée plénière 4 mars 1983.

(13) Arrêt *Labanne*, 19 décembre 2000.

1. Définition légale du portage salarial

(art. L. 1251- 64 C. trav.)

• « Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes...

• ...comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage.

• Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle ».

2. Levée du risque de condamnation pour prêt de main-d'œuvre illicite

Cette disposition est un ajout de la loi par rapport à l'ANI. Elle répond à la demande de sécurisation des pratiques de portage formulée par les acteurs, plusieurs sociétés de portage ayant été précédemment condamnées pour ce motif.

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre du travail temporaire, du portage salarial, du travail à temps partagé... » (modification en ce sens de l'article L. 8241-1 C. trav.).

Remarque : le risque de condamnation pour prêt de main d'œuvre illicite a été levé par le législateur, mais pas celui du risque de condamnation pour marchandage (art. L. 8231-1 C. trav.) qu'encourent également les pratiques de portage (14).

3. Mission confiée aux partenaires sociaux :

« Organiser le portage salarial »

Cette mission a été confiée de façon elliptique à la branche « dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial » (id est : le travail temporaire) et non aux représentants du portage eux-mêmes (15). Rajoutée au Parlement, l'obligation a cependant été faite aux négociateurs de consulter les organisations représentant les entreprises de portage salarial.

Les négociateurs désignés de l'intérim n'étant nullement représentatifs du secteur du portage (mais les représentants de l'intérim étant fortement intéressés par le marché du portage) (16), les négociations ont été

sécurisées par avance, en perspective de l'éventuelle extension de l'accord. Une exception a été introduite à cet effet à l'article L. 2261-19 al. 2 C. trav. relatif aux conditions d'extension des accords collectifs.

Le législateur a pris soin en effet d'exiger que l'accord de branche soit étendu avant d'entrer en application (verrou gouvernemental).

Durée de la mission confiée aux partenaires sociaux : deux ans à compter de la publication de la loi (jusqu'au 25 juin 2010).

4. Information des représentants du personnel

L'article 1° II de la loi du 25 juin 2008 facilite la connaissance des pratiques de portage en imposant aux employeurs d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les représentants du personnel, des motifs de recours aux contrats conclus avec des entreprises de portage salarial (modification en ce sens des articles L. 2323-47, L. 2323-51 et L. 2313-5 C. trav.).

C. Accord relatif à l'activité de portage salarial du 24 juin 2010 : l'organisation du portage salarial par la branche du travail temporaire (17)

Cet accord est le fruit de négociations complexes. Les négociations ayant été confiées à des acteurs non représentatifs du secteur du portage, les syndicats de portage salarial ont surveillé de près l'évolution de ces négociations qui, sur le principe, leur ont échappé (quelques négociations collectives hasardeuses ont déjà été conclues dans le secteur du portage) (18). Il est probable que le PRISME, principal représentant des entreprises de travail temporaire, ait hérité là, sur sa demande, d'un chantier de négociations dont la difficulté a été sous-estimée.

1. Principales caractéristiques de l'accord relatif à l'activité de portage salarial

• Accord signé par le PRISME et les syndicats CFTD, CFE-CGC et CFTC (signatures au 24 juin 2010) (19) ;

• Accord conclu sans les syndicats de portage, qui ont néanmoins été consultés (l'accord prévoit en préambule qu'en tant que de besoin, il pourra être complété par la négociation d'une convention collective par les

(14) J.-Y. Kerbourc'h, Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite ? *Dr. Soc.* 2007, 72 ; H. Gosselin, Filiale commune, prêt de main-d'œuvre illicite et marchandage, *SSL* n° 1493 du 23 mai 2011, 6.

(15) SNEPS (Syndicat national des entreprises de portage salarial), FeNPS (Fédération nationale du portage salarial), UNEPS (Union nationale des entreprises de portage spécialisées).

(16) L. Casaux-Labrunée et P. Morvan, Légalisation ou confiscation du portage salarial par l'intérim, *SSL* n° 1356 du 2 juin 2008, p. 2 (l'amendement contesté a finalement été retiré en commission mixte paritaire).

(17) Négociations menées par le PRISME (Professionnels de l'Intérim, Services et Métiers de l'Emploi).

(18) A.-S. Hocquet, Conditions de travail et dialogue social dans le secteur du portage salarial, *SSL* n° 1332 du 10 décembre 2007, 67.

(19) L'accord a ensuite été signé par la CGT. Il semble finalement que le syndicat Force ouvrière soit seul à s'y être refusé. V. Réponse ministérielle publiée au JO du 12 avril 2011, page 3752.

« partenaires sociaux intervenant dans le champ d'activité du portage salarial ») ;

- Accord signé *in extremis* (échéance fixée au 25 juin 2010 par la loi du 25 juin 2008) après de longues et chaotiques négociations ;

- Accord pour l'instant inapplicable pour deux raisons :
 - nécessité d'un arrêté d'extension (20) ;
 - les partenaires sociaux ont eux-mêmes subordonné l'entrée en vigueur de cet accord « à l'adoption des mesures législatives et réglementaires nécessaires à son application et traduisant la volonté des partenaires sociaux » (article 17).

Sur le fond, l'accord traduit indiscutablement les efforts des partenaires sociaux pour tenter d'organiser le portage salarial, et atteindre les objectifs de la mission confiée par le législateur, malgré ses difficultés. Si l'ensemble présente une certaine cohérence, il révèle cependant à maints endroits la méconnaissance, volontaire ou non, par les partenaires sociaux de principes fondamentaux sur lesquels le droit social français est bâti. De fait, l'accord comporte diverses dispositions qui heurtent le droit en vigueur, aussi bien en matière de droit du travail que de protection sociale, deux domaines fortement marqués par des considérations d'ordre public, devant lesquelles doit en principe s'effacer la volonté des partenaires sociaux (limitation de leurs libertés contractuelles).

