



Inspection générale
des affaires sociales
RM2011-128P

L'avenir et les voies de régulation du portage salarial

RAPPORT DEFINITIF

Établi par

Christian LENOIR et François SCHECHTER

Membres de l'Inspection générale des affaires sociales

- Septembre 2011 -

Synthèse

Le portage salarial est une relation d'emploi qui s'est développée depuis le milieu des années 1980 en l'absence de tout cadre juridique. Il en a été ainsi jusqu'à l'article 19 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, lequel a conduit à l'adoption de la loi du 25 juin 2008, qui par son article 8 a créé une première, mais courte, définition du portage salarial dans le code du travail (article L. 1251-64).

Le portage salarial appartient aux formes d'emploi fonctionnant par mise à disposition de main d'œuvre. Ces formules reposent sur un « tiers », distinct de l'entreprise utilisatrice et donneuse d'ordre, auprès de laquelle ce tiers a la qualité d'employeur et délègue du personnel en mission. Le portage salarial s'en distingue par le fait qu'il permet à une société d'embaucher une personne souhaitant effectuer une mission dans une autre société utilisatrice, alors que cette personne ne désire ou ne peut pas être salariée de cette dernière, ni même ne souhaite s'immatriculer en tant qu'indépendant.

Sur mandat de la loi précitée, l'accord du 24 juin 2010, négocié dans le cadre de la branche du travail temporaire, a tenté d'organiser et de moraliser ce cadre d'activité.

Au vu des modalités de négociation de cet accord, mais surtout de son contenu, la mission confirme la première analyse juridique livrée fin avril 2011.

Elle conclut à l'impossibilité d'étendre l'accord du 24 juin 2010 en raison notamment :

- du périmètre d'application juridique de l'accord réservant cette activité aux cadres. Cette restriction est en contradiction avec la jurisprudence de la cour de cassation, encore réaffirmée récemment : dans deux arrêts du 8 juin 2011, la chambre sociale rappelle que la seule catégorie professionnelle ne peut justifier une différence de traitement entre des salariés ;
- de la prise en compte très incomplète par l'accord de l'« *ensemble de relations contractuelles* » constitutif du portage. En se focalisant sur le droit du travail, il ne couvre qu'une partie des responsabilités juridiques en jeu et minore les interactions entre droit civil, droit commercial et droit du travail. Ce faisant, l'accord ne répond pas complètement à l'objectif rappelé par la lettre de mission de favoriser le développement de l'emploi et d'apporter des garanties aux salariés et aux entreprises ;
- de ce qu'en négociant sur mandat du législateur, les partenaires sociaux avaient obligation d'organiser l'activité à l'intérieur du cadre juridique existant. Or ceux-ci ont dépassé leur mandat en subordonnant l'application de l'accord à plusieurs modifications législatives (cf. article 17), ce qui le rend formellement insusceptible d'extension.

Pour autant, cet accord qui dispose *ultra petita* dans la forme se conforme bien sur le fond à l'ordre juridique : en effet, l'objectif même d'organiser une activité économique, dans la mesure où elle induit des restrictions à la liberté d'entreprendre, ne peut procéder que de la loi, celle-ci devant de surcroît se conformer à nos obligations européennes au titre du marché intérieur.

Dans cette situation et conformément à la lettre de commande, la mission propose des scénarios permettant de capitaliser sur les principales avancées des accords du 11 janvier 2008 et 24 juin 2010 en termes d'encadrement d'une activité juridiquement et économiquement ambivalente qui continue de se développer et de prospérer. Ces scénarios reposent sur deux préalables :

- la nécessité de laisser accessible le portage à tout professionnel pour autant qu'il dispose d'un niveau d'expertise technique dans son domaine et d'une aptitude avérée à la négociation avec les clients ;
- la nécessité impérieuse d'une nouvelle intervention du législateur, elle-même articulée avec une consultation des partenaires sociaux au niveau interprofessionnel.

Sur cette base, les propositions détaillées dans la partie 2 du rapport s'organisent autour d'un cadre juridique et de méthode, abordant les différentes hypothèses, entre lesquelles le législateur et les partenaires sociaux auront à choisir.

Ainsi, au titre de la nécessaire sécurisation du dispositif mais aussi des parcours professionnels, conformément à la volonté initiale des partenaires sociaux, la mission recommande :

- de façon urgente, d'instaurer par voie législative pour toute entreprise voulant pratiquer le portage, l'obligation d'activité exclusive, de justification d'une garantie financière et de déclaration préalable assortie d'un code APE afin d'en pouvoir suivre l'activité ;
- d'éclairer, depuis cette source, la réflexion des décideurs sur la base d'une étude d'impact, désormais obligatoire ;
- de consolider le portage en tant que dispositif transitionnel dédié aux porteurs de projets en créant un contrat de travail spécifique et en assortissant le portage d'une obligation d'accompagnement, aujourd'hui encore largement optionnelle ;
- au-delà de cette fonction transitionnelle, d'envisager l'opportunité ou non de permettre une activité pérenne. Cette dernière devrait alors impérativement présenter une valeur ajoutée. A défaut, derrière le rappel publicitaire déjà systématique d'un accès au régime d'assurance chômage et au régime général d'assurance maladie, le portage pérenne se réduirait à un simple affacturage ;
- dans l'affirmative, la mission souligne les atouts d'une approche, conforme aux termes de l'article 8 de la loi précitée, d'organiser un accès pour les portés au « régime du salariat » hors contrat de travail, comme il en existe déjà ;
- toutefois, dans l'hypothèse d'un choix de sécurisation du portage pérenne via un contrat de travail, il convient de le circonscrire dans la partie 7 du code du travail, sans étendre cette dernière, mais ici encore en s'inspirant de dispositions existantes.

Sommaire

SYNTHESE	3
INTRODUCTION	7
1. LES AMBIGUITES DU PORTAGE ET SA RECONNAISSANCE JURIDIQUE INABOUTIE CONDUISENT, AUJOURD'HUI, A SON DEVELOPPEMENT NON REGULE	9
1.1. <i>L'examen des natures tant juridique qu'économique du portage révèlent des incertitudes et des ambivalences majeures.</i>	9
1.1.1. La nature et le cadre juridiques du portage sont incertains	9
1.1.2. L'approche socio-économique du portage ne permet pas de dissiper ces incertitudes	13
1.2. <i>Son encadrement, devenu indispensable, est aujourd'hui inabouti.</i>	17
1.2.1. Préoccupation ancienne et partagée, l'encadrement du portage est devenu urgent...	17
1.2.2. Le processus d'encadrement est aujourd'hui incertain, inabouti et hypothéqué	19
2. PROPOSITIONS POUR UN PROCESSUS DE STABILISATION DU PORTAGE SALARIAL	27
2.1. <i>Un cadre nouveau s'impose pour conduire les travaux de sécurisation du portage.</i>	27
2.1.1. La situation du portage conduit nécessairement à une nouvelle étape institutionnelle	27
2.1.2. Les travaux devront satisfaire à l'obligation nouvelle d'éclairer le débat par une étude préalable d'impact.....	29
2.2. <i>En première étape, il est nécessaire de définir d'urgence un périmètre limitatif d'exercice du portage salarial</i>	29
2.2.1. L'activité de portage doit être déclarée et identifiée	30
2.2.2. Quel est vecteur juridique pertinent pour instaurer ces obligations ?.....	31
2.3. <i>Dans un second temps, la mission préconise de documenter la réflexion des décideurs</i>	32
2.3.1. Une étude statistique doit documenter les réalités du portage et nourrir l'étude d'impact	33
2.3.2. Affirmer un socle de principes directeurs pour structurer les futures orientations....	33
2.4. <i>Dans un troisième temps, il est proposé de consolider le portage salarial en tant que dispositif transitionnel.</i>	34
2.4.1. Les publics.....	34
2.4.2. Les modalités.....	35
2.5. <i>La sécurisation du portage pour les activités pérennes réclame d'approfondir plusieurs options</i> 37	
2.5.1. Le préalable d'une organisation sécurisée de la relation triangulaire dans le portage pérenne.....	37
2.5.2. Une option a minima où le « régime du salariat » est obtenu via un contrat de travail	38
2.5.3. Une option proactive où le « régime du salariat » est obtenu hors contrat de travail	40
CONCLUSION	43
TABLEAU SYNOPTIQUE DES PRECONISATIONS.....	45
LETTRE DE MISSION	47
LISTE DES PERSONNES RENCONTREES	49

LISTE DES FICHES TECHNIQUES.....	53
FICHE TECHNIQUE N°1 : MISE A DISPOSITION DE PERSONNEL ET EMPLOI TRIANGULAIRE	55
FICHE TECHNIQUE N°2 : LE CONTRAT DE TRAVAIL ET LES ENTREPRISES DE PORTAGE SALARIAL.....	63
FICHE TECHNIQUE N°3 : ETUDE POUR LE MINISTERE DE L'EMPLOI EN 2005 ET 2006, SUR L'ANALYSE ET L'EVALUATION DES PRATIQUES DE PORTAGE SALARIAL (AVEC UN FOCUS SUR L'INTERET PARTICULIER DES PLATEFORMES DE SERVICES).....	71
FICHE TECHNIQUE N°4 : ECLAIRAGE SOCIO-ECONOMIQUE SUR LE PORTAGE SALARIAL	75
FICHE TECHNIQUE N°5 : « MIEUX LEGIFERER », ETUDE D'IMPACT PREALABLE	97
FICHE TECHNIQUE N°6 : QUELLE PROTECTION SOCIALE POUR LE TRAVAILLEUR ECONOMIQUEMENT DEPENDANT ?	101

INTRODUCTION

- [1] Par une lettre du 3 novembre 2010, l'IGAS a été saisie par le ministre chargé du travail d'une mission relative aux conditions d'évolution du portage salarial. Celle-ci a été confiée, à partir du 18 janvier 2011, à Christian LENOIR et François SCHECHTER, membres de l'inspection générale.
- [2] Après des réunions de cadrage avec le cabinet du ministre, la DGT et la DGEFP fin janvier, la mission a organisé ses travaux afin de respecter deux calendriers :
- [3] La remise d'un premier rapport, fin avril, consacré à l'analyse du cadre juridique du portage, et de l'accord des partenaires sociaux du 24 Juin 2010 dont l'objet est de l'organiser et de le sécuriser juridiquement, dans la perspective, inscrite dans la saisine, de se prononcer sur les obstacles à son extension.
- [4] Le second et présent rapport qui place dans une perspective plus large les travaux et conclusions du précédent face aux besoins et enjeux socio économiques à l'origine du développement du portage salarial. Ceci afin de proposer les éléments de méthode permettant, après sa légalisation en juin 2008, et comme le souhaitent les partenaires sociaux, de l'encadrer, le sécuriser et préciser son rôle dans les politiques de l'emploi.
- [5] Pour mener à bien ces deux étapes, les inspecteurs ont travaillé avec les professionnels du portage qui les ont notamment aidé à améliorer l'éclairage socio économique, y compris sur le terrain, de leur activité (cf. fiche technique n° 4) ; les organisations syndicales l'ayant souhaité ; des universitaires, juristes et magistrats spécialistes de ce type d'emploi triangulaire (cf. liste des personnes rencontrées).
- [6] Ils se sont attachés en retour, pour chaque étape de leurs travaux, à les en informer afin de parvenir à dégager des pistes d'évolution, partagées chaque fois qu'il a été possible et toujours bien comprises.
- [7] Tout au long de ses travaux, la mission n'a jamais oublié ou minoré les difficultés de tous ordres auxquelles a été -et demeure- confronté chacun des acteurs rencontrés dans la construction du cadre juridique et d'activité du portage salarial et c'est avec la volonté de capitaliser sur les avancées obtenues, mais sans masquer les questions qu'elles portent, que la mission s'est attachée :
- dans une première partie, à rappeler et éclairer l'état des interrogations entourant le portage. Légalisé, il continue de recouvrir et d'être exposé à de nombreuses incertitudes de droit, mais aussi socio-économiques. Or, son périmètre s'étend sans contrôle et son encadrement, indispensable et urgent, est dans une impasse : le processus suivi a eu des effets contre performants pour la bonne fin de la régulation du portage dans un cadre négocié puisque le champ de l'accord du 24 juin 2010 est source d'insécurité juridique et laisse pendants des risques majeures. De plus, son article final hypothèque, pour plusieurs motifs, son extension ;
 - dès lors, l'accord induit une reconsidération d'ensemble de contenu, de méthode, mais aussi de perspective ; reconsidération qui tienne compte de ses réels apports et consolide ses garde fous. C'est l'objet de la seconde partie, qui développe les atouts du portage salarial et expose ses recommandations pour un nouveau cadre de régulation et de sécurisation du portage, en proposant de procéder par étapes, dont certaines transitoires et en appelant à arbitrer entre plusieurs options.

