

# Portage salarial : les enjeux de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au travailleur porté

(Cass. Soc., 4 février 2015, n° 13-25.627, P+B)

par Florence CANUT, Professeur à l'Université Lyon 2,  
École de droit social de Montpellier

## PLAN

- I. Le contrat conclu entre la société de portage et le salarié porté qualifié de contrat de travail
- II. Les conséquences de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation de fournir du travail
- III. Le « forçage » de la qualification de contrat de travail par l'ordonnance du 2 avril 2015

Le portage salarial, une fois de plus, revient sur le devant de la scène (1). Décrite un peu brutalement, ou sans hypocrisie, cette pratique est « *un montage qui permet de faire passer un travailleur indépendant pour un salarié afin de faire bénéficier le professionnel du bénéfice des prestations du régime général de la Sécurité sociale et de l'assurance chômage* » (2). Dans ce schéma, une personne qui a trouvé une entreprise cliente intéressée par ses services devient le salarié porté d'une entreprise de portage. Cette dernière encaisse les rémunérations versées par le client et en reverse une partie sous forme de salaire au porté : c'est une « *caisse qui avale les honoraires et les restitue pour partie sous forme de salaire* » (3).

Longtemps resté en marge de la loi, le portage salarial a été légalisé par la loi du 25 juin 2008 (4), sur impulsion des partenaires sociaux (5). À cet effet, le législateur a modifié l'article L. 8241-1 du Code du travail pour faire échapper le portage salarial à l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif (6) et inséré une définition du portage à l'article L. 1251-64 du Code du travail : « *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* » (7). L'article 8, III, de la loi du 25 juin 2008 prévoyait que « *pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial* ». La branche du travail temporaire s'était vue confier cette mission, qui a abouti à la conclusion de l'accord du 24 juin 2010 (8).

Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 8, III, de la loi sur le grief d'incompétence négative : « *s'il est loisible au législateur de confier à la*

*convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, il lui appartient d'exercer pleinement*

(1) Beaucoup a été écrit sur le portage salarial, avant comme après sa légalisation. Voir, not., Sem. soc. Lamy, suppl., n° 1332 du 10 déc. 2007 (travaux coordonnés par L. Casaux-Labrunée).

(2) G. Auzéro, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 28<sup>e</sup> éd., 2014, n° 299.

(3) A. Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 9<sup>e</sup> éd. 2014, n° 541.

(4) Loi n° 2008-596 portant modernisation du marché du travail.

(5) ANI du 11 janv. 2008 sur la modernisation du marché du travail, art. 19 prévoyant que « *la branche du travail temporaire organisera, par accord collectif étendu, la relation triangulaire en garantissant au porté le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que de son apport de clientèle* ».

(6) La Chambre criminelle de la Cour de cassation en a déduit que le portage ne permettait pas de caractériser le délit de marchandage, Cass. Crim., 17 janv. 2012, n° 11-81.669, inédit, JCP S 2012, 1282, comment. P. Morvan.

(7) Loi du 25 juin 2008, art. 8, II.

(8) Sur cet accord, voir not., A. Fabre, « Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ? », Sem. soc. Lamy 2010, n° 1454, p. 2 ; L. Casaux-Labrunée, « Le contrat de travail au défi du portage salarial », Dr. Ouvr., juill. 2011, p. 424, spéc., pp. 428 à 433.

la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution » (9). En l'occurrence, c'était à la loi qu'il appartenait de déterminer les conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial et de fixer les principes applicables au salarié porté.

Le Conseil a reporté au 1<sup>er</sup> janvier 2015 l'abrogation des dispositions litigieuses pour laisser au législateur le temps de tirer toutes les conséquences de cette déclaration d'inconstitutionnalité. En attendant, l'accord du 24 juin 2010, étendu par l'arrêté du 24 mai 2013, demeurait la norme. Toutefois, l'arrêté d'extension pouvait être contesté depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (9 bis) et, depuis cette date, l'accord du 24 juin 2010 n'avait plus de fondement.

Dans un arrêt du 17 février 2010, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que l'entreprise de portage, en tant qu'employeur, a l'obligation de fournir du travail au porté (10). Ne tenant aucun compte de cet avertissement, l'accord du 24 juin 2010 souligne « le caractère impératif de l'apport de la prestation par le salarié porté » en mettant à sa charge une « obligation prospective d'emploi » (11).