Malgré les mots rassurants du préambule (« *les parties signataires souhaitent que l'exercice de l'activité de portage salarial ne puisse provoquer des dérives remettant en cause les relations contractuelles de droit commun* »), l'accord comporte en réalité des dispositions très audacieuses qui, relevant pour certaines d'entre elles d'un travail d'apprenti-sorcier, entraînent avec elles un fort risque de dérégulation des relations de travail en général, qu'il serait imprudent de sous-estimer.

2. Principales dispositions de l'accord relatif à l'activité de portage salarial

a) Conception du portage salarial : mode d'emploi transitoire ou permanent ?

Le préambule rappelle les textes conventionnels et légaux qui ont constitué la base des discussions (ANI et loi de 2008, v. *supra*). Il rappelle également l'intérêt économique du portage pour les porteurs de projet et pour les seniors.

L'accord est formulé de façon telle qu'il laisse entendre que le portage salarial serait conçu, dans l'esprit des partenaires sociaux, comme une forme d'emploi transitoire (permettre de finaliser un projet professionnel, permettre d'accéder à une retraite à taux plein). La suite

de l'accord montre qu'il n'en est rien, proposant le cas échéant que l'activité de portage se déroule dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée.

b) Délimitation de l'activité de portage salarial

- « *L'activité de portage salarial ne peut être exercée que par des entreprises dédiées exclusivement au portage salarial et répertoriées sous un même code NAF créé spécifiquement* » (art. 1.2.1.).

Cette disposition est certainement celle qui a coûté le plus aux représentants de l'intérim qui souhaitaient intégrer l'activité de portage salarial dans leurs activités habituelles et récupérer ce marché réputé lucratif. Le risque de confusion étant grand entre portage et intérim, les organisations de salariés, ont souhaité et obtenu que l'accord pose un principe d'exclusivité de l'activité de portage salarial, solution qui satisfait pleinement les représentants du portage qui surveillaient de près les négociations sur ce point. Au final, les entreprises de travail temporaire pourront exercer l'activité de portage mais à condition de créer des sociétés distinctes spécialement vouées à cette activité. L'accord insiste sur la distinction entre portage et intérim : « *La relation de portage salarial se distingue du travail temporaire, les agences d'emploi étant à l'origine de la fourniture de la mission au salarié intérimaire* » (dernière phrase du préambule).

Quant à la proposition faite par les partenaires sociaux au législateur de créer spécifiquement un code NAF sous lequel seraient répertoriées les entreprises pratiquant exclusivement l'activité de portage salarial, elle suppose de considérer que l'activité de portage salarial est une véritable activité économique... ce que nous avons, pour notre part, quelque mal à considérer, l'activité de la plupart des sociétés de portage se limitant à modifier la nature d'une relation de travail, à transformer des travailleurs autonomes en salariés, à changer des honoraires en salaires... pour permettre au travailleur de bénéficier d'un régime social plus favorable (v. art. 1.2.2. et 8 pour les obligations à la charge des entreprises de portage salarial qui sont essentiellement des obligations de gestion administrative, sauf l'indication de la possibilité pour ces entreprises de « *proposer des prestations d'accompagnement liées à l'exercice de l'activité du salarié porté et à la réalisation de son projet professionnel* »).

- « *Les salariés portés ont le statut cadre* » (art. 1.1.).

- « *Quelle que soit la prestation de portage salarial, le salarié porté bénéficie d'une rémunération, hors indemnité d'apport d'affaires, fixée au minimum à 2 900 euros bruts mensuels pour un emploi à temps plein* » (art. 5.2.).

(20) Avis relatif au projet d'extension de l'accord publié au JO du 2 octobre 2010, texte n° 58.

Surprenante délimitation de l'activité de portage salarial... par le haut ! Si l'on comprend bien les raisons économiques qui ont guidé le choix des partenaires sociaux de ne retenir que la partie de l'activité la plus lucrative, l'on est tout de même surpris, sur ce point, du manque de cohérence de l'accord par rapport aux idées exprimées dans son préambule qui insiste sur l'intérêt du portage pour les porteurs de projet et les seniors. *Quid* des petits porteurs de projet ? *Quid* des seniors qui ne réussiront pas à négocier avec leur client un montant de prestations suffisant (les 2 900 euros bruts mensuels en salaire équivalent bien entendu à un montant initial de prestations bien supérieur) ?

Cette disposition est particulièrement contestée par les syndicats de portage qui représentent des sociétés faisant travailler en portage toutes catégories de personnes dans tous secteurs d'activité... tandis que d'autres y voient une façon d'« assainir » les pratiques.

« *L'entreprise cliente ne peut recourir au portage salarial que : pour des tâches occasionnelles ne relevant pas de son activité normale et permanente ; pour une tâche ponctuelle nécessitant un expertise dont elle ne dispose pas en interne* » (art. 1.3.).

Cette limitation par les cas de recours fait bien sûr penser à la réglementation applicable en matière de contrats de travail à durée déterminée... sauf qu'ici l'activité de portage ainsi délimitée pourra s'exercer aussi bien dans le cadre de contrats à durée déterminée que de contrats à durée indéterminée (v. *infra*).

Aucune sanction n'est prévue dans l'hypothèse où l'entreprise cliente aurait recours au portage pour pouvoir des emplois relevant de son activité normale et permanente. L'accord aurait pu prévoir une possibilité de requalification sur le modèle de celle en vigueur dans l'intérim.

• « *Les prestations de services à la personne sont exclues du présent accord et ne peuvent être effectuées en portage salarial* » (art. 1, al. 4). Aucune justification n'est donnée de cette exclusion. La plus probable concerne les responsabilités liées à ce type d'activités.

c) Nature des relations contractuelles

• « *La relation de portage salarial est organisée autour de deux contrats : un contrat de travail liant le salarié porté et l'entreprise de portage salarial ; un contrat de prestation de service de portage salarial, de nature commerciale, liant l'entreprise cliente et l'entreprise de portage salarial* » (art. 2).

La mobilisation du contrat de travail par les partenaires sociaux pour organiser l'activité de portage salarial est annoncée dès le préambule de l'accord : « *Les personnes portées sont titulaires d'un contrat de travail conclu en vue de réaliser une ou plusieurs prestations de portage salarial* ». Plus loin, elle est même présentée comme une

nécessité : « *L'activité de portage nécessite l'existence d'un contrat de travail entre le salarié porté et l'entreprise de portage salarial* » (art. 1).