1. LES AMBIGUITES DU PORTAGE ET SA RECONNAISSANCE JURIDIQUE INABOUTIE CONDUISENT, AUJOURD'HUI, A SON DEVELOPPEMENT NON REGULE

1.1. *L'examen des natures tant juridique qu'économique du portage révèlent des incertitudes et des ambivalences majeures*

1.1.1. La nature et le cadre juridiques du portage sont incertains

1.1.1.1. Le portage salarial a été légalisé en 2008

- [8] Le portage salarial, apparu au milieu des années quatre-vingt, a d'abord été un dispositif d'opportunité confidentiel et destiné aux cadres très supérieurs ou dirigeants seniors¹ dans un double but de maintien transitoire de rémunération avant l'âge de liquidation des droits et de complétion de ces derniers. Il s'est depuis étendu à des populations et des activités toujours plus larges²
- [9] Il appartient aux formes d'emploi fonctionnant par mise à disposition de main d'œuvre, dans une relation dite « triangulaire ». Toutes ces formules reposent sur un « tiers employeur ». Ce dernier est distinct de l'entreprise utilisatrice auprès de laquelle il délègue du personnel en mission. En l'occurrence, le portage salarial se singularise en tant que « *technique d'organisation de l'emploi permettant à un professionnel autonome, par le biais d'une structure intermédiaire, d'effectuer des prestations de travail auprès de clients qu'il a lui-même démarchés, sous statut de salarié plutôt que sous statut de travailleur indépendant* »³.
- [10] Au premier semestre 2008, la volonté des partenaires sociaux⁴ et l'action du législateur⁵ ont offert un cadre de négociation, une définition et une base légale à cette activité : Le portage salarial a ainsi été légalisé 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. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle.* »
- [11] Cette définition, réductrice par rapport à celle retenue par les partenaires sociaux en janvier 2008⁶, s'est ainsi borné à définir l'organisation juridique du dispositif par un « *ensemble de relations contractuelles* ». Cette imprécision, et les débats parlementaires qui y ont conduit⁷, révèle la difficulté à définir avec clarté le portage au travers de ses supports de droit.

¹ Au moment du licenciement, il leur était proposé une mission associée à un dispositif de portage permettant de continuer à cotiser, notamment à la tranche C des régimes de retraite complémentaires. Le montage proposé pouvait alors s'apparenter à une « martingale sociale » permettant de transformer une rupture du contrat de travail en jeu à somme positive pour toutes les parties : l'entreprise qui transformait un coût semi fixe (le salaire) en coût variable (la prestation de service), l'ex-salarié qui continuait à acquérir des droits et à s'assurer un revenu d'activité et même le régime d'assurance chômage qui voyait un indemnisé se muer en un cotisant pour la durée précédant la liquidation de ses droits à pension.

² Formateurs, ascensoristes, maîtres de REIKI, pluriactifs. Cf. 112

³ Définition énoncée par Lise Casaux-Labrunée, « *le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ?* », Droit social janvier 2007, p 58 ; cf. également note 59

⁴ Cf. Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail ; art 19 et Annexe 2

⁵ Cf. la loi du 25 juin 2008, pareillement dédiée à la modernisation du marché du travail art 8, créant la définition dans le code du travail (article L1251-64) et Annexe 2.

⁶ Définition du portage salarial selon l'article 19 de l'ANI : « *Le portage salarial se caractérise par :*

- *une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente,*

[12] Pour cette raison, le même article de loi, pour la partie non codifiée, confiait aux partenaires sociaux le soin d'organiser sous deux ans cet ensemble de relations et dans le sillage de l'accord national interprofessionnel désignait, par une périphrase, la branche du travail temporaire pour aboutir à un nouvel accord⁸.

[13] Ce dernier, finalement signé le 24 juin 2010 (cf. *infra*) n'a pas été étendu à ce jour, laissant l'activité, certes légalisée et en partie sécurisée⁹, mais non encadrée et sujette à de nombreux risques juridiques et de dérives.

1.1.1.2. Au regard des principes de mise à disposition, sa spécificité revendiquée n'est pas soutenable en droit

[14] La singularité revendiquée du portage est l'autonomie du porté dans la prospection et la négociation commerciales de ses contrats. Ce principe, réaffirmé par les partenaires sociaux dans l'accord du 24 juin, entend fonder et légitimer le dispositif en droit, en tant que modèle économique *sui generis*. En réalité, cette revendication doit être contestée¹⁰.

[15] S'agissant d'un point essentiel pour la sécurisation juridique du dispositif de portage et pour la cohérence de nos engagements internationaux (cf. point 1224), une fiche technique n°1 consacrée à l'activité de mise à disposition de personnel et l'emploi de type triangulaire analyse en détail les éléments qui conduisent à cette conclusion. Pour autant, et pour poursuivre les développements, un ensemble d'arguments de droit et de faits doit être ici établi qui permet d'affirmer que les entreprises de portage salarial réalisent une **mise à disposition** de leur personnel porté auprès de ces entreprises clientes. Ainsi :

- Les travailleurs portés ne travaillent jamais ni pour et ni chez leur employeur. Ils sont toujours mis à disposition des clients pour les besoins de chaque mission dont la réalisation est l'objet unique du contrat de travail¹¹.
- L'argument tiré de ce que cette dernière résulte d'une négociation réalisée par le travailleur porté lui-même, et non pas d'une notification par l'entreprise de portage¹² est inopérant : Les modalités de la négociation de la mission n'ont en réalité pas d'effet sur l'objet du contrat de travail.¹³

-
- *la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté,*
 - *la fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente,*
 - *la conclusion d'un contrat de prestation de service entre le client et la société de portage,*
 - *et 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. »*

⁷ Cf. sur ce point, et en synthèse, la séance en Commission Mixte Paritaire du 5 juin 2008, au Sénat : M. Pierre Bernard-Reymond rapporteur. Réponses de Mme Valérie Létard

⁸ Article 8-III : « pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi, un accord interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l'activité est considéré comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser par accord de branche étendu le portage salarial ».

⁹ Cette reconnaissance législative a eu pour principal effet de faire échapper le portage salarial à la qualification de prêt illégal de main d'œuvre prévue à l'article L. 8241 du code du travail qui l'exclut désormais explicitement. Demeure, en revanche, celui du délit de marchandage (article L 8231-1 du code du travail) et arrêt de la cour de cassation du 29 avril 2003...

¹⁰ Dès lors que la convention de travail du dispositif est qualifiée de contrat de travail, l'entreprise de portage est partie aux relations de travail en tant qu'employeur.

¹¹ A défaut duquel le contrat manquerait de consistance, l'accès à la protection sociale du salariat ne pouvant être l'objet licite dudit contrat

¹² Au titre de son pouvoir de direction

¹³ Il existe de nombreux autres cas où des salariés génèrent tout ou partie de leur activité : Commerciaux, activités de services... Il s'agit de modalités de la relation de travail qui ne changent pas l'objet même du contrat

- L'ampleur de l'autonomie dans la négociation du futur porté doit de plus être relativisée, car l'entreprise de portage salarial n'est pas, et ne peut pas¹⁴, être étrangère à ce que conviennent ce dernier et l'entreprise cliente. Les prospections de missions effectuées par le futur porté, en amont du contrat de travail, impliquent la conduite de négociations dont des éléments essentiels¹⁵ sont prédéfinis avec l'entreprise de portage salarial, voire directement par elle. Les projets de missions demeurent subordonnés à leur validation par l'entreprise de portage, comme le précise très bien le rapport remis par F KESSLER, en mai 2011 au directeur général de l'UNEDIC¹⁶.
- Enfin, différents constats aboutissent à relativiser le principe de prospection autonome des clients qui dans les faits est très variable : S'agissant des appels d'offres des collectivités publiques ou entreprises, la mission a constaté, au cours de ses investigations, que les réponses sont effectuées non pas individuellement, mais directement par leur entreprise de portage salarial. De même, la diversification des techniques de prospection mobilise, au-delà des initiatives et postures individuelles, des moyens logistiques et organisationnels des entreprises de portage qui interagissent avec l'implication des portés¹⁷. La mission a aussi constaté que le développement du portage salarial s'effectue y compris dans des activités réglementées¹⁸, ce sont bien alors nécessairement les référencements de l'entreprise de portage qui servent de sésame juridique aux salariés portés. Au total et en pratique, la détection, puis la négociation de missions nouvelles ne repose pas exclusivement et individuellement sur les portés.

1.1.1.3. La légalisation du portage laisse pendantes de nombreuses questions

- [16] Tout d'abord, sur sa place dans les dispositifs d'emploi, puisque non seulement l'article L. 1251-64 du code du travail¹⁹ lui donne une définition *a minima*, mais qu'il lui réserve en outre une place auxiliaire dans le code du travail.

¹⁴ L'entreprise ne peut, dans les faits, pas se désintéresser des termes de chaque contrat qui participe de sa rentabilité et de sa croissance. « *Le portage, ce n'est pas de l'économie de cueillette, il faut construire, avec le porté, une vraie valeur ajoutée* » (gérant de Rhône Alpes portage)

¹⁵ L'utilisation de documents supports, matériels de communication et surtout le référentiel tarifaire. Tous ces éléments opérationnels sont spécifiés dans le cadre de la convention d'adhésion qui fixe notamment les conditions de recherche et d'exécution des missions par le futur porté

¹⁶ Ce rapport détaille très clairement le processus et lève toute ambiguïté :

- l'intervenant qui a trouvé une mission et négocié celle-ci en termes de durée, de contenu et de montant de facturation s'adresse alors à une entreprise de portage salarial ;
- celle-ci valide avec le « porté » la mission et la solvabilité du client ;
- l'entreprise de portage salarial fait parvenir au client du « porté » un document contractuel (contrat de prestation, bon de commande) afin d'obtenir la validation du client final ;
- dès réception du contrat validé et signé par le client, la mission du « porté » peut alors débuter ;
- l'entreprise de portage déclare l'intervenant en tant que salarié par une DUE et conclut un contrat de travail avec celui-ci ; l'intervenant devient « porté » sous le régime du salariat ;

¹⁷ Sous forme d'animation de réseaux thématiques ou par grands clients ; d'ateliers et séminaires proactifs (en « push ») ; de formation-action, de financement et animation de stands dans divers salons professionnels etc....

¹⁸ Bien qu'il soit réputé impossible d'exercer une profession réglementée ou une activité de négoce dans le cadre du portage salarial, en réalité cette forme d'activité se développe là aussi (métiers du secteur bancaire, agents immobiliers, organismes de formation...), la société de portage disposant dans ce cas de l'habilitation ou du numéro d'enregistrement administratif requis... que les portés utilisent pour leurs prospections et réaliser leurs prestations. Dans le secteur du spectacle vivant, le développement du portage salarial donne lieu à de vives contestations tant syndicales que de l'administration de tutelle (cf *infra*, point 2.2.1.)

¹⁹ Cf. note 3

- [17] Certes, il prend place dans sa première partie, relative aux « *relations individuelles de travail* » et dans son livre II traitant du contrat de travail²⁰. Toutefois, l'emplacement choisi devient éloquent s'agissant des chapitres : A la différence d'autres formes d'emploi triangulaire qui ont chacune leur propre chapitre²¹, le portage salarial est inclus, via la création d'une nouvelle section (n° 7) dans le premier chapitre consacré au « *contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire* ».
- [18] De plus, la définition énoncée par l'article L. 125-64 apparaît trop générale et inopérante par contraste avec les dispositions de ce premier chapitre dont les 6 premières sections organisent de façon détaillée l'ensemble de la chaîne²² des relations contractuelles triangulaires du travail temporaire²³. Même en tenant compte des dispositions qui pourraient découler de l'extension de l'accord du 24 juin 2010 ou de tout texte s'en inspirant, ce dernier n'organise que les phases d'exécution du portage, mais non celles qui se placent à son amont : la relation d'adhésion initiale entre le futur porté et l'entreprise de portage salarial²⁴ ; la qualification juridique de l'« entente » préalable entre le futur porté et son client²⁵ ; la propriété concernant le fichier « clients » que les entreprises de portage mettent en avant dans leur communication, alors que strictement ce ne sont que les clients des portés...²⁶
- [19] Enfin, le dispositif ignore, même par renvoi, les dispositions du droit de la sécurité sociale en matière de cotisations. Pourtant, les termes de l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale sont clairs : il est fait obligation à l'employeur de payer les cotisations à sa charge, « *à peine de nullité de toute convention contraire* ». Or dans le cas du portage salarial, les sociétés de portage procèdent au calcul du salaire net du travailleur porté à partir du montant négocié par le porté d'honoraires hors taxes dont elles déduisent d'une part des frais de gestion et d'autre part toutes les charges sociales. Du point de vue juridique, ce sont donc toutes les charges sociales, salariales et patronales qui sont supportées directement par le travailleur porté, ce qui en droit fragilise la totalité du dispositif.

²⁰ Titre V consacré au « *contrat de travail et autres contrats de mise à disposition* ».

²¹ Contrat avec un groupement d'employeurs (chapitre 3), contrat avec une entreprise de travail de temps partagé, (chapitre 2)...

²² Essentielles pour les tenants eux mêmes de la singularité du dispositif ; cf. 1.1.1.2

²³ Les 6 premières sections organisent de façon détaillée l'ensemble de la chaîne de leurs relations contractuelles triangulaires : Entre l'entreprise de travail temporaire, l'entreprise utilisatrice avec laquelle elle contracte et le salarié intérimaire qu'elle embauche pour effectuer la mission chez l'utilisateur...