Dans l'arrêt du 4 février 2015 (12), la Cour de cassation condamne à nouveau l'obligation faite au porté de trouver des clients, cette fois dans une espèce soumise à la loi du 25 juin 2008 et à l'accord du 24 juin 2010. Un salarié porté, engagé par une société de portage en octobre 2006 en qualité de rédacteur pour assurer des missions auprès d'une société cliente, occupait, depuis mars 2008, la fonction de directeur

de contenu avec statut de cadre. Il a été licencié au motif qu'il n'avait pas respecté la clause d'objectifs de son contrat de travail, qui lui faisait obligation de conclure avant la fin de sa mission en cours une ou des missions nouvelles équivalentes à cinq jours. Le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une action en paiement de rappel de salaires, de congés payés, d'indemnité de licenciement et d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel ayant fait droit à ces demandes, l'employeur a formé un pourvoi en cassation au soutien duquel il prétend que l'économie du portage salarial repose sur le fait que c'est au salarié porté qu'il appartient de trouver des missions auprès d'entreprises clientes. Il en déduit que, si le salarié porté est soumis au régime du salariat pour ce qui concerne sa rémunération et ses accessoires, l'entreprise de portage salarial ne saurait être tenue de lui fournir du travail. En énonçant que le contrat de portage comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié, la Cour d'appel aurait violé l'article L.1251-64 du Code du travail. La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif, figurant déjà dans l'arrêt précité du 17 février 2010, que la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fournir du travail. Laconique, mais efficace ! Puisque le contrat conclu entre la société de portage et le porté est qualifié de contrat de travail (I), l'employeur a l'obligation de fournir du travail au salarié (II). Les jours de cette jurisprudence sont néanmoins comptés, une ordonnance du 2 avril 2015 prévoyant que c'est au salarié porté qu'il incombe de trouver ses propres clients (III).

## I. Le contrat conclu entre la société de portage et le salarié porté qualifié de contrat de travail

La légalisation du portage salarial et son encadrement par l'accord de branche du 24 juin 2010 n'auront pas fait fléchir la Cour de cassation. Cette constance doit être saluée. Elle n'est que la conséquence de l'existence d'un contrat de travail. Mais c'est, d'abord, cette qualification de contrat de travail qui doit être interrogée : le contrat conclu entre la société de portage et le salarié porté est-il un contrat de travail ? Cette interrogation, ainsi que celle qui porte sur l'obligation de fournir du travail, ont trouvé

leur réponse dans l'ordonnance du 2 avril 2015 (13). Mais elles sont centrales pour la compréhension de l'arrêt sous analyse.

S'agissant, donc, de la qualification du contrat unissant la société de portage et le salarié porté, la loi du 24 juin 2010 était restée discrète, l'article L. 1251-64 du Code du travail se contentant d'énoncer que le portage comporte « pour la personne portée le régime du salariat ». L'on pourrait arguer, un peu hâtivement,

(9) Cons. const., 11 avr. 2014, n° 2014-388 QPC, considérant n° 4. Sur cette décision, P.-Y. Gahdoun, Dr. Ouvr., oct. 2014, p. 683.

(9 bis) Ce qui ne manqua pas d'être fait. Le Conseil d'État, par un arrêt du 7 mai 2015, a annulé l'arrêté d'extension, sans effet rétroactif (CE, 7 mai 2015, n° 370986).

(10) Cass. Soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298, Bull. civ. V, n° 41. Sur cet arrêt, voir not. J. Pélessier, « Le portage salarial : une sécurisation inaboutie », RDT 2010, p. 292 ; J. Mouly, « Portage salarial : une validation en trompe l'œil », D. 2010, p. 799 ; J. Cortot, « Portage salarial : soumission au Code du travail », D. 2010, p. 576.

(11) Art. 2.1.2.

(12) Reproduit ci-après p. 334.