Là encore, comme dans l'accord interprofessionnel de 2008, les partenaires sociaux ont été imprudents à ignorer le « principe d'indisponibilité de qualification » qui domine tout le droit des relations de travail en France (v. *supra*), sachant que ce principe vaut aussi bien en matière de relations individuelles que de relations collectives de travail. Pas plus un contrat individuel qu'une convention collective ne permet de décider entre soi que telle relation de travail sera un contrat de travail. Encore une fois, seul le « principe de réalité » trouve à s'appliquer en ce domaine. Seul le législateur peut imposer des « présomptions de contrat de travail » dans des situations qui ne relèvent pas naturellement de cette catégorie (v. *supra*, note 2).

• « *Le salarié porté dispose d'un niveau d'expertise et de qualification tel qu'il s'accompagne nécessairement d'une autonomie dans la négociation de la prestation avec le client et dans l'exécution de cette prestation* » (art. 1.1.).

• « *La nature de leurs prestations implique que les salariés portés disposent d'une très grande autonomie dans l'organisation de leur travail et dans le choix des moyens à mettre en œuvre pour réaliser leurs prestations. Ils sont libres d'organiser eux-mêmes leur temps de travail* » (art. 3).

Dans un accord qui proclame très largement l'autonomie professionnelle des travailleurs portés, au point même qu'aucune mention n'est faite de leur lieu de travail (à domicile ? chez le client ?), tout au plus trouve-t-on une légère trace de subordination à l'article 2.1.3. : « *Quelle que soit la forme du contrat, les salariés portés sont tenus de rendre compte de leur activité à l'entreprise de portage salarial par la transmission d'un compte rendu d'activité* »... une obligation de rendre compte qui ne suffit évidemment pas à caractériser à elle seule un lien de subordination.

• « *L'entreprise cliente négocie avec le salarié porté les conditions de réalisation et le prix de la prestation et conclut un contrat de prestation de service avec l'entreprise de portage salarial qu'aura choisie le salarié porté. Etant à l'origine du choix du salarié porté pour la prestation à réaliser, elle est réputée avoir vérifié et validé les compétences de celui-ci et son aptitude à réaliser la prestation convenue. Elle s'engage à permettre la réalisation de la prestation dans les meilleures conditions et s'assure de la bonne exécution de celle-ci* » (art. 1.3.).

Drôle de contrat commercial... Outre l'interrogation sur les moyens par lesquels l'entreprise cliente pourra véritablement s'assurer des compétences et de l'aptitude du porté à réaliser la prestation convenue, ainsi que sur

sa volonté d'y procéder (21), on ne peut que relever le transfert d'obligations auxquels les partenaires sociaux ont procédé ici.

Vérifier et valider les compétences du salarié, s'assurer de son aptitude à réaliser la prestation convenue, s'assurer de la bonne exécution de la prestation (« *le client assure le contrôle de l'exécution de la prestation* » est-il prévu à l'article 8)... sont les obligations classiques qui pèsent sur tout employeur... transférées ici au client. Drôle de contrat de travail !

d) Durée des relations contractuelles

- « *Les parties signataires du présent accord conviennent que le portage salarial doit s'inscrire dans les formes de contrats de travail préexistantes* » (art. 2.1.) ;

- « *Compte tenu de la durée et des caractéristiques de la prestation de travail à réaliser, le contrat de travail liant l'entreprise de portage salarial et le salarié souhaitant être porté peut être conclu pour une durée déterminée* » (art. 2.1.1.) ;

- « *L'entreprise de portage salarial peut conclure un contrat de travail à durée indéterminée avec le salarié porté, en particulier pour répondre à la situation de salariés portés réalisant simultanément et/ou successivement plusieurs prestations de portage salarial sur une longue période* » (art. 2.1.2.).

Le « contrat de travail en portage salarial », ainsi désigné dans l'accord, peut donc prendre la forme d'un CDD ou d'un CDI, ce qui traduit la volonté des partenaires sociaux de ne pas limiter le portage à une forme d'emploi transitoire, mais de permettre au contraire, le cas échéant, d'en faire pour certains travailleurs une modalité d'emploi durable, ce qui est plus discutable (22).

Concernant la durée, toutes les potentialités du régime actuel des CDD sont utilisées :

- contrat à terme précis ne pouvant excéder dix-huit mois, renouvellement inclus ;

- contrat à terme imprécis conclu pour une durée minimale avec pour terme la réalisation de la prestation pour laquelle il a été conclu ;

- mobilisation également du « *contrat à durée déterminée à objet défini* » mis en place à titre expérimental par l'article 6 de la loi du 25 juin 2008, pour les prestations de portage salarial dont la durée prévisible serait supérieure à dix-huit mois (liant par conséquent l'accord aux résultats de cette expérimentation) (22 bis).

L'accord invite néanmoins le législateur à procéder à quelques aménagements de la réglementation des CDD pour l'adapter aux spécificités de l'activité de portage

salarial (art. 2.1.1.) : expression d'un nouveau cas de recours (« *réalisation d'une prestation de portage salarial* »), suppression du délai de carence en cas de succession de CDD, mentions contractuelles...

Concernant la durée maximale du contrat de travail en portage, l'accord interprofessionnel de 2008 prévoyait qu'elle ne pourrait excéder trois ans (« *La durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois ans* »). L'accord de 2010 respecte cet engagement pour les contrats de travail en portage à durée déterminée (art. 2.1.1.2.) mais ne prévoit aucune limite dans l'hypothèse de contrats à durée indéterminée. Il y a donc ici, sur la question de la durée maximale du travail en portage, une infidélité de l'accord de branche par rapport à l'accord interprofessionnel.