²⁴ Traduisant l'état préalable à l'obtention d'une mission chez un client, cette adhésion initiale, non juridiquement organisée, est longue (souvent environ 6 mois selon les échanges de la mission avec des portés) avant qu'une mission ne soit négociée avec un client et qu'un contrat de travail n'en résulte...

²⁵ Cette entente est tellement déterminante qu'en procèdera d'une part le contrat commercial entre l'entreprise de portage et l'entreprise cliente et que l'article 1.3 de l'accord du 24 juin stipule que l'entreprise cliente « *négoce avec le salarié porté les conditions de réalisation et le prix de la prestation* », et aussi qu'« *étant à l'origine du choix du salarié porté pour la prestation réalisée, elle est réputée avoir vérifié et validé les compétences de celui-ci et son aptitude à réaliser la prestation convenue.* »

²⁶ En ce sens Actes du Colloque « Les nouveaux défis du contrat de travail », Institut du travail de Bordeaux, 18 mars 2011 « le contrat de travail au défi du portage salarial », Lise Casaux-Labrunée (Le droit ouvrier, n°756, juillet 2011, p 424-437)

1.1.1.4. Le juge a récemment renvoyé le portage à ses contradictions

- [20] Le portage salarial repose sur l'existence d'un contrat de travail entre la société de portage et le porté²⁷. Or, il n'existe pas en France de définition légale du contrat de travail et c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de l'établir²⁸. Cette construction prétorienne présente des particularités et des contraintes déterminantes pour l'avenir du portage. Elle fait l'objet d'une fiche technique n°2 qui en rappelle les aspects les plus décisifs. Mais pour l'usage immédiat, il faut rappeler que cette définition s'est à la fois renforcée et subjuguée dans le concept de subordination juridique qui articule le contrat de travail avec l'intervention de la puissance publique dans la réglementation de la relation de travail, exprimée dans la notion d'ordre public social (OPS). Au travers de cette construction « *Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable « statut* »²⁹.
- [21] Deux arrêts de cassation d'arrêts de cours d'appel rendus par la chambre sociale le 17 février 2010³⁰ ont, dans ce cadre jurisprudentiel mis à nu les contradictions du portage et donc les incertitudes l'entourant.
- Dans le premier arrêt, la Cour de cassation a jugé que le contrat de portage, quels qu'en soient les termes et la volonté initiale des parties, ne pouvait soustraire l'entreprise à son obligation d'employeur, de fournir du travail au porté³¹.
 - Dans le second arrêt, la Cour de cassation a assimilé les obligations d'employeur des sociétés de portage à celles de droit commun en sanctionnant le non respect, dans un contrat de portage, des dispositions du code du travail relatives au temps partiel³² (art L. 3123-14 et suivants du code du travail), et notamment l'obligation, pour l'employeur, d'indiquer dans le contrat la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.
- [22] Le juge judiciaire a ainsi renvoyé le portage à son ambivalence. Soit le portage continue de s'organiser autour du contrat de travail, et alors sa spécificité doit, pour le juge, s'encadrer dans la relation employeur-salarié de droit commun ; menaçant son modèle. Soit l'autonomie du porté est maintenue et elle doit alors conduire à trouver un support contractuel adapté aux contraintes de l'ordre public social.

1.1.2. L'approche socio-économique du portage ne permet pas de dissiper ces incertitudes

- [23] Les incertitudes juridiques du portage salarial ne sont pas dirimantes en elles mêmes. Dans le passé, l'activité d'intérim a su, à partir des années soixante-dix, se structurer, s'imposer par étapes comme objet de négociation collective et convaincre le législateur de la sécuriser en l'encadrant jusqu'à construire le cadre du travail temporaire.

²⁷ Qui implique le bénéfice de la protection sociale correspondante.

²⁸ En dégageant progressivement quatre critères de caractérisation : Ces quatre critères, stabilisés seulement en 1932, portent sur la régularité comme principale source de gain, la prise et l'exécution du travail à date fixe, le travail seul ou du moins sans tirer bénéfice du travail d'autres, les conditions de contrôle du travail une fois achevé.

²⁹ Alain SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, p 30

³⁰ Cf. N° 274 de Jurisprudence Sociale Lamy (6 avril 2010) ; recueil Dalloz 2010, p 576

³¹ Les dispositions des articles L. 1221-1 ; L. 1211-1 et L. 32116 du code du travail ne peuvent être écartées, même du fait de l'acceptation du salarié.

³² Art L. 3123-14 et suivants du code du travail : Notamment l'obligation, pour l'employeur, d'indiquer dans le contrat la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

- [24] Il est donc important d'apprécier les apports socio économiques du portage qui seraient éventuellement de nature à favoriser une évolution analogue, quelles qu'en soient les étapes.

1.1.2.1. Le dispositif de portage apparaît économiquement attractif

- [25] Le portage semble d'abord offrir une réponse séduisante à une double contrainte économique : facteur de flexibilité et donc de gains de productivité³³, il offre en même temps un statut salarié permettant au porté de construire un projet professionnel avec l'appui de la société de portage. Il offre également une réponse novatrice à la théorie du contrat implicite qui fonde la construction juridique du contrat de travail : dans cette dernière, en contrepartie de la sécurité liée à son contrat, le salarié abandonne à l'entrepreneur, qui assume le risque, le profit. Avec le modèle du portage, le salarié peut en principe négocier une prestation qui rémunère son risque apparent, mais en réalité maîtrisé ainsi que ses compétences³⁴.
- [26] Il s'offre également comme un instrument attractif des politiques de l'emploi. Le portage présente l'atout majeur de pouvoir être facilement mis en œuvre, par des acteurs décentralisés mobilisant des outils simples³⁵ avec un objet aisément compréhensible, de prime abord, par les parties aux contrats. Son second atout est de pouvoir répondre à des attentes productives multiples avec rapidité. Dès lors qu'une société cliente et une personne se sont entendues sur « le prix et la chose », il est facile pour les parties d'organiser avec la société de portage le cadre de la prestation³⁶. Le portage a la capacité de répondre à de très nombreuses situations et à nombreux types d'activités (dès lors qu'ils ne sont pas réglementés)³⁷. Il peut donc accompagner les formes nouvelles que prend l'évolution du marché du travail pour une part croissante des actifs : discontinuité et alternance des périodes et situations d'emploi, développement de la pluriactivité, du temps partiel, du travail par mission etc. Il apparaît offrir, en réponse à ces situations à la fois un cadre salarié stable sur le moment et la possibilité de construire une période de vie active associée à des droits sociaux, directs ou différés, de droit commun.
- [27] Le portage entre également dans la panoplie, aujourd'hui large³⁸, des dispositifs d'emploi triangulaires qui tous ont (plus ou moins) en objectif ou effet communs de proposer une unité d'employeur à partir d'une offre de missions émiettées ou atypiques et, au-delà, de tendre vers la construction de parcours professionnalisant. Leurs modalités et leur diversité sont détaillées dans la fiche technique précitée n°1 sur l'activité de mise à disposition, et dans cette panoplie, le portage peut être regardé, au même titre que les autres formes d'emploi triangulaires, comme un instrument de politique de flexi-sécurité.

1.1.2.2. Il peut revendiquer une dimension de politique sociale

- [28] Dans un contexte où le marché de l'emploi est sélectif et dans lequel les périodes d'éloignement à l'emploi fonctionnent à la fois comme des marqueurs sociaux négatifs et des inducteurs de chômage de longue durée, le portage peut exciper de réels atouts sociaux.

³³ Par externalisation des fonctions d'entreprise non optimales et, grâce au porté, par allocation optimale des facteurs de production

³⁴ Le porté peut également, par le jeu des barèmes dégressifs des sociétés de portage, accroître son revenu et optimiser sa valeur de marché en jouant sur le prix unitaire de sa prestation (le prix de journée le plus souvent)

³⁵ Logiciels de paye, gestionnaires de plannings, de contacts et facturiers pour l'essentiel

³⁶ Dans un contexte où la réactivité (juste à temps, nouvelles règles de sous-traitance, développement des politiques de services associés à la vente etc.), la compression des coûts, et l'innovation sont au centre du modèle de croissance économique, le portage offre, dans son principe, une réponse attrayante

³⁷ La particularité du portage est de répondre de façon proactive, à tous les besoins d'emploi qui se font jour dans le modèle post industriel. Il s'affirme à ce titre comme une réponse particulièrement attractive pour accompagner les aspects les plus novateurs du développement de « l'emploi tierce » entre salariat classique et statut d'indépendant.

³⁸ La mission a recensé plus d'une dizaine de ces dispositifs (Ils figurent dans la fiche n°1).

- [29] L'entrée dans le dispositif est en effet précédée d'une période durant laquelle le futur porté prend connaissance du dispositif, teste son marché et peut être accompagné dans sa recherche des premiers clients : il est à la fois « mis en mouvement » après une période de non emploi³⁹, doté d'une situation professionnelle (que concrétise sa carte de visite, associée en général à la raison sociale de la société de portage) et de la perspective d'un statut salarié⁴⁰. Pendant la période d'activité portée elle-même, le dispositif présente l'avantage⁴¹ de faire coïncider une activité, la maturation d'un éventuel projet entrepreneurial et un accroissement de valeur professionnelle par le double développement des compétences opérationnelles et des contacts commerciaux.
- [30] Enfin, et plus généralement, le portage peut reprendre à son compte les arguments que met historiquement en avant le travail temporaire pour défendre son mode d'activité : moyen privilégié, à l'occasion ou à l'issue d'une mission, d'accéder à une embauche chez le client ; moyen de tester des pratiques professionnelles diverses ; moyen de faire rémunérer sa rareté et de rester libre d'optimiser celle-ci à tout moment dans l'hypothèse d'une installation durable dans ce cadre d'activité. Dans un registre plus macro économique : amortisseur dans les phases de retournement conjoncturel et accélérateur de retour à l'emploi dans les épisodes de reprises...

1.1.2.3. Toutefois, son périmètre s'étend aujourd'hui sans repères et sans contrôle

- [31] Le portage se développe sans outils de mesure. En l'absence de travaux de l'observatoire paritaire du portage salarial⁴², on ne dispose que d'une étude ancienne, complétée d'un éclairage réalisé par la mission avec des moyens limités : Les travaux de Jean Michel Menger⁴³ ont tenté de préciser les contours du portage salarial sur des données 2004/2005. Ils font ressortir : une croissance régulière de l'activité entre 2000 et 2005, mais aussi un caractère de niche⁴⁴, un public de portés éloigné de celui des cadres⁴⁵ ou des seniors⁴⁶ et une d'activité potentiellement coûteuse pour le régime d'assurance chômage⁴⁷. Ces travaux sont pour partie corroborés par ceux de la mission menés au travers d'une étude flash (cf. fiche technique n 4) qui font apparaître que plus de 60 % des portés ont moins de 50 ans, sont majoritairement des portés (54,2 %) en CDD (51 %) avec un carnet de commande inférieur à 3 mois dans près de 57 % des cas. Enfin, les réponses font apparaître que plus d'un tiers des portés le sont depuis plus de trois ans.

³⁹ Pendant cette période, le porté peut en particulier faire le deuil psychologique de périodes d'activité passées, régler des situations personnelles, préciser son projet de moyen terme, organiser des partenariats etc.

⁴⁰ Il est donc normal d'entendre de la part de portés, comme l'a fait la mission des déclarations telles que : « le portage m'a redonné mon énergie et ma dignité » « je ne savais pas comment valoriser mon expérience et j'ai pu être aidé dans la construction de mon projet »...

⁴¹ Comme beaucoup de plaquettes de sociétés de portage le soulignent

⁴² Créé par des professionnels du secteur (SNEPS) et trois organisations de salariés (CFDT-CFTC-CGE/CGC) le 6 mars 2006.

⁴³ Sous la coordination de Pierre-Michel Menger (responsable scientifique), centre de sociologie du travail et des arts EHESS / CNRS Cf. également note n°59 pour la coordination des travaux.

⁴⁴ +300 % de CA des entreprises (mais avec une base d'échantillon augmentée de 60 %). Toutefois, l'activité représente sur la période moins de 2 % des activités de conseil soit un total de 15000 portés en contact actif avec des sociétés de portage. Pour un équivalent de 2500 ETP.

⁴⁵ Dans cette population, réputée de cadres, 82 % n'atteignaient pas, en 2005, l'équivalent d'un smic annuel ; moins d'une centaine de portés facturaient plus de 100 000€ d'honoraires/an (dont une seule femme) et seul un quart des portés avait une activité qui dépassait un quart d'équivalent temps plein.

⁴⁶ Le portage ne semble pas, à travers l'étude, un outil particulièrement destiné aux seniors puisque dans l'échantillon examinés par l'EHESS, seulement 32 % de portés avaient plus de 50 ans pour 47 % entre 35 et 50 ans. Et 21 % de moins de 35 ans.

⁴⁷ Cet aspect du portage pose un problème direct au régime d'assurance chômage, l'externalisation des coûts des intermissions apparaît bien réelle puisque, selon les données du GARP 2005 fournies dans le cadre de l'étude, 80 % des indemnisés salariés d'une société de portage l'étaient après un CDD et 54 % avec des contrats à activité réduite.