(13) Sur cette ordonnance, voir *infra*, III. L'ordonnance ne dit rien quant à son application dans le temps. Le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle étant rarement appliqué en droit du travail, il est vraisemblable que l'ordonnance régit les contrats en cours lors de son entrée en vigueur.

que le régime du salariat va de pair avec la conclusion d'un contrat de travail. C'est oublier que le législateur, dans la partie 7 du Code du travail, a pu assimiler à des salariés certaines catégories de travailleurs qui ne sont pas titulaires d'un contrat de travail. C'est le cas, notamment, des gérants de succursales (14). Mais, pour ces derniers, l'assimilation se justifie par le fait qu'ils sont en situation de para-subordination : « *il s'agit de protéger ces faux indépendants* » (15). Or, les portés sont de vrais indépendants recherchant les avantages du régime social du salariat (16). La Cour de cassation aurait-elle pu procéder elle-même à une telle assimilation, tout en considérant que les portés n'étaient pas titulaires d'un contrat de travail ? Certainement pas, seul le législateur pouvant procéder de la sorte. Or, la formulation de l'article L. 1251-64 du Code du travail, qui pourrait faire songer au mécanisme de l'assimilation, était en soi insuffisante.

En ne prenant pas ses responsabilités, et en renvoyant aux partenaires sociaux le soin de définir le régime du portage, le législateur a ouvert la boîte de Pandore. Ayant bénéficié d'un blanc-seing, les signataires de l'accord du 24 juin 2010 ont expressément qualifié le contrat conclu entre la société de portage et le travailleur porté de contrat de travail (17). Cette liberté qu'ils se sont octroyée interroge. Faut-il rappeler que « *l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (18) et que la seule volonté des parties est « *impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche* » (19) ? Le statut social étant d'ordre public, les parties (20) ne peuvent pas disposer de la qualification de contrat de travail, pas plus pour l'écarter lorsque les éléments de

fait permettent de conclure à son existence que pour y faire entrer des relations contractuelles qui n'en relèvent pas (21). Et la solution est la même en droit de la Sécurité sociale, l'assujettissement à un régime découlant du statut professionnel et échappant à la volonté des intéressés. Comme l'a souligné un auteur particulièrement au fait des questions concernant le portage salarial, les négociateurs « *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 !* » (22).

Il est possible que les relations qui unissent la société de portage et le porté (23) s'inscrivent dans le cadre véritable du contrat de travail, si ses éléments caractéristiques – prestation de travail, rémunération et, surtout, subordination juridique (24) – sont présents. Réalisme oblige, ce sont les conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité qui commandent la qualification de contrat de travail. Le porté serait alors un faux porté, mais un vrai salarié, réellement titulaire d'un contrat de travail tout ce qu'il y a de plus classique ! C'était peut-être le cas dans l'arrêt précité du 17 février 2010. Dans cette affaire, la société de portage avait mis à la charge du porté une obligation de réaliser un minimum de missions, à peine de licenciement pour faute. Il s'agissait, en réalité, de faire peser sur le salarié une clause d'objectif. Or, il paraît difficile d'imposer une telle clause à un cocontractant, sous peine de rupture des relations contractuelles, sans laisser apparaître un état de réelle subordination (25). Cet état transparaissait, par ailleurs, à travers les autres clauses de la « charte de collaboration » annexée au contrat de travail à durée indéterminée, démontrant que le porté était loin de déter-

(14) Art. L. 7321-1 et s., C. trav.

(15) J. Icard, note sous Cass. Soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.627, Cah. soc., mars 2015, n° 115r1.

(16) Dans le cas contraire, où le porté serait sous la réelle subordination de la société de portage, il n'y aurait pas contrat de portage, mais contrat de travail « de droit commun ».

(17) À plusieurs reprises et dès le préambule.

(18) Formule incessamment répétée depuis Cass. Soc., 17 avr. 1991, n° 88-40.121, Bull. civ. V, n° 200. Voir aussi, Cass. Soc., 19 déc. 2000, n° 98-40.572, Bull. civ. V, n° 437, Dr. Soc. 2001. 227, note A. Jeammaud ; Dr. Ouvr. 2001. 241, 2<sup>e</sup> esp., note A. de Senga ; encore récemment : Cass. Soc., 25 juin 2013, n° 12-13.968, Bull. civ. V, n° 165, Dr. Ouvr. 2014 p. 100 note A. Mazières.

(19) Cass., Ass. plén., 4 mars 1983, *Barrat*, D. 1983. 381, concl. J. Cabannes ; D. 1984, IR. 184, obs. J.-M. Béraud.