S'agissant enfin des motifs de rupture du contrat de travail en portage et des liens entre contrat de travail et contrat commercial, l'accord semble faire une distinction entre CDD et CDI : « *La rupture du contrat de prestation de service n'est pas un motif de rupture du contrat de travail à durée déterminée, sauf lorsque cette rupture est directement liée à une faute grave ou lourde du salarié porté* » (art. 2.1.1.1., dernier alinéa). On en déduit par défaut, même si l'on peine à comprendre les raisons de cette différence, que la rupture du contrat de prestation de services peut, en revanche, être un motif de rupture du contrat à durée indéterminée.

e) Droits et obligations des parties

- « *En tout état de cause, la situation de portage salarial est caractérisée par le fait que la démarche de portage salarial est à la seule initiative de la personne portée. La personne portée prospecte ses clients, négocie le prix de la prestation et met directement une entreprise cliente en relation avec l'entreprise de portage salarial* » (préambule de l'accord).

- « *La conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée engage le salarié porté à assurer une prospection active de clients* » (art. 2.1.2.).

Le même article insiste sur « **le caractère impératif de l'apport de la prestation par le salarié porté** ».

Ici se situe l'un des points les plus problématiques de l'organisation du portage salarial proposée les partenaires sociaux, qui n'ont fait que reprendre sur cet aspect les pratiques des acteurs du portage, sans les réinterroger. Les uns et les autres suggèrent en effet de qualifier de « contrat de travail » une relation de travail dans laquelle l'obligation essentielle de fourniture du travail est mise à la charge du salarié...

(21) Les pratiques d'externalisation de l'emploi répondent d'abord à une volonté de simplicité si ce n'est de « déchargement » d'obligations de la part des entreprises qui y recourent.

(22) « *Il y a un vrai risque d'extension non maîtrisée du portage salarial* », *Liaisons sociales Magazine* n° 83, juin 2007 (Entretien avec L. Casaux-Labrunée).

(22 bis) A. Braun « CDD à objet défini : une mesure patronale à l'objectif bien défini », *Dr. Ouv.* 2008 p. 563.

Or le contrat de travail trouve son essence dans une obligation « première », celle par laquelle l'employeur s'engage à fournir du travail au salarié. « *C'est là le socle du contrat, la pointe de la toupie, les autres obligations croisées viennent après* » (23).

Les partenaires sociaux ont feint d'ignorer dans leur accord cette obligation première sur laquelle repose tout contrat de travail, sans réelle discussion possible (24). Sinon, pourquoi le législateur aurait-il prévu notamment des mesures de chômage technique lorsque l'employeur n'est plus en mesure dans certaines circonstances de fournir du travail aux salariés ? Pourquoi les juges décideraient-ils que le défaut de fourniture du travail par l'employeur permet au salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail, cette dernière produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ? (25)

La Cour de cassation, pendant la phase de négociation de l'accord, est venue opérer un rappel très clair, dans une décision vouée à la plus large diffusion : « *Attendu que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié* » (26).

Mais cette décision n'a visiblement pas beaucoup troublé les négociateurs qui ont joué ici encore aux apprentis-sorciers. Ont-ils seulement entrevu le risque d'une généralisation de cette idée (selon laquelle l'obligation de fourniture du travail pèserait sur le salarié) à l'ensemble des (vrais) salariés ? Aux salariés d'apporter le travail à l'employeur... S'ils ne le peuvent pas : pas d'embauche ! S'ils ne le peuvent plus : licenciement !!

Evidemment, le fait d'insister sur le caractère impératif de l'apport des prestations par le porté, revient à prévenir que le porté pourra être licencié à défaut de tenir cette obligation essentielle avec une préconstitution de motif assez surprenante pour un contrat de travail : « Absence de fourniture du travail par le salarié »...

• L'accord prévoit tout de même, mais seulement pour les portés liés par un contrat à durée indéterminée, l'obligation pour l'entreprise de portage d'aider le porté à trouver des clients : « *L'entreprise de portage salarial est tenue de réaliser un accompagnement de ce dernier pour lui permettre d'assurer un développement de ses prestations de nature à favoriser une pérennité de la relation contractuelle, sans que cet accompagnement ne puisse avoir pour effet de remettre en cause le caractère*

impératif de l'apport de la prestation par le salarié porté » (art. 2.1.2.). Pourquoi réserver cet accompagnement aux seuls portés liés par un contrat à durée indéterminée ?

• L'accord prévoit également l'hypothèse où la prestation de travail est apportée, non par le soi-disant salarié porté, mais par l'entreprise de portage elle-même. Dans ce cas, un nouveau cas de requalification est imaginé par les partenaires sociaux (une perle du genre que les spécialistes apprécieront) : la requalification du « contrat de travail en portage salarial »... en contrat de travail tout court !

• S'agissant enfin des droits sur la clientèle apportée, autre question sensible du statut des portés, déterminante si l'on veut donner quelque chance à ces travailleurs d'accéder véritablement à l'indépendance, l'accord prévoit le versement au porté d'une « indemnité d'apport d'affaires » : « *Le salarié porté bénéficie de la rémunération du temps consacré à la réalisation de la prestation de portage* (27)... *A cette rémunération, s'ajoute une indemnité d'apport d'affaires de 5% incluant notamment les temps de préparation et de prospection* » (art. 5.1). L'accord ne précise pas quelle est base de calcul de ces 5 %, mais prévoit que cette indemnité d'apport d'affaires pourra être convertie en temps pour permettre au porté de prospecter de nouveaux clients tout en continuant à être lié par un contrat de travail, sans précision non plus sur les modalités de cette conversion.

L'accord négocié par les partenaires sociaux ne paraît pas, sur cette question, suffisamment protecteur des intérêts des travailleurs portés, notamment au regard des exigences posées par le législateur dans la loi de 2008 (art. 8) : « *Le portage salarial... garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle* ». Une seule disposition est prévue en ce sens dans l'accord selon laquelle : « *les parties signataires entendent rappeler que l'entreprise de portage salarial n'est à aucun moment « propriétaire » de la clientèle apportée par le salarié porté* » (art. 1.2.2.). Ce sont les droits des travailleurs portés sur la clientèle apportée qu'il eût été plus judicieux d'exprimer et de préciser.