[32] Toutes chose égales par ailleurs, ces données, aussi limitées soient elles, interdisent de considérer que le portage se structure tendanciellement autour d'un public de cadres seniors dans une logique transitionnelle comme l'avait souhaitée les partenaires sociaux dans l'accord du 11 janvier 2008. Son mode de diffusion est à l'évidence plus complexe et plus large.

[33] Or, il ne fonctionne dans un cadre incontestable, au regard de ses apports théoriques, que dans trois cas de figures :

- quand le porté est assuré, sur la durée de sa période de portage, de réaliser une ou des missions correspondant à un salaire et des cotisations ouvrant droit, sans effet de seuil, aux régimes d'assurance maladie et de chômage de droit commun⁴⁸ ;
- quand la période de portage est clairement conçue comme préalable au démarrage d'une activité d'indépendant⁴⁹ ou un retour à l'emploi durable ;
- enfin, le portage peut également répondre utilement s'il est contrôlé⁵⁰ à certaines situations de pluriactivités, notamment dans les zones touristiques (emplois saisonniers) ou en pratiquant des horaires atypiques. Ce sont d'ailleurs ces situations qui sont le plus volontiers mises en avant par la profession du portage pour légitimer le dispositif.

[34] En réalité, le portage recouvre aujourd'hui des situations beaucoup plus diverses, reflets de sa nature juridique : ce montage -dans sa simplicité et par destination- peut habiller de très nombreuses situations et donner une apparence de salariat ordinaire⁵¹ à celles qui en sont dans les faits éloignées : formateurs en réalité indépendants, intervenants ascensoristes, animateurs itinérants de foires et manifestations, artistes du spectacle vivant, cartomanciens, mais aussi collaborateurs occasionnels ou non du service public ... Même mal mesurées, ces situations tendent à se diffuser. Le portage peut, sans cadre, devenir protéiforme et l'on voit se développer des expérimentations clairement aux marges du droit puisqu'on peut aujourd'hui rencontrer des auto-entrepreneurs portés, des médecins libéraux dans des maisons médicales portés, des négociateurs immobiliers⁵²

1.1.2.4. Le portage offre des réponses ambivalentes aux déséquilibres du marché du travail

[35] La nature du portage révèle sa véritable dimension dans le cadre des évolutions de fond du marché du travail : affaiblissement du modèle salarial même s'il reste prédominant, développement des politiques d'externalisation des entreprises, recours privilégié au modèle du travail par missions pour coller aux contraintes concurrentielles et aux nouvelles règles de production en sous-traitance etc. Dans ce contexte l'essence du portage -transformer une relation contractuelle commerciale (sur le fondement d'une négociation libre et synallagmatique⁵³) en un statut de salarié, non seulement reflète nécessairement les déséquilibres constatés entre donneurs d'ordre et prestataires, mais il les accentue.

⁴⁸ C'est typiquement le cas du cadre senior qui passe par ce dispositif dans l'attente de la liquidation de ses droits des régimes de retraite (et sans se prononcer sur les mesures d'âge ou autres raisons qui poussent les sociétés à transformer leurs cadres seniors en intervenants externes)

⁴⁹ Elle est alors l'occasion de tester un marché en vérifiant ses capacités- niveau d'expertises et autonomie notamment- tout en se dotant peu à peu des outils et repères nécessaires à la réussite de ce projet. Dans un monde marqué par une forte culture du salariat et toutes les adhésions psychologiques qui s'y rattachent, le portage apparaît en l'espèce être la meilleure formule d'organisation de ce « sas » entre deux statuts

⁵⁰ Avec un examen au cas par cas pour éviter les optimisations abusives entre dispositifs de protection sociale notamment

⁵¹ C'est sur l'apparence du contrat de travail que le juge, d'ailleurs, se fonde. Cf. en ce sens...

⁵² Profession pourtant réglementée, mais il suffit alors que le dirigeant de la société de portage possède une carte professionnelle...

⁵³ Puisque le porté est autonome et dispose d'un niveau d'expertise qui lui permet de négocier ses prestations au meilleur prix

- [36] En effet, hormis le cas où le porté teste véritablement un marché dans une perspective entrepreneuriale et celui où il a négocié avant sa période de portage l'essentiel de son activité (seniors experts), le dispositif peut amplifier les lois du marché.
- En premier lieu parce qu'il favorise l'internalisation à moindre coût dans la prestation des temps de prospection et de réponse aux offres de clients. Dans les faits, ces derniers sont à la charge du porté, y compris en période de réalisation de mission.⁵⁴
 - En second lieu, parce que le principe fondateur du portage, de proposition autonome et individuelle est, sauf en cas de rareté avérée sur le marché, un élément d'affaiblissement dans la négociation pour le porté, ne serait-ce qu'en se fondant sur la théorie de la dissymétrie d'information.⁵⁵
 - En troisième lieu, parce que le portage permet d'accentuer la concurrence dans les politiques d'externalisation. Aujourd'hui, des portés peuvent concurrencer des SSII ou des sociétés d'ingénierie et donc peser sur les prix de marché puisque qu'ils n'ont que des frais fixes minimes.

1.2. Son encadrement, devenu indispensable, est aujourd'hui inabouti

1.2.1. Préoccupation ancienne et partagée, l'encadrement du portage est devenu urgent

1.2.1.1. C'est une préoccupation ancienne et partagée

- [37] Une partie de la profession, à l'initiative des grandes sociétés du secteur⁵⁶, a signé les premiers accords d'entreprise au milieu des années quatre-vingt avec la volonté de moraliser l'activité⁵⁷. Organisée dans le Syndicat National des Entreprises de Portage salarial (SNEPS), elle est allée plus loin avec les organisations syndicales en signant un accord collectif le 15 novembre 2007. Par delà les modalités retenues et le sort de cet accord (cf. *infra*), cette initiative traduit bien la conviction d'une majorité des professionnels du portage, que l'absence d'encadrement favorise les pratiques les plus déviantes et menace l'activité elle-même⁵⁸.
- [38] Au niveau interprofessionnel, les partenaires sociaux ont souhaité, après une période d'observation, encadrer le portage et l'inscrire clairement comme instrument de sécurisation des parcours professionnels. Ce souhait a trouvé sa traduction dans la rédaction suivante à la fin de l'article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 précité : « *Il est souhaitable de l'organiser (le portage) afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service* ».

⁵⁴ Ce qu'illustrent les propos de certains portés « *j'y passe un temps fou* » ; « *j'y laisse mes week ends* »

⁵⁵ Celui qui possède l'information la plus complète sur le marché est en mesure, lors d'une négociation, de déplacer à son profit son prix d'équilibre.

⁵⁶ En particulier, mais non seulement, les sociétés ITG, *Valor* et *Links*

⁵⁷ Avec par exemple la mise en place d'une garantie professionnelle, de règles d'organisation et de rémunération des intermissions et le développement d'un cadre de salariat plus sécurisé : ainsi, à l'origine, il n'existait que des CDD puis, peu à peu, s'est développée une pratique des contrats de travail à durée indéterminée et à temps partiel avec les offres, d'abord des grands cabinets de portage, puis étendues.

⁵⁸ Ainsi, au cours de ses investigations dans des entreprises de portage salarial, la mission a-t-elle appris l'usage du vocable d' « *ingénierie salariale* », désignant l'action pédagogique de celles-ci pour expliquer aux portés les règles de Pôle emploi, l'incidence des délais de carence, etc., dans l'objectif général d'« optimisation » de l'usage des règles de l'assurance chômage et des droits ouverts, et du choix à opérer en conséquence du meilleur profil tant de l'entreprise employeur au sein du groupe de portage salarial que du dernier contrat de travail en vue du dossier qui sera à présenter pour la prise en charge d'une période d'intermission.

- [39] Enfin, tant la Direction générale du travail⁵⁹ que celle de l'emploi et de la formation professionnelle ont produit des analyses internes concordantes sur la nécessité d'encadrer le portage. Au plan externe, leur action conjointe a permis de commanditer une étude⁶⁰, dont les analyses et conclusions font l'objet d'une fiche technique n°3, avec l'objectif de mener une expertise approfondie sur les problèmes, juridiques mais aussi économiques, soulevés par les pratiques de portage salarial. Les conclusions de cette étude ont conforté leurs préoccupations et convergent avec certains constats précédemment indiqués : l'utilisation abusive du contrat de travail, mobilisé à mauvais escient dès lors que son obligation première- celle pour l'employeur de fournir du travail- n'est pas satisfaite ; pratique de prêt de main d'œuvre illicite à but lucratif, en dehors des cas restrictivement autorisés par la loi⁶¹ ; infraction au droit de la sécurité sociale puisque les cotisations patronales de sécurité sociale sont financées par le porté qui supporte ainsi l'intégralité de sa protection sociale ; entorse potentielle à l'assurance chômage, dès lors que les prestations sont conditionnées par la rupture involontaire d'un contrat de travail.

1.2.1.2. Rattrapée aujourd'hui par l'urgence

- [40] L'ensemble des risques précédemment relevés sont aujourd'hui majorés par le développement sans cadre général de l'activité. La situation actuelle pénalise celles des sociétés de portage qui s'imposent des règles. Concrètement, le marché fonctionne au bénéfice des acteurs du portage les moins sérieux, jusqu'à ceux qui le pratique sans s'identifier⁶² (pour les illustrations et conséquences cf. partie 2.2 et 2.2.1) A mesure que le marché s'étend, le portage tend à montrer son double visage : il peut à la fois répondre à des besoins réels et s'affranchir du respect de certaines dispositions de droit. A mesure qu'il s'étend également, la diversité des situations couvertes et des réponses locales va correspondre à celle de la mobilisation des élus locaux qui pourront intervenir à la faveur d'éclairages certes incomplets, mais proches de leurs attentes en termes de développement économique...
- [41] Autre élément d'urgence, qui rejoint et majore directement le précédent : l'évolution des contentieux entre les salariés portés et l'UNEDIC⁶³. Il conduit, *volens nolens*, à ouvrir l'accès du régime d'indemnisation chômage aux portés⁶⁴. Il peut donc fonctionner comme un très fort effet d'appel pour des structures de portage aux pratiques non encadrées et qui verront immédiatement le bénéfice de l'évolution jurisprudentielle et institutionnelle pour leur offre commerciale.
- [42] Or, troisième aspect de l'urgence, dans ces contentieux, les sociétés de portage ont, à l'appui de leurs salariés, revendiqué (et se sont donc vu reconnaître) le statut d'employeur. Cette jurisprudence et celle de la cour de cassation précitée⁶⁵ vont se conjuguer pour ouvrir un moyen contentieux certain aux salariés, ce qui menace directement l'activité de portage : ceux-ci pourront, à un moment de la relation avec les sociétés de portage, ne plus se satisfaire de leur statut hybride et rechercher à le faire attirer au statut de droit commun, détruisant par la même économiquement le modèle du portage.

⁵⁹ A l'époque, Direction des relations du travail

⁶⁰ Réalisée de septembre 2005 à décembre 2006 par une équipe coordonnée par Lise Casaux-Labrunée (professeur de droit à l'université de Toulouse),

⁶¹ Travail temporaire notamment

⁶² Il n'existe aucune formalité de déclaration, ni de code NAF pour cette activité

⁶³ Représenté par Pôle Emploi

⁶⁴ Au 11 mars 2011 62 affaires ont été suivies par Pôle emploi pour le compte de l'UNEDIC. Ces affaires ont donné lieu, tous degrés des juridictions confondus, à 55 décisions dont 48 en faveur des salariés portés (et de ce fait aussi à l'avantage des entreprises de portage salarial).

⁶⁵ Cf. note n° 30

- [43] Par capillarité, cette situation peut se déplacer vers un autre champ contentieux : celui fondé sur le délit de marchandage. Les dispositions du nouvel article L. 1251-64⁶⁶ écartent certes expressément toute requalification du portage en prêt illégal de main d'œuvre, mais laisse invocable celui de délit de marchandage⁶⁷ qui est constitué dès lors que l'opération de portage a pour effet soit de causer un préjudice au salarié, soit de contourner les dispositions constitutives de l'ordre public social. Le salarié porté pourra exciper de ce préjudice s'il peut établir qu'il n'a pas bénéficié des avantages prévus par la convention collective applicable dans l'entreprise cliente. La jurisprudence⁶⁸ laisse clairement pendant le risque de requalification à l'initiative d'un porté⁶⁹
- [44] D'autres acteurs pourraient actionner de tels contentieux, à commencer par des entreprises de travail temporaire ou les groupements d'employeurs⁷⁰. Ces dispositifs pourraient faire valoir que les fournitures réalisées via la portage salarial de main d'œuvre ont pour effet de disqualifier économiquement, par concurrence déloyale, leurs propres offres dès lors que le portage salarial a pour effet d'éluder des dispositions légales concernant notamment le calcul du niveau de rémunération des salariés détachés par référence aux clauses appliquées dans l'entreprise utilisatrice...
- [45] On voit donc que l'urgence à encadrer l'activité est réelle. Toute tentation attentiste conduirait à un développement incontrôlé de l'activité et au développement probable de contentieux dont les conséquences conjuguées sont difficiles à anticiper.