(20) Aussi bien les parties au contrat que les parties à l'accord collectif.

(21) Cass. Soc., 23 avril 1997, n° 94-40.909, Bull. civ. V, n° 142 : censure de la cour d'appel qui s'était attachée uniquement à la dénomination donnée par les parties à leur rapports dans le contrat et en ne recherchant pas si l'intéressé recevait des ordres et directives.

(22) L. Casaux-Labrunée, « Le contrat de travail au défi du portage salarial », Dr. Ouvr. juill. 2011, p. 424, spéc., p. 432.

(23) La question peut aussi parfois se poser vis-à-vis de l'entreprise cliente. Mais là n'est pas le débat.

(24) Ou, plutôt, état de subordination si on préfère voir la subordination juridique comme un effet caractéristique du contrat de travail, tandis que l'état de subordination serait l'un de ses critères, G. Auzéro, E. Dockès, *Droit du travail*, op. cit., n° 202 et 203. 9. Voir aussi C. Radé, qui distingue subordination et subordination juridique : « La possibilité d'une ile », Dr. Soc. 2009, 930, spéc., n° 9.

(25) En ce sens, A. Mazeaud, op. cit. À remarquer que, dans cette affaire, le porté était un maçon. L'on était assez éloigné du schéma selon lequel le « cœur de cible » du portage serait « des cadres au chômage, plutôt âgés et souvent de haut niveau, qui seuls parviennent à exercer de façon pérenne (plus d'une année ou deux) une activité professionnelle dans ce cadre relativement élitiste », P. Morvan, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », Dr. Soc. 2007, p. 607, spéc., n° 11.

miner unilatéralement ses conditions de travail (26). Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a consacré, sans la questionner (27), la qualification de contrat de travail.

C'est cette qualification qu'elle reprend dans l'arrêt sous analyse, confirmant le choix des partenaires sociaux. La généralité de l'attendu de principe montre que la Haute juridiction a délaissé le réalisme auquel elle nous a accoutumés : le portage salarial implique conclusion d'un contrat de travail, qu'il y ait ou pas réelle subordination. Les signataires de l'accord du

24 juin 2010 auraient peut-être limité les dégâts s'ils avaient respecté la volonté des signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 de voir le portage salarial s'inscrire dans un contrat à durée déterminée d'une durée maximale de trois ans. Aussi bien dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 février 2010 que dans celle qui nous occupe ici, le contrat était un contrat à durée indéterminée. Comme un auteur a pu le noter, « rien n'interdit à l'entreprise de portage d'engager le salarié porté pour une durée indéterminée, mais elle s'engage alors à fournir elle-même du travail après l'exécution de la prestation qui a été apportée » (28).

## II. Les conséquences de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation de fournir du travail

Avant même que la Cour de cassation ne rende son arrêt du 17 février 2010, de nombreux auteurs avaient mis en exergue l'incongruité d'un contrat de travail dépourvu de l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié. Maintes fois citée, la démonstration du professeur Dupeyroux reste la plus percutante : « *Le président Jean Laroque, qui fut un grand président, aux idées claires, de la Chambre sociale de la Cour de cassation, aimait à répéter que 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* » (29). Si contrat de travail il y a, obligation de fournir du travail il y a, à la charge de l'employeur, qui est l'entreprise de portage, quand bien même le salarié se trouverait à la disposition des clients (30).

Que l'on fonde le critère principal du contrat de travail sur la subordination ou sur l'intégration écono-

mique (31) ne change rien au fait qu'il incombe à l'employeur de fournir du travail à ses salariés. Il s'agit là d'une obligation essentielle du contrat de travail (32) ou, pour le dire autrement, d'un élément relevant du contenu obligationnel légal du contrat de travail (33). Les parties ne sauraient écarter cette obligation sans dénaturer le contrat : un contrat dépourvu de l'obligation, à la charge de l'employeur, de fournir du travail au salarié n'est pas un contrat de travail (34). Ce n'est que de manière exceptionnelle, presque « accidentelle », que l'employeur ne sera pas soumis à cette obligation première (35). Empêché de fournir du travail au salarié, du fait de la conjoncture, l'employeur ne pourra guère que le licencier ou le soumettre à l'activité partielle. Le fait de ne pas fournir, délibérément, du travail à un salarié (36), de le « mettre au placard », peut caractériser un harcèlement moral (37). Le salarié, en cas de requalification de plusieurs contrats à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, peut obtenir un rappel de salaires au titre des périodes interstitielles, c'est-