Enfin, s'agissant des responsabilités, l'accord prévoit que « *l'entreprise de portage salarial doit souscrire, pour le compte du salarié porté, une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle pour les dommages que le salarié porté pourrait provoquer chez le client*

(23) J.-J. Dupeyroux, *Le roi est nu...*, Dr. Soc. 2007, p. 82.

(24) S. Brissy, *L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié*, Dr. Soc. 2008, 434.

(25) Cass. soc. 3 novembre 2010, n° 09-65.254. Dans le même sens, v. également à propos de salariés chargés de leur reclassement : TGI Metz, 14 septembre 2010, Dr. Ouv. 2011 p. 134 ; CA Paris 3 juillet 2002, Dr. Ouv. 2004 p. 37.

(26) Cass. soc. 17 février 2010, n° 08-45.298 P+B+R+I, commenté par H. Gosselin, *Le portage salarial face au contrat de travail*, SSL n° 1434 du 22 février 2010, p. 3.

(27) Un temps difficilement mesurable pourtant... v. art. 3 de l'accord relatif au « temps de travail ». On remarquera que cet article mobilise essentiellement les conventions de forfait pour encadrer l'activité de portage, notamment les conventions de forfait annuel en jours qui sont depuis plusieurs années « *sur la sellette* » à la suite des condamnations successives de la France par le Comité européen des droits sociaux pour « *durée déraisonnable de travail* ».

pendant l'exécution de la prestation » (art. 8). Cette assurance étant souscrite par l'entreprise de portage « pour le compte du porté », on en déduit que les frais d'assurance ne seront pas assumés par le soi-disant employeur, mais laissés à la charge du porté en imputant leur coût sur le montant des prestations apportées par ce dernier. Là encore, drôle de contrat de travail...

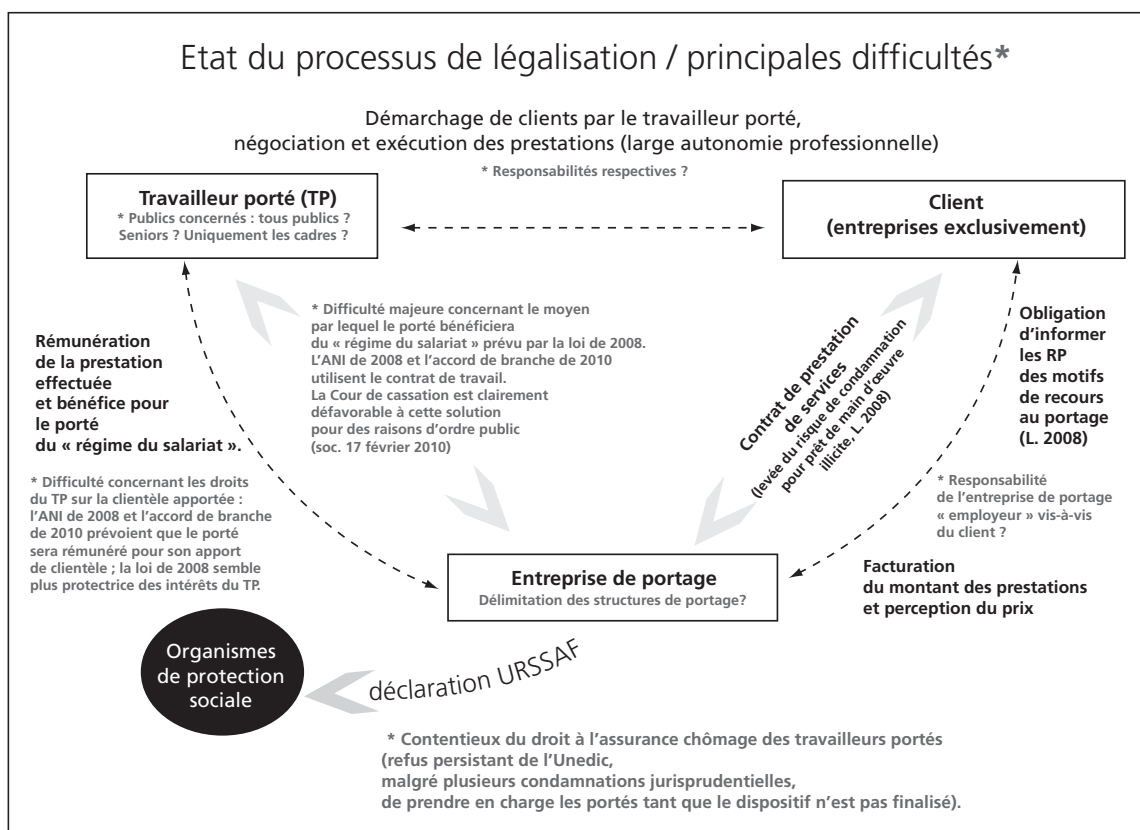
Les partenaires sociaux, dans l'accord conclu le 24 juin 2010, ont finalement utilisé un cadre, celui du contrat de travail, qu'ils ont rempli d'obligations, sans suffisamment s'assurer que l'outil choisi était bien adapté. L'outil n'étant pas le bon selon toute vraisemblance, plutôt que d'en changer, les acteurs ont préféré garder celui-là et procéder à divers bricolages qui ne font que montrer, les uns après

les autres, que le contrat de travail n'est vraiment pas la bonne solution pour structurer l'activité de portage salarial.

D. Nécessité d'une nouvelle intervention législative

Le schéma qui suit met en évidence les points acquis jusqu'à présent d'un point de vue législatif, et souligne par ailleurs les principales questions qui restent en suspens, malgré les efforts des partenaires sociaux. Sous une forme très synthétique, une liste plus complète de questions est également dressée : celles qui, selon nous, doivent impérativement recevoir réponse si l'on veut réguler convenablement les pratiques de portage salarial.