1.2.2. Le processus d'encadrement est aujourd'hui incertain, inabouti et hypothéqué

1.2.2.1. Les modalités de la négociation constitue une première incertitude

- [46] Les deux processus de négociation (cf. *supra*, point 1.2.1.1.) concernant le portage salarial ont été engagés en 2007 : l'un par les acteurs de branche elle même, et l'autre préparé dans le cadre de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 qui a confié au PRISME, l'organisation patronale de l'intérim, la conduite de cette négociation de cadrage.
- [47] Cette situation constitue en soi une source de fragilité. Elle apparaît en effet contraire aux dispositions juridiques et jurisprudentielles qui fondent l'obligation d'organiser la négociation paritaire avec les organisations représentatives du secteur pour lequel l'accord est conclu : il s'agit là de la question classique des conditions de reconnaissance, au titre de la négociation collective, d'un nouveau secteur d'activité⁷¹.

⁶⁶ Complété par la rédaction modificative de l'article L. 8241-1

⁶⁷ L'article L. 8231-1 du code du travail prévoit que la fourniture de main d'œuvre à but lucratif constitue un délit de marchandage dès lors qu'il « a pour effet de causer un préjudice au salarié ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou accord collectif ».

⁶⁸ Du reste, un arrêt de la cour de cassation du 29 avril 2003 illustre ce cas de figure, s'agissant d'un établissement public et d'une entreprise de portage : Aéroport de Paris (AdP). La cour de cassation approuve la cour d'appel qui ayant relevé d'une part que le contrat passé entre une société de portage et AdP avait un caractère fictif et qu'en réalité les porteurs étaient placés sous l'autorité d'AdP pour l'accomplissement d'activités relevant des obligations lui incombant envers les voyageurs en application du code de l'aviation civile, d'autre part que ces porteurs avec été privés, du fait du caractère fictif dudit contrat, de leurs droits sociaux, a pu en déduire que l'article interdisant le marchandage avait été violé...

⁶⁹ Cf. Tribunal correctionnel de Grenoble 19 mars 2001

⁷⁰ Cf. débats parlementaires en cours concernant les formations par alternance et la sécurisation des parcours

⁷¹ Le juge administratif peut en effet être amené à apprécier l'application de l'article L. 2261-19 du code du travail qui précise que pour pouvoir être étendu « la convention de branche ou l'accord interprofessionnel...doivent être négociés et conclus en commission paritaire...composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champs d'application considéré ». Antérieurement, sur ce même fondement le Conseil d'Etat a ainsi censuré un arrêté d'extension au motif que l'accord n'avait pas été signé par les trois organisations patronales les plus représentatives dans la branche d'activité mentionnée dans le champ d'application. Plus récemment, il a confirmé sa jurisprudence en précisant que, pour pouvoir être étendus, les conventions et accords doivent « avoir été négociés et

- [48] La validation législative de la voie retenue par l'ANI du 11 janvier ne suffit pas à lever cette incertitude dans la mesure où le Conseil d'Etat pourrait, soit soulever indirectement le moyen de la méconnaissance, par le législateur, d'un principe de valeur constitutionnelle de la négociation collective⁷², soit directement, en élevant le motif que la loi spéciale ne peut déroger au principe général fixé à l'article L. 2261-19 et qu'ainsi la loi du 25 juin 2008 ne peut soustraire les négociateurs à ces dispositions générales⁷³. Le fait que deux négociations aient été conduites amène à devoir souligner ce risque contentieux avéré.
- [49] A l'origine, les partenaires sociaux du niveau interprofessionnel ont souhaité⁷⁴, dans une logique générale affirmée de sécurisation des parcours professionnels, poser l'objectif d'une part d'ouvrir l'accès à la portabilité de certains droits et d'autre part de sécuriser le portage salarial. A cette fin⁷⁵, l'article 19 de l'ANI précise qu'étant « *considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social (...). Il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service* ». Il prévoit trois verrous aux négociations déléguées : un interne, puisque le contrat de portage ne pourra excéder trois ans (toutes modalités confondues donc), et deux externes puisque l'accord à venir devra être négocié sous 24 mois et qu'il devra être évalué par les signataires parties à l'ANI.
- [50] C'est à sa suite que la loi du 25 juin 2008⁷⁶ a, par son article 8, consacré et légalisé le portage salarial, en créant une définition dans le code du travail⁷⁷. Pour le reste, elle a donc validé la voie choisie par l'ANI de déléguer à un accord spécifique le soin d'organiser juridiquement cette nouvelle forme d'activité, dans un délai imparti de 2 ans et a avalisé, par une périphrase, que la conduite de cette négociation soit déléguée au PRISME. Contre toute attente, cette négociation s'est finalement soldée par un accord *in extremis* avec plusieurs syndicats de salariés le 24 juin 2010⁷⁸.
- [51] Pour autant, l'accord stipule aussi que son entrée en vigueur est conditionnelle, car subordonnée à l'adoption de modifications législatives et réglementaires. Or ce faisant, l'aboutissement de la négociation se place en contradiction avec le processus qui l'encadre.

conclus en commission composée des représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré».

⁷² L'intérêt direct à conclure un accord- en saisissant le Conseil Constitutionnel par la voie de la question préalable de constitutionnalité

⁷³ Pour être étendu, une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel doit être signé en commission paritaire composée des représentants des organisations syndicales des employeurs et des salariés représentatifs dans le champ d'application

⁷⁴ Dans sa partie II dont l'objet est de *sécuriser les contrats et améliorer le retour à l'emploi*

⁷⁵ Et après une description des éléments constitutifs du portage salarial cf. note N° 6

⁷⁶ Elle-même pareillement dédiée à la modernisation du marché du travail

⁷⁷ Rappel : article L1251-64

⁷⁸ Au terme de négociations laborieuses, un accord collectif a été signé juste à l'échéance, le 24 juin 2010 par le PRISME et par trois OS- la CFDT ; la CFTC et la CFE/CGC, rejointes le 19 juillet 2010, par la CGT (soit en tout 4 signatures d'OS).

- [52] En effet, traditionnellement, les accords collectifs interviennent dans le cadre de la liberté de négociation et de l'autonomie des partenaires sociaux⁷⁹ ; de façon plus récente, à ces derniers s'ajoutent des accords suscités par le législateur⁸⁰, à travers lesquels il demande aux partenaires sociaux de négocier. Avec l'accord du 24 juin 2010, nous sommes dans ce second cas de figure, le mandat ayant précisé un calendrier impératif pour l'aboutissement des négociations et délégué leur conduite à une branche professionnelle identifiée.
- [53] Mais dès lors, le législateur ayant procédé par voie de délégation, il devait fixer un cadre précis et opérationnel pour sa délégation. Dans l'ordre public social, il appartient en effet au législateur de s'assurer que la délégation à laquelle il procède permet aux partenaires sociaux d'épuiser le mandat qui leur est confié sans avoir à revenir vers lui⁸¹. A cette lumière, la rédaction de l'article 8 de la loi délégente du 24 juin 2008⁸² soulève une question sans échappatoire sur la clarté et la portée du mandat.
- [54] De plus, au titre de cette mission déléguée -de définir « l'organisation » du portage salarial, il apparaît *a priori* et sans conteste que le choix mentionné dans la loi du vecteur d'un arrêté d'extension d'un accord collectif ne pouvait juridiquement rendre opposable⁸³ ni l'obligation de déclaration ni celle d'exclusivité d'activité (cf. *infra*⁸⁴).

1.2.2.2. La limitation du champ de l'accord du 24 juin 2010 le fragilise

- [55] Par les termes de l'article 1.1 de l'accord, limitant le portage aux cadres censément en situation d'autonomie⁸⁵, les négociateurs ont cru répondre, en la contournant dans les faits, à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail.
- [56] Mais tout d'abord cet objectif n'est probablement pas atteignable à droit constant. Les futurs licenciements de portés pour motif d'insuffisance de résultats pourront être annulés dans les mêmes conditions que celles ayant motivées la première des décisions précitées de la Cour de cassation du 17 février 2010⁸⁶. Le juge, saisi par un salarié porté à l'occasion d'un litige avec son employeur, se référera de plus à l'article 2-1 de cet accord qui prévoit que « *les parties signataires du présent accord conviennent que le portage salarial doit s'inscrire dans les formes de contrats de travail existantes* »⁸⁷. De ce point de vue, la tentative de clarification intervenue dans l'accord du 24 juin 2010, qui prévoit que chacune des prestations est limitée à trois ans et qui donc dessine une activité durable de salarié porté, crée de fait les conditions pour que, dans la durée, les difficultés d'un salarié à trouver de nouvelles mission finisse par aboutir à des contentieux avec son employeur...

⁷⁹ Ils participent de l'exercice du droit de participation des salariés, principe de valeur constitutionnelle issu du préambule de la Constitution de 1946.

⁸⁰ La loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social prévoit la consultation préalable des partenaires sociaux « *avant tout projet de réforme portant sur les relations individuelles et collectives du travail et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* ». Cette disposition ne visait que les projets de loi, mais à l'initiative du président du Sénat il a été complété par des modifications analogues des règlements intérieurs des deux assemblées s'agissant des textes d'origine parlementaire.

⁸¹ Le conseil constitutionnel l'exige et il recherche si des critères suffisants ont été énoncés pour encadrer la délégation législative

⁸² Notamment sa référence par une formulation vague à « *un ensemble de relations contractuelles* »

⁸³ A ce titre, après la signature de l'accord du 24 juin 2010, le PRISME avait fort justement demandé dans sa lettre du 1 juillet 2010 au ministre du travail « *que le Gouvernement puisse sans tarder en assurer l'adaptation législative rendue indispensable...* ». Cependant, un « *Avis relatif à l'extension d'un accord national professionnel conclu dans le secteur du travail temporaire* » visant l'accord national professionnel du 24 juin 2010 a été publié par la DGT au Journal Officiel du 2 octobre 2010, p 17935.

⁸⁴ Voir point 2.2.2.

⁸⁵ Article 1.1 : « *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. Les salariés portés ont le statut de cadre* ».

⁸⁶ Il s'agit là de l'application de dispositions générales participant de l'ordre public social, et les tribunaux ne pourront que rappeler que le salarié ne peut décharger contractuellement son employeur de cette obligation,

- [57] La limitation élitiste du portage à la seule catégorie des cadres ne correspond pas à la réalité actuelle des pratiques de nombre d'entreprises⁸⁸. Se pose par ailleurs un problème de définition de cette catégorie salariale. Au titre des fonctions d'encadrement, certains cadres exercent à titre d'expertise technique mais n'ont de fait pas, ou plus, la responsabilité d'équipes, tandis que des ETAM assument des responsabilités opérationnelles d'encadrement. De même, le concept d'autonomie n'est d'évidence pas réductible⁸⁹ aux seuls cadres, tant il se constate auprès d'autres professionnels maîtrisant toute la technicité de leur métier : ce qui concerne nombre de techniciens, employés⁹⁰ notamment, et aussi de certains métiers artisanaux.
- [58] Ces deux points doivent au surplus se lire à la lumière de la jurisprudence, y compris la plus récente. L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 2005⁹¹ avait déjà mis en cause les éléments de définition du statut de cadre⁹². Au-delà de contentieux individuels relatifs aux clauses de contrats de travail individuels, la cour de cassation, en invoquant « *le principe d'égalité de traitement* » a fait application de cette position à des dispositions conventionnelles en contestant la validité d'un accord collectif qui accordait aux cadres une durée plus longue de congé. Enfin, dans deux arrêts du 8 juin 2011⁹³, la chambre sociale vient de confirmer que la seule différence de catégorie professionnelle ne pouvait justifier une différence de traitement entre des salariés en l'étendant à l'ensemble du champ conventionnel de branches (cf.. 2.1.1.1 et recommandation n°1)
- [59] Dès lors, et de façon doublement certaine, étendre le champ défini à l'article 1.1 en même temps que l'accord, tout comme au contraire l'écarter de l'arrêté d'extension, expose à contentieux.

inhérente à sa qualité d'employeur, de fournir du travail : cela tient aux critères constitutifs du contrat de travail et de la subordination juridique qui le fonde :

⁸⁷ Or, le juge considère que cette forme emporte toutes les obligations pour l'employeur dès lors que ces dernières protègent le salarié dans l'exécution d'une relation marquée par la subordination.

⁸⁸ Aussi bien des entreprises de portage, que des entreprises clientes...

⁸⁹ Dans la suite de ses travaux, la mission s'attachera à mieux cerner la variété des métiers et activités actuellement concernées par la technique d'organisation du portage salarial, et à dégager des pistes d'évolution quant au modèle socio-économique. Mais d'ores et déjà, il apparaît qu'écarter du périmètre du portage salarial des professionnels tels que ceux concernés par les arrêts du 10 février 2010 (un tailleur de pierre, un maçon...) reviendrait paradoxalement à les renvoyer vers le seul auto-entrepreneuriat et les priver de tous services d'accompagnement... dont ils ont a priori sans doute encore plus besoin de les cadres !

