


Revue de droit du travail


Revue de droit du travail 2010 p. 292

Le portage salarial : une sécurisation inaboutie

Soc. 17 février 2010, n^{os} 08-45.298 et 08-40.671, à paraître au *Bulletin*.

Jean Pélissier

Deux arrêts rendus le 17 février 2010 par la Chambre sociale de la Cour de cassation  (1) attirent l'attention sur la prétendue sécurisation du portage salarial.

1. Le portage salarial est d'abord une pratique, un montage imaginé, comme la plupart des montages, pour éluder les dispositions juridiques normalement applicables. Un travailleur qui ne veut pas être un travailleur indépendant, une entreprise qui souhaite bénéficier d'une prestation de travail mais qui ne veut pas être employeur, un entremetteur qui veut réaliser un profit et qui, pour cela, accepte de jouer le rôle d'employeur sans toutefois en assumer toutes les obligations s'entendent pour réaliser leurs souhaits respectifs. Cette opération par laquelle un travailleur indépendant devient le faux salarié d'une entreprise de portage qui l'embauche pour le mettre à la disposition d'une entreprise « cliente » qui a, en réalité, conclu directement les conditions de la prestation avec « le porté », a été dénoncée comme une opération frauduleuse. La critique, la plus brève et la plus forte, a été exprimée par le professeur Jean-Jacques Dupeyroux dans un article « Le roi est nu »  (2). Accorder le droit à l'assurance chômage et les prestations générales du régime général de Sécurité sociale à un faux salarié n'a pas heurté tout le monde. Voyant les avantages de cet artifice (facilité pour une personne sans emploi de retrouver un travail sans avoir à se soumettre au régime des travailleurs indépendants, opportunité pour des entreprises de bénéficier de prestations de travail sans être liées par un contrat de travail profits pour de nouvelles entreprises intermédiaires), les acteurs sociaux ont voulu légaliser et sécuriser cette pratique.


2. L'article 19 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a pour intitulé « Sécuriser le portage salarial ». Tout en relevant que cette forme d'activité est « considérée comme entachée d'illégalité », les organisations patronales et syndicales estiment souhaitable « de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service ». Elles ne l'organisent pas pour autant. Elles renvoient ce travail d'organisation à la négociation d'un accord de branche étendu, la branche du travail temporaire étant choisie comme la plus apte à établir les règles nécessaires. L'accord national interprofessionnel pose cependant quelques directives ; la branche du travail temporaire doit organiser la relation triangulaire « en garantissant au porté le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que de son apport en clientèle ». Il est également précisé que « la durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois ans ».

La loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail entérine cette validation du portage salarial. Elle introduit dans un chapitre relatif au « contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire » (Chapitre I du Titre V du Livre II de la première partie du Code du travail) une section 7 intitulée « portage salarial ». L'emplacement de cette section crée la confusion car il semble faire du portage salarial une variante du travail temporaire, ce qu'il n'est pas. Cette section ne contient qu'un seul article (art. L. 1251-64) qui reprend les dispositions de l'article 19 de l'accord national interprofessionnel, en omettant cependant de préciser que le contrat de portage ne doit pas avoir une durée excédant trois ans. La loi du 25 juin 2008 modifie un autre article du Code du travail ; elle introduit, dans l'article L. 8241-1, le portage salarial parmi les exceptions à la prohibition des opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre. Enfin, conformément à la volonté des acteurs sociaux, la loi du 25 juin 2008, dans son article 8, prévoit une dérogation au second alinéa de l'article 2261-19 du Code du travail, relatif aux conditions d'extension des conventions et accords collectifs : « 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 les entreprises de portage salarial et par accord étendu, le portage salarial ». Cette dérogation est accordée pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de cette loi.

Le 12 avril 2010, aucun accord de branche concernant le portage salarié n'a encore conclu. Autant dire que la sécurisation du portage est loin d'être achevée.

3. Il ne semble pas que la sécurisation du portage salarial puisse être opérée par la seule extension d'un accord de branche si les acteurs sociaux trouvent enfin un terrain d'accord.

Le doute avait déjà été exprimé avant même que la Cour de cassation prive d'effet certaines clauses du contrat de portage salarial. Si la loi prévoit désormais que le portage salarial ne tombe plus sous le coup de l'incrimination de prêt illicite de main-d'oeuvre, elle n'écarte pas l'incrimination de marchandage prévue par l'article L. 8232-1 du Code du travail. Le marchandage étant constitué dès lors qu'une opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne, le portage salarial peut exposer l'entreprise de portage et l'entreprise cliente aux sanctions prévues par l'article L. 8234-1 du Code du travail. Ce sera le cas chaque fois que le salarié porté établira qu'il a subi un préjudice, notamment parce qu'il n'a pas bénéficié des avantages prévus par la convention collective applicable dans l'entreprise cliente  (3). L'accord collectif de branche, même étendu, est impuissant à supprimer ce risque pénal ; une intervention du législateur est nécessaire.