1. Etat du processus de légalisation



2. Principales questions à régler

a) Questions relatives à la délimitation du portage salarial

- Détermination des publics autorisés à travailler en portage :
 - tous publics comme dans les pratiques actuelles, ou bien réservation à des publics déterminés ?
 - uniquement les seniors qui ont ouvert la voie de la légalisation dans l'ANI de 2008 ?
 - uniquement les cadres comme prévu dans l'accord de branche du 24 juin 2010 ?

- Détermination des activités praticables en portage :
 - toutes activités dans tous secteurs?
 - limitation aux prestations de services intellectuelles ?
 - limitation indirecte à certaines activités via l'exigence d'un montant minimal de prestations (comme dans l'accord de 2010) ?
- Détermination des structures autorisées à faire du portage salarial :
 - entreprises uniquement ou bien ouverture aux associations ?

- activité libre ou soumise à agrément (comme dans l'intérim) ?

- monopole confié à un secteur déterminé ?

b) Questions relatives au statut des travailleurs portés

• Comment faire bénéficier les travailleurs portés du « régime du salariat » prévu par la loi de 2008 ?

- par le biais du contrat de travail ?

- en demandant au législateur de poser une présomption de contrat de travail, comme pour les salariés « par détermination de la loi » de la partie 7 du Code du travail ?

- en assimilant les travailleurs portés à des salariés (v. également en partie 7 du Code du travail, l'exemple de travailleurs indépendants assimilés à des salariés) mais uniquement pour certains droits sociaux et sans toucher au contrat de travail ?

• Le « régime du salariat », prévu à l'article L. 1251-64 du Code du travail, implique-t-il l'attribution de tous les droits accordés aux salariés (droit du travail + sécurité sociale + assurance chômage) ou bien seulement une partie d'entre eux dans la mesure où les travailleurs portés ne sont pas exactement des salariés ?

• Quelle protection du « droit à clientèle » des travailleurs portés :

- simple indemnisation comme prévu dans l'accord de 2010 ?

- affirmation d'un véritable droit des travailleurs portés sur la clientèle apportée, de façon à favoriser tôt ou tard leur accès à l'indépendance ?

• Question des responsabilités (porté, entreprise de portage, client) :

- *quid* en cas d'exécution défectueuse ou défailtante des prestations ?

- *quid* en cas d'incident dans la relation de travail portée ?

- *quid* en cas d'incident dans la relation commerciale entre entreprise de portage et client (exemple : non paiement de la prestation par le client) ?

- exigence d'assurances ?

c) Question relative aux pratiques en cours

Quid des conventions et accords collectifs déjà conclus en matière de portage salarial par les syndicats de portage : accords d'entreprise, premier accord de branche encadrant la pratique du portage dans le secteur du conseil (28) ?

Le processus en cours de légalisation du portage salarial présente finalement les caractéristiques suivantes :

• c'est un processus de légalisation lent, par étapes, une lenteur liée au risque important de dérégulation des principes fondamentaux du droit du travail et de la protection sociale ;

• c'est aussi un processus compliqué qui combine les interventions des partenaires sociaux (téméraires), des pouvoirs publics (prudents), des juges (hésitants)... qui donnent lieu à des désaccords parfois importants ;

• ce processus est également « sous pression » des lobbies : portage, intérim... à l'origine de l'esquisse de légalisation ;

• il est inachevé : l'insécurité juridique du portage perdure pour les sociétés de portage, pour les portés, pour les clients... Les pratiques de portage ne sont pas encore sécurisées.

• il est enfin risqué.

II. La légalisation du portage salarial : un processus risqué

Les développements qui suivent présentent, là encore de façon synthétique (avec renvoi le cas échéant à des lectures plus approfondies) les risques liés au processus en cours de légalisation du portage salarial.

A. L'instrumentalisation du contrat de travail

1. Les termes de l'instrumentalisation

Le contrat de travail est la « *convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale,*

sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération » (29).

Il est le critère principal qui permet de déterminer et délimiter le champ d'application du droit du travail qui a pour vocation principale de protéger les travailleurs en situation de réelle subordination vis-à-vis d'un employeur qui a le pouvoir de donner les ordres, de contrôler l'exécution du travail réalisé, de sanctionner les comportements inadaptes...

La plupart des pratiques de portage salarial ont pour particularité de détourner le contrat de travail de sa

(28) Accord du 15 novembre 2007 sur l'organisation du portage salarial dans les bureaux d'étude et sociétés de conseil ; « Le

portage salarial encadré dans les sociétés de conseil », *Liaisons sociales Quotidien* n° 15004 du 29 novembre 2007.

(29) Précis Dalloz, *Droit du travail*, 2011, n° 274.

finalité première qui est d'encadrer une relation de travail subordonnée.

2. Les raisons de douter que le contrat de travail soit utilisé conformément à sa fonction initiale dans le portage salarial

- Le manque sérieux de subordination dans la relation de travail (v. *supra*) (30) ;
- Les travailleurs portés sont, au contraire, des travailleurs très autonomes (v. *supra* les termes de l'accord de branche) qui revendiquent ouvertement cette qualité ;
- Les sociétés de portage n'ont généralement pas d'activité économique propre (sauf à considérer que l'activité de portage en est une, v. *supra*) et n'ont pas les moyens de contrôler l'exécution des prestations réalisées par les travailleurs portés dans des domaines qui peuvent être très divers (le contrôle du seul volume de l'activité du porté ne suffit pas à établir la subordination) ;
- Le portage salarial repose entièrement sur le fait que c'est au travailleur porté de trouver son propre travail.

3. Pourquoi le contrat de travail est-il mobilisé dans le portage salarial (les raisons de l'instrumentalisation) ?

- Pour permettre aux portés de bénéficier des droits à protection sociale : assurance-chômage en premier lieu (indemnisation des périodes sans mission), droits à retraite, couverture accidents du travail le cas échéant...
- Pour éviter les complexités et risques de la « mise à son compte » (v. pourtant les récentes mesures de simplification de la création d'entreprise)...
- Il est intéressant de relever par ailleurs que les travailleurs portés ne sont pas demandeurs de subordination. Ils n'expriment pas la volonté d'inscrire leur relation de travail dans un lien de dépendance vis à vis d'un « employeur ». Une fois encore, c'est surtout leur autonomie professionnelle qu'ils ont à cœur de mettre en avant.