⁹⁰ Au cours de ses investigations, la mission a déjà constaté une certaine hétérogénéité professionnelle des travailleurs portés, ainsi une technicienne en téléprospection exerçant à domicile. De même, la présidente de l'UNEPS a déclaré à la mission que « *le portage doit être réservé aux personnes en réelle situation d'autonomie, c'est à dire capables de démarcher leurs clients et que cela vaut pour le "démousseur comme pour le cadre"(sic). L'important c'est de se créer sa clientèle et tout le monde ne peut pas ou ne sait pas le faire* ».

⁹¹ Pourvoi n° 07 42 675, arrêt 1575.FS-P ; de même un arrêt Soc 20 février 2008 condamne une entreprise qui avait réservé l'attribution de tickets-restaurants aux non cadres, car la « *différence (doit) reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* »

⁹² Que le juge appréciera à l'avenir en considérant que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage* »

⁹³ Arrêts 1464 et 1465 Société Novartis pharma demandeur.

- [60] En effet, étendre en l'état l'accord expose nécessairement à action contentieuse des professionnels du portage qui conteste sa limitation aux cadres⁹⁴. Mais dans le même temps, comme il s'agit d'une clause substantielle de l'accord⁹⁵, cette clause ne peut être soustraite sans dénaturer l'économie de l'accord lui-même. Et donc, même si aux termes de l'article L. 2261-25⁹⁶ du code du travail, le ministre du travail peut écarter de l'accord des clauses contestables avant de procéder à l'arrêté d'extension⁹⁷ dans le cas présent, la délimitation catégorielle de l'activité de portage salarial opérée par l'accord ne peut en être écartée, tant sont centrales ses dispositions restreignant le périmètre aux salariés ayant le statut de cadres et prévoyant un salaire brut minimum de élevé⁹⁸.
- [61] Bref, en raison du choix des négociateurs, il n'y a qu'une seule alternative : ou bien l'accord est étendu tel quel, mais directement et certainement menacé par la jurisprudence, ou bien l'extension est refusée, une extension partielle étant en revanche impraticable.

1.2.2.3. Les fragilités de l'accord rendent impossible son extension

- [62] Comme évoqué *supra*⁹⁹, une partie seulement de la pluralité des relations contractuelles constitutives du portage salarial est juridiquement organisée par l'accord du 24 juin. Les contradictions sur les questions de responsabilité en termes de résultats ou de moyens fournissent une bonne illustration de cette approche partielle. Ainsi, en indiquant dans l'article 8 de l'accord que le salarié porté n'a pas d'obligation résultat, mais uniquement de moyens vis-à-vis des entreprises clientes¹⁰⁰, les négociateurs ont induit deux sources contentieuses. D'une part, avec le droit commercial qui lie l'exécution d'une mission à une obligation de résultat¹⁰¹. D'autre part, avec le droit civil qui intègre cette notion d'obligation de résultats pour les missions conduisant, à leur issue, à un transfert de responsabilité. En précisant à l'article 2.1.1.1 (dernier §) que « *la rupture du contrat de prestation de service n'est pas un motif de rupture du contrat de travail à durée indéterminée, sauf lorsque cette rupture est directement liée à une faute grave ou lourde du salarié porté* », l'accord introduit de plus une distinction entre les divers contrats de travail qui ne pourra être admise par le juge puisque, quel qu'il soit, le salarié sera en situation d'exécution de son contrat de travail. Les salariés en CDI pourront à bon droit soulever ce moyen.

⁹⁴ La fédération nationale des entreprises de portage salarial (FNePS) et l'union nationale des entreprises de portage spécialisées (UNEPS)

⁹⁵ D'autant que l'article 5.2 de l'accord stipule un salaire minimum, hors portage d'affaire, « à 2900 euros bruts mensuels pour un emploi à plein temps ».

⁹⁶ Article L. 2261-25 « Le ministre chargé du travail peut exclure de l'extension, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective, les clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales.

Il peut également exclure les clauses pouvant être distraites de la convention ou de l'accord sans en modifier l'économie, mais ne répondant pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré.

Il peut, dans les mêmes conditions, étendre, sous réserve de l'application des dispositions légales, les clauses incomplètes au regard de ces dispositions. »

⁹⁷ Il peut le faire s'agissant soit de clauses « en contradiction avec les dispositions légales », et il s'agit alors d'une compétence liée (sous le contrôle du juge administratif), soit en appréciation de « clauses pouvant être distraites de la convention ou de l'accord sans en modifier l'économie, mais ne répondant pas à la situation de la branche ou des branches dans le champ d'application considéré »

⁹⁸ La mission rappelle en outre que « l'extension n'est pas un droit, et le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider ou refuser d'étendre une convention collective (...) Les motifs qui peuvent conduire à refuser l'extension d'une convention collective peuvent donc être inspirés aussi bien par la non-conformité de la convention aux textes législatifs ou réglementaires en vigueur ou par des considérations d'opportunité ».

⁹⁹ Cf § 18

¹⁰⁰ Art 8 de l'accord : « il ne peut être opposé au salarié une obligation de résultat, mais de moyens »

¹⁰¹ Or le contrat de prestation de service entre la société de portage et l'entreprise cliente relève bien du droit commercial ;

- [63] Pareillement, l'article 1.3 de l'accord révèle une source contentieuse importante en ce qu'il limite la nature des tâches pour lesquelles il peut être recouru dans le cadre du portage salarial. Or l'accord commercial entre l'entreprise de portage et le client est non seulement précédé par l'entente préalable entre le futur porté/prestataire et son client, mais en fait repose sur cette entente. Il y a donc *hiatus* : Qui est responsable du respect de ces limitations de recours ? Les conditions de réalisation étant « négociées » avec le prestataire (futur salarié), des litiges sont susceptibles d'apparaître entre d'un côté ce qui est convenu entre le prestataire et son client, et de l'autre ce qui est repris, écarté ou modifié par l'entreprise de portage au moment d'établir le contrat commercial de la prestation.¹⁰²
- [64] De plus, l'article 17 de l'accord pose des problèmes qui se révèlent incompatibles avec le dispositif juridique applicable.
- [65] Comme indiqué en 1.2.2.2., l'accord a été conclu sur mandat du législateur qui n'autorisait nullement (et ne pouvait permettre) d'aller jusqu'à négocier de nouvelles formes de contrats de travail ou d'autres adaptations législatives participant de l'ordre public social. Les négociateurs ont néanmoins conclu l'accord par un article 17 qui prévoit : « *l'entrée en vigueur du présent accord est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application et traduisant la volonté des partenaires sociaux* ».
- [66] Cet article pose un problème de cohérence avec la volonté initiale de partenaires sociaux interprofessionnels. D'une part, l'accord d'organisation devait en effet traduire la volonté des partenaires sociaux délégataires : on doit lire l'article par référence au dernier paragraphe de l'article 19 de l'ANI déléguant du 11 janvier¹⁰³. Or l'accord du 24 juin s'en écarte, notamment s'agissant de la limitation du contrat de portage salarial à une durée de 3 ans et de la possibilité de recourir à un contrat de travail à durée indéterminée¹⁰⁴. D'autre part, par application de l'article L. 1 précité du code du travail, toute intervention du législateur nécessitera la consultation préalable des partenaires sociaux, qui s'impose et doit être menée au niveau interprofessionnel. Une telle perspective induit et laisse présager des débats controversés dans la mesure où le portage salarial reste un dispositif qui fait polémique chez les organisations syndicales¹⁰⁵.

¹⁰² A cet égard, les précautions rédactionnelles de l'accord ne lèvent en rien ces difficultés. L'entreprise cliente est « *réputée avoir vérifié et validé les compétences et aptitudes du professionnel à réaliser la prestation convenue* » : l'entreprise de portage étant par avance déchargée de veiller à cette adéquation, et compte tenu des remarques ci-dessus s'agissant des obligations respectives de moyens et de résultats, quelles sont les responsabilités en cas de malfaçon, d'accident, de litige et autre difficultés ?

¹⁰³ Qui prévoit que « *les signataires du présent accord évalueront les effets du dispositif dont la mise en place est prévue ci-dessus par voie d'accord* ».

¹⁰⁴ Le PRISME devait aller jusqu'au bout de cette délégation qui lui était donnée par l'interprofession après adoption de la loi du 25 juin 2008, mais il ne pouvait juridiquement aller au-delà : ainsi, le mandat de négociation n'allait pas jusqu'à négocier de nouvelles formes de contrats de travail ou des adaptations des dispositions relatives au travail à temps partiel, ni même d'ailleurs de toute adaptation du code du travail. L'accord s'affranchit des limites de la délégation et à ce titre il ne peut ni être étendu, ni être transposé dans le code du travail. En effet, un texte pour être susceptible d'extension doit se conformer au cadre législatif existant. Conformément à la position constante du Conseil d'Etat « *une convention collective ne saurait légalement déroger ni aux dispositions qui par les termes mêmes présentent un caractère impératif ni aux principes fondamentaux énoncés dans la constitution ou aux règles de droit interne lorsque ces principes ou règles débordent du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties qui échappent par leur nature aux rapports conventionnels* ».

¹⁰⁵ Dans sa nature juridique, il l'est d'abord par les partenaires sociaux siégeant au bureau de l'Unedic¹⁰⁵, mais aussi par ceux siégeant dans les instances du régime général de l'assurance maladie dans la mesure où le portage salarial se traduit par un transfert de charges du régime des indépendants vers celui de salariés.

1.2.2.4. L'accord appelle une reconsidération d'ensemble de ses éléments, mais dans le souci d'en préserver les apports

[67] Au surplus des risques juridiques précédents, une reconsidération de l'accord s'impose parce qu'il ne s'inscrit pas dans le seul ordre public social français, puisque celui-ci comporte, au cas présent, des dispositions internationales. Le portage salarial interfère en effet avec le champ de la convention C 181 de l'OIT sur les agences d'emploi privées. Pour pouvoir être transposé et ou étendu, il conviendrait que l'accord sur le portage salarial respecte les obligations de l'agence de placement au sens de l'OIT ; faute de quoi cette transposition ou extension serait inconventionnelle. Les entreprises de portage salarial, dès lors qu'il ne peut être contesté qu'elles procèdent à la mise à disposition des salariés portés (cf.. partie 1.1.1.2), entrent clairement dans la définition de l'article 1¹⁰⁶ de cette convention¹⁰⁷.

[68] Or la mission constate que certaines des dispositions retenues par l'accord du 24 juin 2010 ne se conforment pas à plusieurs articles de cette convention : particulièrement en ce qui concerne les charges financières que les entreprises de portage salarial imposent, dans les faits, aux travailleurs portés¹⁰⁸, ainsi que l'absence de modalités de leur coopération avec le service public de l'emploi¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Article 1 de la convention C181 (dernière version datant de 1997). « Aux fins de la présente convention, l'expression **agence d'emploi privée** désigne toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs des services suivants se rapportant au marché du travail : (...)

b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme "l'entreprise utilisatrice"), qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution;

c) d'autres services ayant trait à la recherche d'emplois, qui seront déterminés par l'autorité compétente après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, tels que la fourniture d'informations, sans pour autant viser à rapprocher une offre et une demande spécifiques. »

¹⁰⁷ La convention 181 est entrée en vigueur le 10 mai 2000, et à ce jour, 23 pays l'ont ratifiée, parmi lesquels onze Etats membres de l'Union européenne - mais pas encore la France. Toutefois la mission retire de ses investigations qu'en raison des développements récents en matière de législation relative à l'exercice du placement, la France est aujourd'hui en mesure de respecter ses engagements internationaux et qu'elle entend ratifier prochainement cette convention. En effet, jusqu'à la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 portant programmation pour la cohésion sociale, l'Agence nationale pour l'emploi bénéficiait d'un monopole juridique sur l'activité de placement. Dorénavant, la loi ouvre le marché du placement aux agences d'emploi privées en mettant fin au monopole légal de l'ANPE, ce qui ouvre la voie à cette ratification de la convention 181.

¹⁰⁸ Article 7 :

1. Les agences d'emploi privées ne doivent mettre à la charge des travailleurs, de manière directe ou indirecte, en totalité ou en partie, ni honoraires ni autres frais.

2. Dans l'intérêt des travailleurs concernés, l'autorité compétente peut, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, autoriser des dérogations aux dispositions du paragraphe 1 ci-dessus pour certaines catégories de travailleurs et pour des services spécifiquement identifiés, fournis par les agences d'emploi privées.

3. Tout Membre qui aura autorisé des dérogations en vertu du paragraphe 2 ci-dessus devra, dans ses rapports au titre de l'article 22 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, fournir des informations sur ces dérogations et en donner les raisons. »

¹⁰⁹ Article 13

« 1. Tout Membre doit, conformément à la législation et à la pratique nationales et après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, définir, établir et revoir régulièrement les conditions propres à promouvoir la coopération entre le service public de l'emploi et les agences d'emploi privées.

2. Les conditions mentionnées au paragraphe 1 ci-dessus doivent procéder du principe que les autorités publiques conservent la compétence pour décider en dernier ressort de:

a) la formulation d'une politique du marché du travail;

b) l'utilisation et du contrôle de l'utilisation des fonds publics destinés à la mise en œuvre de cette politique.