(26) La plupart du temps, le porté fournit sa prestation de travail « en déterminant lui-même unilatéralement ses conditions de travail », J. Mouly, obs. sous Cass. Soc., 17 févr. 2010, Dr. Soc. 2010, p. 799. Or, en l'espèce, le porté était tenu de rendre compte de son activité par le biais de relevés mensuels, de respecter toutes les instructions et consignes, en particulier d'utiliser le matériel et les tenues fournis par la société, de contacter une fois par semaine son conseiller afin de lui transmettre son planning pour la semaine à venir, etc.

(27) Notamment en convoquant d'office l'art. 12, alinéa 2, du Code de procédure civile, selon lequel le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

(28) J. Pélissier, « Le portage salarial : une sécurisation inaboutie », obs. sous Cass. Soc., 17 févr. 2010, RDT 2010, p. 292.

(29) J.-J. Dupeyroux, « Le roi est nu », Dr. Soc. 2007 p. 81, spéc., p. 82.

(30) Argument mis en avant par P. Morvan pour contester l'obligation pour la société de portage de fournir du travail au salarié, « Heurs et malheurs jurisprudentiels du portage salarial », JCP S 2010, 1147, spéc., pp. 6-7.

(31) C. Radé, « Des critères du contrat de travail » in Protéger qui exactement ? Le Tentateur ? Le sportif amateur ? Le travailleur ?, Dr. Soc. 2013, p. 202.

(32) P. Morvan y voit plutôt une obligation « naturelle » du contrat de travail, que les parties peuvent écarter, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », *op. cit.*, spéc., n°22. Cette analyse a été clairement condamnée par les arrêts du 17 févr. 2010 et du 4 févr. 2015.

(33) « C'est-à-dire sans préjudice de clauses créant des obligations accessoires », A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », D. 1998, p. 359, spéc., n° 15. Et les auteurs de noter que « l'employeur a l'obligation de confier des tâches au salarié (au moins de lui permettre d'accomplir les tâches de son poste et de sa qualification professionnelle) ».

(34) Comme ne serait pas un contrat de travail le contrat dépourvu de l'obligation de verser un salaire.

(35) Pour un tour d'horizon de ces hypothèses, voir S. Brissy, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. Soc. 2008, p. 434.

(36) Quand bien même ce dernier continuerait à être rémunéré.

(37) En ce sens, C. Radé, obs. sous Cass. Soc., 3 nov. 2010, n°09-65.254, Bull. Civ. V, n° 252, Dr. Soc. 2011, p. 95.

à-dire des périodes séparant chacun des contrats à durée déterminée requalifiés, s'il démontre qu'il est effectivement resté à la disposition de l'employeur durant celles-ci (38). Le défaut de fourniture du travail par l'employeur permet au salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail, aux torts de l'employeur (39). Les incidences de l'obligation de fournir du travail au salarié sont nombreuses, et les exemples pourraient être multipliés à l'envi.

On voit bien que cette obligation, pesant sur la société de portage, de fournir du travail au porté contredit la philosophie du portage salarial, ou son « économie ». Mais à qui la faute ?

À la Cour de cassation, qui n'aurait pas restitué au contrat sa véritable qualification, celle de contrat de travail étant en réalité inadéquate la plupart du temps ?

Aux partenaires sociaux, qui ont voulu s'approprier une qualification pourtant indisponible, tout en prévoyant le caractère impératif de l'apport de la prestation par le salarié porté (40) ?

Ou au législateur, l'article L.1251-64 du Code du travail ne mentionnant pas que le salarié porté a l'obligation de trouver lui-même le travail qu'il aura à exécuter ?