Les travailleurs portés sont demandeurs de protection sociale... bien davantage que de contrat de travail. L'instrumentalisation du contrat de travail dans les pratiques de portage paraît donc inutile sous cet angle, d'autant qu'il existe d'autres voies que le contrat de travail pour permettre aux personnes portées d'accéder au « régime du salariat » prévu par la loi du 25 juin 2008 (art. L. 1251-64 C. trav.).

B. Le risque de dérégulation de principes fondamentaux du droit du travail

1. L'élargissement imprudent du champ d'application du droit du travail

- Accorder aux travailleurs portés le bénéfice du régime du salariat *via* le contrat de travail, revient à élargir de façon imprudente le domaine d'application du droit du travail à des travailleurs dont il n'est pas sûr, loin s'en faut, qu'ils soient de véritables salariés (v. *supra*).
- De fait, la distinction sera rendue encore plus difficile entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants, ces derniers pouvant à leur tour revendiquer l'application de garanties sociales à leur propre situation... pas si éloignée de celle des travailleurs portés (brouillage des frontières entre travail salarié et travail indépendant... qui n'en ont pas besoin !).
- Légaliser le portage salarial *via* le contrat de travail revient à remettre en cause le seul critère à peu près sûr ayant permis jusque-là de déterminer et limiter le champ d'application du droit du travail (perte du principal « point de repère » du droit du travail, fragilisation du fondement sur lequel repose tout l'édifice).

2. Remise en cause de l'essence même du contrat de travail

- Accepter l'idée que c'est au salarié d'apporter le travail dans l'entreprise... revient à remettre en cause l'essence même du contrat de travail et l'obligation première qui caractérise tout contrat de travail : celle par laquelle l'employeur s'engage à fournir du travail au salarié (31).
- Admettre de surcroît que le même « salarié » puisse être licencié... lorsqu'il n'apporte plus de travail (!), ainsi qu'il est prévu dans l'accord de branche du 24 juin 2010, revient à modifier profondément l'économie de ce contrat et les principes sur lesquels ce dernier a depuis toujours été organisé (dépendance économique et juridique) (32).
- Les partenaires sociaux qui ont signé l'accord du 24 juin 2010, ont-ils seulement entrevu le risque d'une généralisation de ces idées à l'ensemble des (vrais) salariés ? Aux salariés d'apporter le travail à l'employeur... S'ils ne le peuvent pas : chômage... S'ils ne le peuvent plus : licenciement ! V. *supra*.

Par conséquent, si le législateur décide, ainsi que l'on fait les partenaires sociaux dans l'accord interprofessionnel de 2008 et dans l'accord de branche de 2010, d'accorder aux travailleurs portés le régime du salariat *via* le contrat de travail, cela revient à remettre en cause imprudemment le

(30) L. Casaux-Labrunée, Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant, *Dr. Soc.* 2007, 58.

(31) v. J.-J. Dupeyroux, *Dr. Soc.* 2007, p. 82, reprenant les mots du président Jean Laroque

(32) S. Brissy, L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié, *Dr. Soc.* 2008, 434.

champ d'application du droit du travail... et surtout, l'équilibre général des relations de travail salariées.

Le risque est également fort d'accentuation du mouvement d'externalisation de l'emploi (développement de la figure du tiers-employeur).

C. Le risque de dérégulation de principes fondamentaux du droit de la protection sociale

1. Questions relatives à l'assurance chômage

- Le portage salarial remet en cause les principes et fonctions du régime d'assurance chômage, qui constitue l'une des raisons majeures du recours à cette forme d'emploi (33).

- Une fois admis l'accès des travailleurs portés au régime d'assurance chômage : pourra-t-on continuer à limiter l'indemnisation uniquement aux salariés ayant perdu involontairement leur emploi (dernière condition déjà effritée depuis la légalisation de la rupture conventionnelle par la même loi de modernisation du marché du travail)... ou bien se dirige-t-on vers une nécessaire extension du régime d'assurance chômage aux travailleurs indépendants dont les caractéristiques sont très proches des travailleurs portés (différences de régime difficiles à justifier) ?

- Quel équilibre financier du régime du fait de son extension à de nouvelles catégories d'assurés ?

- Serait-il opportun de prévoir un régime spécifique d'assurance chômage pour les travailleurs portés (comme pour les intermittents du spectacle par exemple) ?

2. Question relative à la répartition de la charge des contributions sociales entre « employeur » et « salarié » dans le portage salarial

- Le portage salarial heurte directement l'un des principes essentiels du droit de la protection sociale, selon lequel les cotisations sociales dues par l'employeur doivent rester exclusivement à sa charge : « *La contribution de l'employeur [aux charges sociales] reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit* » (article L. 241-8 CSS).

- Dans le portage, les cotisations sociales, salariales et patronales, sont systématiquement imputées par la société de portage sur les revenus perçus par le travailleur porté (au moment de la « transformation » des honoraires en salaires, v. *supra* schéma du portage). La charge des contributions sociales, salariales et patronales, repose donc en totalité sur le travailleur porté.

- Sécuriser le portage salarial, au sens où l'entendent les partenaires sociaux, suppose de remettre en cause ce principe essentiel du droit de la sécurité sociale qui prévoit depuis toujours que la charge des contributions sociales doit être partagée entre l'employeur et le salarié (avec une part moindre pour le salarié).

Le « jeu » en vaut-il la chandelle ? Le portage salarial mérite-t-il que l'on sacrifie ce principe essentiel de la législation sociale ? En l'état actuel du droit, ce principe « gêne » le portage salarial en ce sens que l'article L. 241-8 CSS permet de considérer que toutes les conventions de portage sont nulles de plein droit, malgré l'esquisse de légalisation dessinée par le législateur en 2008.

Permettre aux travailleurs portés, qui ressemblent plus à des indépendants qu'à des salariés, de bénéficier du régime du salariat du point de vue de la sécurité sociale, implique également un transfert de charges du régime social des indépendants (RSI) vers le régime général (RG).