[69] Par suite, un obstacle juridique dirimant s'impose : pour pouvoir être transposé, et/ou étendu, il conviendrait d'abord que l'accord sur le portage salarial respecte les obligations de "l'agence de placement", au sens de l'OIT, vis-à-vis des salariés qu'elle met à disposition d'une société utilisatrice. Faute de quoi, l'acte de transposition (loi) et/ou d'extension (arrêté) deviendrait inconstitutionnel dès lors que la convention 181 aura été ratifiée, ou bien il constituerait un obstacle à ce que la France procède à cette ratification¹¹⁰... Ici encore, l'alternative est sans échappatoire.

L'ensemble de ces éléments a conduit la mission, dans son précédent rapport, à considérer que l'accord du 24 juin 2010 ne pouvait être étendu en l'état. Ce point fait l'objet d'une recommandation en seconde partie qui reprend ces considérants, mais en les plaçant dans une perspective de capitalisation : car les travaux des négociateurs ont également produit des avancées significatives dans la recherche du nécessaire encadrement du portage et c'est sur cette base que la mission organise ses propositions dans la seconde partie du rapport.

3. Les agences d'emploi privées doivent, à des intervalles déterminés par les autorités compétentes, fournir à celles-ci telles informations qu'elles pourront demander, en tenant dûment compte de leur caractère confidentiel(...) »

¹¹⁰ La note d'analyse juridique transmise le 30 août 2010 par le DGEFP à la déléguée aux affaires européennes et internationales soulignait la clarification juridique induite par le projet de ratification par la France de la convention 181, ratification qui de plus « lui permettrait de jouer un rôle moteur » au plan international.

2. PROPOSITIONS POUR UN PROCESSUS DE STABILISATION DU PORTAGE SALARIAL

- [70] La première partie du rapport conclut à la double nécessité, d'une part de border et sécuriser le dispositif de portage par la loi, et d'autre part d'articuler ce travail législatif avec une consultation interprofessionnelle des partenaires sociaux. Dans cette seconde partie, la mission expose ses propositions (quant au processus et quant au contenu), échelonnées en trois étapes. Elles comportent des options -de cadre et de méthode- afin de stabiliser l'activité de portage et de cibler ses modalités de recours.

2.1. *Un cadre nouveau s'impose pour conduire les travaux de sécurisation du portage*

- [71] Tous les acteurs impliqués s'accordent sur la nécessité pressante d'une sécurisation qui sorte le portage salarial de son ambiguïté originelle devenue périlleuse. La mission estime que ceci implique de prévenir la réalisation des risques juridiques avérés que recèle la situation actuelle, mais en conservant, après tamisage, certains des apports des négociations précédentes.

2.1.1. La situation du portage conduit nécessairement à une nouvelle étape institutionnelle

- [72] La nature des questions en jeu pour une sécurisation du portage salarial nécessite l'intervention de la loi, et en organisant la production législative dans le respect des principes de la négociation collective des partenaires sociaux, s'exprimant au niveau pertinent, c'est-à-dire confédéral et interprofessionnel.

2.1.1.1. L'approche catégorielle pour le bornage du portage salarial doit être reconsidérée

- [73] Comme rappelé en première partie (cf. 1.2.2.2.) sous l'aspect des risques juridiques, l'option des négociateurs de l'accord du 24 juin 2010 consistant à stabiliser le portage salarial et à contourner l'obligation structurelle pour l'employeur de fournir le travail par une délimitation catégorielle se révèle de plus en plus fragile juridiquement et menace une partie légitime de l'activité de portage. Dès lors que la jurisprudence réaffirmée de la cour de cassation, « *vu le principe d'égalité de traitement* », dispose que la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier une différence de traitement entre des salariés en situation identique, ces différences n'étant admises que si elles ont « *pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités des salariés relevant d'une catégorie déterminée*¹¹¹ », la sélectivité envisagée du portage salarial ne satisfait pas à ce critère de justifications « *objectives et pertinentes* ».

- [74] Les bénéfices du portage doivent donc être ouverts sans discrimination à tout salarié pour autant qu'il dispose d'une expertise technique dans son domaine et d'une aptitude à la négociation avec les clients : or l'expérience démontre que non seulement les cadres mais également des techniciens, des artisans, des employés ont cette capacité. Il s'agit aussi de prendre en compte la réalité non catégorielle des pratiques de nombre d'entreprises, tant de portage que d'entreprises clientes.

Recommandation n°1 : Par application du principe d'égalité de traitement, le portage salarial doit rester ouvert à tout professionnel pour autant qu'il dispose d'un niveau d'expertise technique dans son domaine et d'une aptitude avérée à la négociation avec les clients.

¹¹¹ Cass Soc 8 juin 2011, n° 10-14.725 et 10-11.933

2.1.1.2. La reprise du dossier au niveau législatif passe nécessairement par une saisine des partenaires sociaux, avec une double vigilance

- [75] Pas plus un contrat individuel qu'une convention collective ne peut décider que telle relation de travail sera un contrat de travail. Or, en précisant que le portage s'exerce «*dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail*», ou encore que «*l'activité de portage nécessite l'existence d'un contrat de travail entre le salarié porté et l'entreprise de portage salarial*¹¹²», les négociateurs sociaux ont imprudemment ignoré le « principe d'indisponibilité de qualification » en contrat de travail qui domine tout le droit des relations de travail, puisque cette qualification reste toujours sous le contrôle souverain du juge judiciaire. Seul le législateur peut imposer des « présomptions de contrat de travail » dans des situations qui ne relèvent pas naturellement de cette catégorie. Il en résulte que toute solution de sécurisation juridique du portage, en renvoyant sans échappatoire aux principes fondamentaux du droit du droit et aussi de la sécurité sociale, nécessite l'intervention de la loi, conformément à l'article 34 de la Constitution.
- [76] Quant à lui l'article L. 1 du code du travail et symétriquement les règlements des assemblées¹¹³ imposent une consultation préalable des partenaires « *avant tout projet de réforme portant sur les relations individuelles et collectives du travail* », dans la limite de ce qui « *relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle* », limite qui exclut les dérogations à l'ordre public social : or c'est ce qui est en jeu dès qu'il s'agit d'aménager le droit concernant le contrat de travail.
- [77] La mission a ainsi analysé l'ensemble des écueils juridiques s'opposant à la bonne fin du précédant processus de régulation négociée du portage salarial issu de l'ANI de 2008. Dans ce cadre précis de délégation du législateur vers une négociation de type sectoriel, la mission conclut que ce ne peut être par voie d'arrêté d'extension mais nécessairement par la loi que tout ou partie du contenu de l'accord peut être rendu opposable. Ce faisant, la mission apporte réponse non seulement à la première question de la lettre de mission, mais également à la seconde.

Recommandation n°2 : **Au vu de l'ensemble des éléments expertisés et des risques sérieux de contentieux qui s'en suivent, la mission recommande que l'accord du 24 juin 2010 ne soit ni étendu ni amendé.**

- [78] Pour apporter réponse à la troisième question de la lettre du ministre, il y a donc nécessité de réinitialiser un cycle de travail législatif avec remise en perspective du processus institutionnel. Dans ce nouveau cadre, et considérant la transversalité des questions induites par le portage salarial, la mission conclut que la consultation des partenaires sociaux devra, le moment venu, être renouvelée et se situer nécessairement aux niveaux confédéraux et interprofessionnels des organisations syndicales et patronales.
- [79] Cette consultation interprofessionnelle devra cependant intégrer également le problème de la représentation sectorielle. La mission a exposé plus haut (cf. point 1.2.2.1) les fragilités provenant du cadre choisi pour la conduite des négociations ayant abouti à l'accord du 24 juin 2010, qui par dérogation à l'article L. 2261-19 du code du travail écartait les organisations représentant le champ concerné, c'est-à-dire les entreprises de portage salarial.

Recommandation n°3 : **Pour le processus de sécurisation du portage salarial, la mission préconise une réinitialisation d'un cycle législatif, avec consultation des partenaires sociaux au niveau interprofessionnel, et association des organisations représentant le champ directement concerné.**

¹¹² Respectivement, article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008, et article 1, §1 de l'accord du 24 juin 2010

¹¹³ Issu de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

2.1.2. Les travaux devront satisfaire à l'obligation nouvelle d'éclairer le débat par une étude préalable d'impact

- [80] Le processus à venir de sécurisation du portage salarial est assujéti aux dispositions nouvelles¹¹⁴ obligeant le Gouvernement à accompagner tout projet de loi d'une étude d'impact expliquant notamment pourquoi l'introduction d'une nouvelle législation est nécessaire et ce que l'on peut en attendre.
- [81] Ces études d'impact¹¹⁵ transmises au Parlement sont rendues publiques¹¹⁶. Elles doivent permettre d'évaluer, au préalable, les incidences économiques, financières, sociales, environnementales des réformes envisagées dans le cadre d'un projet de loi.
- [82] Plus largement, la mission considère qu'il conviendrait sur ce sujet complexe et aux multiples interactions de s'appuyer sur la démarche européenne dite « *Mieux légiférer* » qui comporte 4 étapes exposées¹¹⁷ dans le guide produit par la Commission.

2.2. En première étape, il est nécessaire de définir d'urgence un périmètre limitatif d'exercice du portage salarial

- [83] Le contexte (rappelé notamment en partie 1.2.1.2) oblige à agir rapidement :
- la légalisation du portage salarial en 2008 n'ayant pas été prolongée comme escompté par un cadrage conventionnel opérationnel et opposable, les modalités d'applications continuent de faire défaut depuis plusieurs années,
 - la récurrence des contentieux condamnant l'UNEDIC à indemniser les salariés en portage salarial va en toute logique conduire son bureau à assouplir sa position¹¹⁸ en adoptant des modalités nouvelles d'examen et d'acceptation des dossiers individuels,
 - cette attitude plus ouverte d'indemnisation par l'assurance chômage induit immédiatement le risque de prolifération, sous couvert d'appellation générique de « portage salarial », de toutes sortes de situations « grises ».
- [84] En effet, en se présentant comme un outil de compression interne des coûts salariaux des entreprises clientes (privées aussi bien que publiques) et à la faveur d'un argumentaire s'appuyant sur la facilité d'accès à la protection sociale via la création d'un contrat de travail, le portage salarial peut *de facto* être mis en œuvre par une panoplie d'opérateurs. Outre des entreprises explicitement dédiées sur ce créneau en expansion, on voit se développer d'autres entreprises agissant dans des secteurs d'activité variés qui y recourent pour diversifier les prestations et renforcer la compétitivité de leurs collaborateurs.

¹¹⁴ Article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 ayant complété l'article 39 de la Constitution, (lui-même issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008)

¹¹⁵ Sauf exceptions prévues par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, tous les projets de loi depuis le 1er septembre 2009 doivent être accompagnés d'une étude d'impact, réalisée par le Gouvernement, définissant les objectifs poursuivis, exposant les motifs du recours à une nouvelle législation, l'état actuel du droit dans le domaine visé, l'articulation du projet avec le droit européen, l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet et les modalités d'application envisagées ainsi que leurs conséquences. Réalisées sous la responsabilité du ministre en charge de présenter le projet de loi devant le Parlement, les études d'impact doivent obligatoirement être jointes au projet de loi lors de son dépôt aux Assemblées.

¹¹⁶ Parallèlement par leur mise en ligne.

¹¹⁷ Ces 4 étapes consistent à réaliser préalablement une étude d'impact, à communiquer et tenir compte des avis des citoyens et entreprises, à réduire les formalités administratives au strict nécessaire et à simplifier par même occasion le corpus des textes dans le domaine concerné. Voir fiche technique n°5 « Etude d'impact pour mieux légiférer »

¹¹⁸ Comme le préconise l'étude qui a été commandée par l'UNEDIC auprès de maître Kessler

- [85] Toutes ces raisons justifient de définir de façon urgente un périmètre d'exercice du portage salarial, et en préalable à d'autres mesures d'encadrement de cette forme d'activité. La mission reprend pour cela des éléments de l'ANI du 24 juin et du règlement du SNEPS (déclaration, exclusivité, code APE, garantie financière, compte rendu d'activité...)