Les arrêts du 17 février 2010 soulignent une autre difficulté majeure rendant problématique une sécurisation du portage salarial. Dans la mesure où cette opération triangulaire comporte un contrat de travail entre l'entreprise de portage et le salarié porté, la Cour de cassation applique très logiquement les règles régissant le contrat de travail au contrat liant l'entreprise de portage au salarié. Elle en conclut, dans l'arrêt n° 08-45.298, que ce contrat ne peut pas mettre à la charge du salarié porté l'obligation de trouver lui-même le travail qu'il aura à fournir : « Le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié » ; la clause introduite dans une charte de collaboration annexée au contrat de travail et prévoyant que le salarié devait lui-même rechercher ses missions est sans effet.

L'entreprise de portage ne peut pas régulièrement licencier un salarié porté au motif « qu'il n'avait pas travaillé pendant plusieurs périodes faute d'avoir trouvé des missions à effectuer alors que c'était à la société AVS Concept, en sa qualité d'employeur, de lui fournir du travail ». Dans cet arrêt, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne fait qu'appliquer une règle essentielle qu'un de ses anciens présidents aimait souligner, comme le rappelle Jean-Jacques Dupeyrou dans l'article précité : « 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... Les autres obligations croisées viennent après ». Cette règle de portée générale s'applique à tous les contrats de travail en l'absence de disposition légale l'écartant expressément. À cet égard, il importe peu que l'arrêt évoqué ait été rendu à propos d'un contrat de portage antérieur à la réforme du 25 juin 2008. Le nouvel article L. 1251-64 du Code du travail ne fait pas, en effet, échec à cette règle d'ordre public, car il ne mentionne nullement que, de façon exceptionnelle, le salarié porté ait l'*obligation* de trouver lui-même le travail qu'il aura à exécuter ; il définit seulement le portage salarial comme 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. En ajoutant que le portage « garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle », il précise que, lorsque le travailleur porté a réalisé un apport en clientèle, les droits de celui-ci doivent être garantis. La garantie d'un apport ne peut pas être confondue avec une obligation d'apport. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un travailleur apporte à une entreprise de portage un client pour devenir salarié de cette entreprise que cette dernière peut se dégager de son obligation de fournir du travail à celui qu'elle embauche. Ceci signifie que le contrat de portage se conçoit normalement comme un contrat à durée déterminée, solution qui a été retenue par l'accord national interprofessionnel. Certes, 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 ; cette solution présente évidemment peu d'intérêt pour l'entreprise de portage et il n'est pas certain qu'elle réponde aux attentes du salarié porté qui peut souhaiter n'exécuter que des missions à durée limitée.

L'autre arrêt du même jour (n° 08-40.671) écarte également les dispositions originales que les parties avaient introduites dans un contrat de portage à durée indéterminée à temps partiel. Celles-ci avaient cru pouvoir s'affranchir des règles légales régissant le travail à temps partiel. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond qui avaient validé ces dispositions, en rappelant que les règles légales, protectrices des salariés, sont d'ordre public : « sauf exceptions prévues par la loi, il ne peut être dérogé par l'employeur à l'obligation de mentionner, dans le contrat de travail à temps partiel, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ». Le contrat de portage à temps partiel est donc requalifié en contrat de travail à temps complet. La loi du 25 juin 2008 ne comportant aucune disposition dérogatoire aux textes relatifs au temps partiel, la règle rappelée par la Cour de cassation s'applique aussi bien aux contrats de portage conclus après cette loi qu'aux contrats conclus avant celle-ci.

Ces arrêts donnent une intéressante illustration des différents concours à l'élaboration de nouvelles règles juridiques, accord national interprofessionnel, loi, accord de branche étendu et décision des juges. En décidant que le contrat de travail intégré dans l'opération de portage est intégralement soumis à toutes règles régissant le contrat de travail, les magistrats de la Cour suprême attirent opportunément l'attention des négociateurs sur les limites de leur pouvoir normatif.

Mots clés :

EMPLOI * Portage salarial * Obligation de fournir du travail * Sécurisation

(1) *D.* 2010. 576, obs. J. Cortot ; *ibid.* 799, note J. Mouly ; H. Gosselin, « Le portage salarial face au contrat de travail », *Sem. soc.* Lamy 2010, n° 1434, p. 3 et A. Fabre, « Le portage salarial au milieu du gué ? », *Sem. soc.* Lamy 2010, n° 1435-1436, p. 11 et 12..

(2) *Dr. soc.* 2007 p. 81 et 82.

(3) *V.*, en ce sens, J.-Y. Kerbouc'h, « Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main d'oeuvre illicite », *Dr. soc.* 2007. 78 ; A. Fabre, « Le portage salarial au milieu du gué ? », *Sem. soc.* Lamy 2010, n° 1435-1436, p. 11 et 12.