III. La légalisation du portage salarial : un processus maîtrisé ?

L'imprudence des partenaires sociaux contraste ici avec la prudence du législateur. Les juges quant à eux, selon les contentieux, prennent des décisions qui peuvent, selon les cas, constituer des motifs d'espoir pour les acteurs du portage, mais parfois aussi des sources d'inquiétude.

A. La prudence du législateur

Le législateur a pris soin d'exiger que le résultat des négociations confiées aux partenaires pour « organiser le portage salarial » soit transcrit dans un accord de branche étendu (art. 8 de la loi du 25 juin 2008). Sans le verrou

gouvernemental que constitue l'arrêté d'extension, l'accord de branche relatif à l'activité de portage salarial conclu le 24 juin 2010 ne peut entrer en vigueur.

Les partenaires sociaux ont eux-mêmes pris soin de subordonner l'entrée en vigueur de cet accord « à l'adoption des mesures législatives et réglementaires nécessaires à son application » (article 17).

Une nouvelle intervention législative est par conséquent nécessaire, au-delà de l'esquisse de légalisation réalisée en 2008, pour déterminer le régime juridique du portage salarial.

(33) P.-M. Menger, P. Costa, D. Hanet et C. Marchika, Le risque de chômage dans l'emploi discontinu et sa couverture

assurantielle. Missions et intermissions, SSL n° 1332 du 10 décembre 2007, p. 27.

Cette question relève pleinement de la compétence législative dès lors qu'elle interroge de façon substantielle divers « principes fondamentaux du droit du travail et de la protection sociale » au sens de l'article 34 de la Constitution.

Dans quelle mesure le législateur se sentira-t-il lié par les mesures négociées par les partenaires sociaux dans l'accord de branche du 24 juin 2010 ? *A priori*, celui-ci n'a pris aucun engagement en ce sens dans la loi de 2008 (simple mission de négociation confiée à l'intérim). Si le résultat des négociations n'est pas jugé satisfaisant (au regard des risques de dérégulation évoqués *supra*), il a certainement le pouvoir de « reprendre la main » sur les points essentiels.

B. Les hésitations des juges

1. L'embaras des juges du fond face au portage salarial

- Les juges de première instance et de cours d'appel prennent des décisions très variées dont il est impossible d'extraire une quelconque tendance (34).

- Parfois les premiers juges préfèrent se déclarer incompétents au motif que les parties au contrat de portage ne sont pas liées par un contrat de travail mais par des relations commerciales (35).

- Sur le fond, lorsqu'il s'agit de procéder concrètement à l'analyse de la relation de travail pour déterminer sa nature et son régime juridique, les juges se laissent parfois tromper par l'apparence de salariat que constitue le portage salarial, et par l'intérêt commun qui unit les différentes parties à l'opération de portage (lorsqu'elles ne sont pas en conflit !). Cet intérêt commun facilite évidemment la démonstration artificielle qu'il existe bien entre elles un contrat de travail. L'exemple du contentieux de l'assurance chômage est éclairant de ce point de vue, où les travailleurs portés et les sociétés de portage sont souvent unis dans une même cause (36).

2. Les premières décisions

de la Cour de cassation (37)

- Cass. soc. 16 décembre 2009 (38) : surprenante décision, en matière de contentieux d'assurance chômage, qui déduit l'existence d'un lien de subordination (et donc d'un contrat de travail) du seul fait que la société de portage se réservait le droit d'accepter ou de refuser les clients apportés par le porté... suivait l'exécution des missions par le biais de simples compte-rendu d'activité... et pouvait licencier le porté s'il n'apportait pas de nouvelles missions !

- Réaction salutaire des magistrats de la Cour suprême dans un arrêt du 17 février 2010 : « *Vu les articles L. 1221-1 et L. 1211-1 du Code du travail ; attendu que le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié* » (39) ;

- Un autre arrêt du même jour impose, en matière de portage, le respect de la réglementation du travail à temps partiel (40).

C. Quelques propositions doctrinales en guise de conclusion (41)

- Déterminer clairement l'objectif des réformes à venir : organiser le portage salarial (poursuivre le processus de légalisation) mais sans déréguler l'ensemble des relations de travail salariées (42).

- Lancer une expertise sur les différents moyens d'assurer aux travailleurs portés « le régime du salariat » prévu par la loi (art. L. 1251-64 C. trav.) sans instrumentaliser ni exposer le contrat de travail (*v. supra*).

- Introduire dans le Code du travail une définition du contrat de travail qui préserve ce point de repère essentiel de la législation sociale (à défaut, consolider la définition jurisprudentielle).

Proposition de définition : « **Le contrat de travail est la convention par laquelle, moyennant une rémunération, une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, qui lui fournit un travail à exécuter sous sa subordination** ».

Lise Casaux-Labrunée

(34) L. Casaux-Labrunée, L'embaras des juges face au portage salarial, *SSL* n° 1349, p. 11.

(35) Ex : Cons. Prudh. Nantes, 18 décembre 2006, *D. Baudin c./ SARL Links*.

(36) V. par ex. CA Paris 19 novembre 2010, *Pôle emploi c./ Christian*.

(37) H. Gosselin, Le portage salarial face au contrat de travail, *SSL* n° 1434 du 22 février 2010, p. 3.

(38) N° 08-17.852 P+B.

(39) Cass. soc. 17 février 2010, n° 08-45.298 P+B+R+I, confirmé par Soc. 3 novembre 2010, n° 09-65.254.

(40) N° 08-40.671 P+B+R+I.

(41) P.-Y. Verkindt et L. Casaux-Labrunée, Quels modes de régulation des pratiques de portage salarial ? Quelles évolutions possibles du droit positif ? *SSL* n° 1332 du 10 décembre 2007, p. 95 s.

(42) Il serait également utile de mener une réflexion d'ensemble sur les relations de travail tripartites et la figure du tiers-employeur, le portage salarial n'étant qu'une déclinaison d'un genre plus large qui s'inscrit dans le mouvement d'externalisation des relations de travail.