Puisque le salariat doit bénéficier aux portés, et que les partenaires sociaux, sur lesquels le législateur s'est défaussé, une fois de plus (41), ont qualifié le contrat l'unissant à la société de portage de contrat de travail, les obligations principales découlant de ce dernier doivent être respectées. Ces obligations ne sont pas à la disposition des parties au contrat ; elles sont d'ordre public. Comme l'a noté un auteur, « la traduction de la solution se lit ainsi : « vous voulez le régime du salariat, vous l'aurez, mais en totalité » » (42). On comprend bien ce que la conclusion a de dérangeant vis-à-vis des « vrais » salariés. On comprend bien aussi ce que les prolongements de cette exigence peuvent avoir d'incongru vis-à-vis du portage salarial. En particulier,

si l'on veut bien voir que l'obligation de fournir un travail est étroitement liée à celle de fournir un emploi, et si l'on veut bien voir dans cette obligation patronale une obligation de *praestare*, les conséquences sont lourdes (43). Sans doute, la Cour de cassation, en ne convoquant pas d'office l'article 12, alinéa 2 du Code de procédure civile lorsque le contrat de portage n'est réellement pas un contrat de travail, a-t-elle rompu avec le réalisme qu'elle pratique encore et toujours dans l'opération de qualification du contrat de travail (44). Mais elle s'est trouvée confrontée à une figure inaboutie, dont elle en a tiré les conséquences logiques, mettant le législateur et les partenaires sociaux face à leurs responsabilités devant une instrumentalisation du contrat de travail.

L'IGAS avait pourtant tiré, en son temps, la sonnette d'alarme, en concluant, dans un rapport non publié (45) de 2011, à l'impossibilité d'étendre l'accord du 24 juin 2010. Cette étude, loin de se contenter de cerner les nombreuses raisons s'opposant à l'extension (46), formulait des propositions pour sécuriser le portage salarial, propositions qui résonnent étrangement depuis la censure du dispositif légal par le Conseil constitutionnel (47). Les auteurs soulignaient ainsi que, si le portage salarial devait être sécurisé en mode pérenne, il serait préférable que cela se fasse par transposition de dispositifs existants d'accès au régime du salariat hors contrat de travail plutôt que par le biais du contrat de travail (48). Le risque de dévoiement du contrat de travail était mis en exergue, puisque pourraient être titulaires d'un tel contrat des travailleurs sur qui pèse l'obligation de se fournir eux-mêmes leur propre travail. Et le rapport de conclure : « *De ses nombreuses investigations, la mission retire la conviction que les travailleurs portés, par-delà la phase transitionnelle, sont bien davantage demandeurs de protection sociale que d'un contrat de travail* » (49). Les propositions de l'IGAS n'auront pas été davantage reprises par le Gouvernement actuel, qui vient de trancher la question par une ordonnance du 2 avril 2015.

(38) Cass. soc. 30 nov. 2010, n° 09-40.160, inédit ; Cass. Soc. 25 juin 2013 n° 11-22.646, Bull. civ. V, n° 164 ; Cass. Soc., 10 déc. 2014, n° 13-22.422.

(39) Cass. Soc., 3 nov. 2010, n° 09-65.254, Bull. civ. V, n° 252.

(40) Accord du 24 juin 2010, art. 2.1.2. précité.

(41) Que l'on songe, par exemple, au cas du forfait en jours...

(42) J. Icard, note sous Cass. Soc., 4 févr. 2015, *op. cit.*

(43) G. Pignarre, « L'obligation de l'employeur de mettre un emploi à la disposition du salarié. Vers la reconnaissance d'une obligation de *praestare* dans le contrat de travail », D. 2001, chron., p. 3547. L'auteur note que « l'employeur, débiteur d'une obligation de *praestare*, s'engagerait à fournir et à conserver un emploi au salarié (...) », *op. cit.*, n° 4.

(44) En ce sens, L. Casaux-Labrunée, « Portage salarial et contrat de travail : la vigilance des juges... en attendant la loi », comment. sous Cass. Soc., 4 févr. 2015, Lexbase La lettre juridique n° 603

du 5 mars 2015, spéc., p. 3. Comme l'explique l'auteur, si les juges avaient donné au contrat son exacte qualification, la solution aurait desservi le porté.

(45) On peut se demander pourquoi ! Ch. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, Inspection générale des affaires sociales, 2011. Le rapport est disponible sur Internet.

(46) Parmi lesquelles le non-respect du fait que le portage ne devrait permettre qu'un recours temporaire et transitoire au contrat de travail.

(47) Voir aussi, C. Lenoir et F. Schechter, « Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés », Dr. Soc. 2012, p. 771.

(48) Ou alors, le législateur devrait créer un contrat de travail *sui generis*. Voir rapport précité, pp. 37 à 43.

(49) Rapport précité, p. 43.

### III. Le « forçage » de la qualification de contrat de travail par l'ordonnance du 2 avril 2015

Le législateur, rappelé à l'ordre par le Conseil constitutionnel, se devait d'intervenir pour régler lui-même le portage salarial. Il avait jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015 pour le faire ; il aura fallu attendre le 2 avril 2015 pour que ce soit fait... L'ordonnance du 2 avril 2015 (50), prise en application de la loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises (51), fixe les conditions essentielles de l'exercice du portage salarial et les principes applicables à la personne portée, à l'entreprise de portage et à l'entreprise cliente. Un chapitre entier, consacré au portage salarial, est inséré dans le Code du travail (52).

Dans le cadre de ce commentaire, il n'est pas question de présenter l'ensemble du dispositif, mais de se centrer sur ce qui constituait la problématique de l'arrêt du 4 février 2015 : la qualification du contrat unissant la société de portage au salarié porté et les obligations qui en découlent en termes de fourniture du travail. À cet égard, le législateur avait deux possibilités : soit qualifier le contrat de contrat de travail, soit assimiler les portés aux salariés sans les considérer comme titulaires d'un contrat de travail. Dans le premier cas, il s'agirait de « forcer » la qualification du contrat ; dans le second, de « forcer » l'application du Code du travail (53). C'est la première solution qu'a choisie le Gouvernement : le contrat de portage est un contrat de travail (54)... dépourvu de l'obligation pour l'employeur de fournir du travail. Lorsque le contrat de travail est à durée indéterminée, il en résulte que les périodes sans prestation à une entreprise cliente ne sont pas rémunérées (55). L'article L.1251-64 du Code du travail est abrogé, tandis que le nouvel article L. 1254-1 dispose : « *Le portage salarial désigne l'ensemble organisé constitué par : 1° D'une part, la relation entre une entreprise dénommée "entreprise de portage salarial" effectuant une prestation*

*au profit d'une entreprise cliente, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ; 2° D'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le "salarié porté", lequel est rémunéré par cette entreprise* ». Le nouvel article L.1254-2 prévoit, en son III, que « *l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté* ». « *Pas tenue* », mais rien n'empêche le contraire. Bien entendu, on ne voit pas quel serait l'intérêt pour l'entreprise de portage de mettre à sa charge une obligation de fournir du travail au porté et de contrarier ainsi l'« économie » du portage ! En procédant de la sorte, le « législateur » (56) a procédé au « forçage » de la qualification de contrat de travail tout en dépouillant ledit contrat de l'obligation première qui pèse sur l'employeur. Ce faisant, il entérine le choix qu'avait fait l'accord du 24 juin 2010.

Alors que tout aurait pu être réglé depuis 2008, il aura fallu attendre 2015 pour que l'État reprenne la main. Entre temps, que d'insécurité juridique ! La volonté, résolument à la mode, de promouvoir le dialogue social ne doit pas faire perdre de vue l'essentiel : sauf à modifier la Constitution, le législateur doit déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Il vient de le faire en matière de portage salarial, au prix d'un sabotage de l'un des éléments constitutifs du contrat de travail, ce que l'on ne peut que regretter. Mais au moins en assume-t-il la responsabilité. Les jurisprudences conjuguées de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel auront permis de cantonner cette dénaturation du contrat de travail à l'hypothèse du portage salarial.

**Florence Canut**

(50) Ord. n°2015-380, 2 avr. 2015, JO du 3 avr. 2015.

(51) Loi n°2014-1545, art. 4.

(52) Chapitre IV du Livre II du titre V du Code du travail.

(53) Voir L. Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », Dr. Soc. 2007, p.58.

(54) ... à durée déterminée ou indéterminée, nouvel art. L.1254-7, C. trav. Les critiques formulées à l'encontre d'un contrat de travail pérenne n'auront pas été entendues. Les dispositions du titre III du livre II de la première partie du code, relatives à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, étant expressément applicables en vertu du nouvel art. L.1254-19, on peut se demander comment le licenciement du salarié porté pour défaut d'apport de clientèle sera reçu par la jurisprudence. Faut-il rappeler que la Cour de cassation considère que la non-réalisation des objectifs fixés ne constitue pas en soi une cause de licenciement ?

(55) Nouvel art. L.1254-21, II, C. trav.

(56) Les guillemets s'imposent puisqu'en l'occurrence, il s'agit d'une ordonnance... Elle ne deviendra une loi qu'après sa ratification par le Parlement.

**CONTRAT DE TRAVAIL** Caractérisation – Obligation de l'employeur de fournir du travail au salarié – Clause contraire – Portage salarial – Salarié devant conclure un nombre minimum de missions – Licenciement pour insuffisance d'activité – Validité (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 février 2015  
Jam communication contre J. (p. n° 13-25.627)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 10 septembre 2013), que M. J., engagé le 2 octobre 2006 par la société Jam communication en qualité de rédacteur pour assurer des missions auprès de la société Entrecom exerçait, à compter d'un avenant en date du 1<sup>er</sup> mars 2008, la fonction de directeur de contenu avec le statut cadre ; qu'il a été licencié le 19 mars 2010 au motif qu'il n'avait pas respecté la clause d'objectifs de son contrat de travail qui lui faisait obligation de conclure avant la fin de sa mission en cours une ou des missions nouvelles équivalentes à cinq jours ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaires, de congés payés, d'indemnité de licenciement et d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen, que l'économie du portage salarial repose sur le fait que c'est au salarié porté qu'il appartient de trouver des missions auprès d'entreprises clientes ; qu'en conséquence, si le salarié

porté est soumis au régime du salariat pour ce qui concerne sa rémunération et ses accessoires, l'entreprise de portage salarial ne saurait être tenue de lui fournir du travail ; qu'en énonçant, pour condamner la société Jam communication à payer diverses sommes à M. J. à titre d'indemnités et de rappel de salaire, que le contrat de portage comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1251-64 du code du travail ;

Mais attendu que la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Déclare irrecevable l'intervention volontaire du syndicat des Professionnels de l'emploi en portage salarial ;

Rejette le pourvoi ;

(M. Frouin, prés. – Mme Brinet, rapp. – M. Beau, av. gén. – Me Foussard, SCP Bénabent et Jéhannin, av.)

## DE L'ACCIDENT DU TRAVAIL À LA MALADIE : LA MÉTAMORPHOSE DU RISQUE PROFESSIONNEL

### Enjeux et perspectives

par Morane Keim-Bagot



Edition Dalloz  
ISBN 978-2-247-15156-1  
1100068  
65 euros

La loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail a plongé la réflexion sur le risque professionnel dans un profond sommeil. Pourtant, près d'un siècle plus tard, la montée en puissance des maladies professionnelles va précipiter, plus que son réveil, sa métamorphose.

La métamorphose du risque professionnel puise ses sources dans la mutation de la représentation du risque professionnel factuel qui a permis la consécration de la notion de maladie professionnelle. Substituée à l'accident du travail comme centre de gravité du droit des risques professionnels, elle devient le point d'impulsion d'une réflexion nouvelle du concept juridique de risque professionnel entraînant la mutation du risque professionnel pris en charge. Cette métamorphose, dans le droit de la Sécurité sociale, permet la redécouverte de l'obligation de sécurité de l'employeur qui irradie le droit du travail et entraîne l'affirmation du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs. Partant, la réparation des atteintes à la santé du travailleur est considérablement étendue.

Néanmoins, cette construction se heurte à des obstacles de taille, et s'accompagne d'incohérences qui entravent son effectivité.

D'abord, la passerelle ainsi créée entre droit du travail et droit de la Sécurité sociale ne permet pas d'effacer la division qui existe entre ces deux branches du droit et entre leurs contentieux. Partant, la division artificielle de la personne du travailleur, - entre ses qualités de salarié et d'assuré social -, effet pervers de la socialisation du risque professionnel, demeure.

Ensuite, l'extension de la réparation est circonscrite aux seules victimes d'une faute inexcusable et, qui plus est, mise en péril par les évolutions de la conception de la nature de la rente accident du travail, telle que retenue par la jurisprudence.

Ces incohérences constituent autant d'obstacles à l'effectivité du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs. Des solutions doivent être pensées en vue de les dépasser.