2.2.1. L'activité de portage doit être déclarée et identifiée

- [86] Les partenaires sociaux eux-mêmes ont perçu l'urgence à définir un périmètre limitatif d'exercice du portage salarial, et ont entamé ce bornage en précisant que « *les prestations de service à la personne sont exclues du présent accord et ne peuvent être effectuées en portage salarial*¹¹⁹ ».
- [87] De même, le ministère de la culture estime quant à lui que le secteur du spectacle vivant comporte plusieurs spécificités qui ont des incidences sur la possibilité d'y pratiquer ou non le portage salarial. En effet, l'organisation spécifique de ce secteur, reposant sur une présomption de salariat¹²⁰ et l'obligation d'une licence d'entrepreneur du spectacle¹²¹, est fragilisée par l'émergence de pratiques de portage salarial qui aboutissent, de fait, à ce que nombre de commanditaires ne soient plus en situation d'employeurs d'artistes que pourtant ils font intervenir. L'un des objectifs majeurs du lien direct exigé entre le salarié et son employeur est le contrôle du respect par les producteurs / entrepreneurs du spectacle vivant de leurs obligations en termes de droit du travail, d'obligations sociales et de lutte contre la fraude. La simple activité de type « gestion administrative » qu'exerce l'entreprise de portage ne lui permet pas d'être assimilée à une entreprise de spectacle vivant et l'intercession d'un intermédiaire dans ce lien direct ne paraît pas admissible.
- [88] La mission a eu connaissance que la technique du portage salarial se développe dans de nombreuses activités (cf. *supra* 1.1.1.2. et 1.1.2.3), par exemple en incorporant des activités réglementées, ou celles de formateurs occasionnels¹²², de moniteurs d'encadrement de pratiques sportives, de professionnels du tourisme, et plus largement de personnes en situation de pluriactivité... Il en résulte des évolutions dans les pratiques professionnelles sectorielles qu'il n'est pas aisé de qualifier et encore moins de réguler a priori.
- [89] Compte tenu des difficultés à édicter *a priori* une liste limitative des activités qu'il faudrait exclure du portage salarial, la mission préconise de réaliser l'identification et la traçabilité de cette activité par un encadrement des entreprises de portage, en cohérence avec l'objectif poursuivi par les négociateurs sociaux. Tout en dépassant la limite d'un champ d'application professionnel mal défini dans l'accord dans l'accord du 24 juin 2010, dans la mesure où actuellement la forme d'emploi par portage salarial s'exerce *de facto* aussi via des entreprises dont ce n'est pas l'activité exclusive, la mission propose de circonscrire le portage limitativement à des entreprises identifiables. En effet :
- les négociateurs de l'accord du 24 juin 2010 (article 1.2.1.) avaient prévu cette exclusivité : « 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 ». Cette exclusivité doit conduire à nécessairement interdire le portage

¹¹⁹ Accord du 24 juin 2010, article 1.

¹²⁰ Articles L 7121-3 et L 7121-4 du code du travail qui posent une présomption de contrat de travail quelle que soit la qualification données par les parties au contrat, et quelle que soit la liberté d'expression de l'artiste et même s'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé ou s'il emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder

¹²¹ Article L 7122-1 et suivants du code du travail

¹²² S'agissant d'écoles publiques et d'organismes consulaires qui ainsi ne sont plus en posture d'employeurs directs, mais simplement d'acheteurs de prestations via la facturation par une entreprise de portage, ou d'organismes privés s'affranchissant de limites posées par leur convention collective (par exemple la convention de 1951 dans le secteur social ...)

salarial par toutes autres entreprises ou associations, ce qui permet de contenir la prolifération de demandes d'indemnisations auprès de Pôle Emploi pour le compte de l'UNEDIC ;

- l'article 13 du même accord indique que « Les entreprises de portage salarial sont tenues de souscrire une garantie financière auprès d'un établissement habilité à délivrer des cautions. Cette garantie financière a pour objet de garantir le paiement des sommes dues au salarié ainsi que le versement des cotisations sociales, en cas de défaillance de l'entreprise de portage salarial » ;
- le rapport conclusif précité de l'étude commanditée par la DGEFP et la DGT auprès de l'équipe coordonnée par Lise Casaux-Labrunée¹²³ (décembre 2006) comportait une annexe 8 consacrée au contrôle de l'activité de portage. Ces investigations avaient conclu à l'opportunité d'une déclaration préalable¹²⁴, à l'instar de ce que la loi a instauré pour d'autres formes d'emploi triangulaire : les entreprises de travail temporaire, les groupements d'employeurs, les associations intermédiaires... ;
- instaurer une obligation de déclaration serait donc cohérent avec ce qui se pratique pour les autres formes d'emplois triangulaires, où la déclaration préalable des structures après de l'autorité administrative est la règle générale¹²⁵ ;
- quant aux travailleurs portés, la seule exigence doit être de satisfaire au critère d'une d'autonomie technique sans référence au statut de cadre¹²⁶.

2.2.2. Quel est vecteur juridique pertinent pour instaurer ces obligations ?

[90] Très clairement, il est juridiquement impossible d'instaurer par voie réglementaire ce régime de déclaration préalable et d'exclusivité pour les entreprises exerçant l'activité de portage salarial, tel qu'il a été pourtant opportunément retenu par les partenaires sociaux.

¹²³ Voir rapport de l'étude précitée « Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial » (cf. fiche technique n°3)

¹²⁴ Annexe 8 du rapport : « Le contrôle de l'activité de portage : conventionnement, déclaration, agrément ? » Anne-Sophie HOCQUET de LAJARTRE concluait ses préconisations ainsi :

« La procédure de contrôle retenue pour l'activité de portage pourrait finalement être la suivante :

- une déclaration (en réalité une autorisation) à l'administration du travail comprenant le nom, la raison sociale de la structure demandeuse, la nature des prestations proposées, les clientèles visées, les conditions d'emploi du personnel salarié (notamment en ce qui concerne la convention collective appliquée et d'éventuels accords d'entreprise) ;
- un dossier permettant d'apprécier le niveau et la qualité des services rendus aussi bien aux professionnels autonomes qu'aux clients de ces derniers ;
- un bilan qualitatif et quantitatif annuel des services « employeur ».

En cas de non respect de ces engagements, l'autorité administrative (administration du travail) disposerait d'un délai d'un mois pour notifier au groupement qu'elle s'oppose à l'activité ou qu'elle la suspend. »

¹²⁵ Règle confirmée par l'exception des entreprises à temps partagé... mais dont la rareté en fait un non sujet...

¹²⁶ La mission propose de s'en tenir au seul 1° alinéa de l'article 1 de l'accord du 24 juin 2010 : « 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 »

- [91] En effet, dans l'ordre juridique interne et par application de l'article 34 de la Constitution, seule la loi peut instaurer une restriction à la liberté d'entreprendre que constitue une obligation de déclaration préalable d'une activité auprès de l'autorité administrative, de même que celle d'exclusivité ; de plus, cette procédure doit être compatible avec la Directive Générale européenne relative aux services dans le marché intérieur¹²⁷...
- [92] Pour autant, la mission réitère l'urgence qu'il y a à instaurer ce premier niveau de cadrage, préalable aux étapes suivantes, ce qui oblige à ouvrir, à court terme et malgré ses inconvénients, un débat législatif...
- [93] A titre transitoire et subsidiaire, la mission invite les partenaires sociaux gestionnaires de l'UNEDIC à assortir de conditions précises leur prochaine délibération assouplissant les conditions de prise en charge par le régime d'assurance chômage des dossiers émanant des entreprises de portage et de leurs salariés portés.
- [94] Dans l'attente d'un dispositif rendu obligatoire par la loi, cette délibération assurantielle de l'UNEDIC pourrait contenir le risque de dérive auquel le régime est exposé en organisant un traitement assoupli des dossiers émanant de celles des entreprises qui auront fait déclaration auprès de ses services d'une application volontaire des clauses des articles 1.2.1. et 1.3. de l'accord du 24 juin 2010.

Recommandation n°4 : La mission recommande d'instaurer au plus vite par voie législative pour toute entreprise souhaitant pratiquer la technique de portage salarial, une obligation d'activité exclusive avec justification d'une garantie financière, et d'organiser une traçabilité de l'activité via l'impératif d'une déclaration préalable auprès des pouvoirs publics assortie d'un code APE spécifique.

Recommandation n°5 : A titre transitoire, la mission suggère que le bureau de l'UNEDIC organise un traitement incitatif des dossiers de demande d'indemnisation émanant de celles des entreprises qui auront déclaré faire une application volontaire des clauses des articles 1.2.1. et 13 de l'accord du 24 juin 2010.

2.3. Dans un second temps, la mission préconise de documenter la réflexion des décideurs

- [95] Il importe en particulier d'établir au préalable quel est « le besoin social » que l'ANI de janvier 2008 postule et auquel l'ensemble contractuel du portage salarial est censé répondre.

¹²⁷ L'article 9 (et suivants) de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur pose comme principe la liberté d'établissement des prestataires au sein de l'Union Européenne, les régimes d'autorisation édictés par les Etats membres n'étant envisageables que sous conditions

2.3.1. Une étude statistique doit documenter les réalités du portage et nourrir l'étude d'impact

- [96] Sur la base de ce périmètre d'exercice du portage, la mission préconise de faire réaliser un suivi et une quantification enfin fiabilisée¹²⁸ de cette nouvelle forme d'emploi, pour observer ses effets ou conséquences et, au total, constituer l'étude d'impact désormais requise à l'appui de chaque projet de loi. La mission ayant rappelé *supra* le peu de données disponibles sur cette nouvelle forme d'organisation de l'activité¹²⁹, il s'agit d'organiser la collecte et l'exploitation de données afin d'éclairer¹³⁰ les futurs débats et travaux, tant par voies législative et réglementaire que par négociation collective interprofessionnelle.

2.3.2. Affirmer un socle de principes directeurs pour structurer les futures orientations

- [97] Considérant que le portage salarial couvre dans les faits une variété hétérogène de situations, la mission propose à titre de **premier principe** d'examiner chacune des fonctions tenues et d'y apporter des réponses spécifiques en considérant distinctement :

- que le portage salarial fournit une modalité d'accompagnement transitionnel pour des candidats porteurs d'un projet en cours d'élaboration de création d'activité ;
- que les acteurs du portage salarial mettent également en avant les transitions concernant les publics seniors ;
- qu'au-delà des phases transitionnelles, le portage salarial en mode pérenne est une des modalités multiples d'emplois triangulaires, avec des risques d'effets discriminatoires qui nécessitent une attention particulière ;
- que le succès du portage salarial provient largement de la facilité d'accès à la protection sociale qu'il procure aux portés, en recourant au vecteur bien connu d'un contrat de travail : objectif et modalité que l'on retrouve dans d'autres formules. Les questions qui en résultent quant à la pertinence et limites de ce vecteur doivent en conséquence déboucher sur des réponses harmonisées ;
- et que les entreprises de portage organisent une palette de services qui pourraient opportunément être mobilisables par des indépendants « solos ».

- [98] En **second principe**, les modalités retenues pour stabiliser le portage salarial doivent concourir à la sécurisation d'étapes des parcours professionnels. Cet objectif est cohérent avec l'ANI du 11 janvier 2008 dont un des buts est d'améliorer les parcours vers l'emploi. Son article 19, visant à organiser la sécurisation du portage salarial, est inclus dans le II de cet accord national consacré à « *sécuriser les contrats et améliorer le retour à l'emploi* ». Le législateur devra notamment préciser comment est acquis « le régime du salariat » (tel qu'énoncé par l'article L. 1251-64 du code du travail) dont le bénéficie le travailleur porté. Est-ce par le recours à un contrat de travail spécifique et sous quelles conditions et limites ? Ou bien est-ce par d'autres dispositifs ?

¹²⁸ Décompte clair que jusqu'à présent l'absence de code APE n'a pas permis de réaliser...

¹²⁹ Voir en partie 1, point 1123

¹³⁰ Le Conseil d'Etat, parmi les principales propositions de son rapport public 2011 « Consulter autrement, participer effectivement », invite à utiliser de façon optimisée les potentialités des désormais obligatoires études d'impact.

- [99] En raison de sa proximité avec d'autres formes d'emplois triangulaires, la mission propose, en **troisième principe**, que les réponses à adopter pour la sécurisation des pratiques de portage soient conçues de façon à préserver pour les acteurs socio-économiques une liberté de choix entre plusieurs des formules existantes.

Recommandation n°6 : **Eclairer la réflexion des décideurs à la lumière des données statistiques nourrissant l'étude d'impact et de quelques principes directeurs pour structurer les futures orientations.**

2.4. Dans un troisième temps, il est proposé de consolider le portage salarial en tant que dispositif transitionnel

- [100] En tant qu'entreprises de recrutement et d'accompagnement de professionnels salariés, les entreprises de portage jouent un rôle d'interface dans une relation à trois entre le professionnel porté qui veut créer ou développer son activité, et une structure cliente (entreprise, collectivité publique, association) qui lui confie des missions. Cette fonction transitionnelle est, pour la mission, d'autant plus importante qu'elle est mise en avant, tant les partenaires sociaux¹³¹ que dans les messages de communication des entreprises de portage elles-mêmes. Elles se placent alors dans une logique de sas au bénéfice des portés, leur permettant de passer, dans un cadre sécurisé et accompagné, de l'idée au projet. Durant cette période, l'évolution du chiffre d'affaires concourt à fiabiliser le projet, ou *a contrario* à démontrer sa non viabilité. La sortie du sas est alors l'activité en entrepreneuriat ou en travail indépendant.
- [101] Dans cette fonction, la mission estime que l'utilité du portage est manifeste. Il répond aux périodes de transitions au cours des trajectoires professionnelles des actifs (désormais souvent discontinues) avec une valeur ajoutée spécifique d'accompagnement dans la construction / consolidation de projet, en alliant facteur de flexibilité et préservation des droits personnels sans la précarité. A ce titre, le portage salarial peut concourir aux politiques de l'emploi.

2.4.1. Les publics

- [102] Ainsi, les partenaires sociaux se sont accordés à reconnaître que le portage salarial fournit une modalité d'accompagnement transitionnel pour des candidats porteurs d'un projet de création d'activité, projet en cours d'élaboration ou de maturation, « *la période de portage étant mise à profit par le salarié porté pour finaliser son projet professionnel* » (...) en spécifiant de plus que l'entreprise de portage « *peut proposer des prestations d'accompagnement liées à l'exercice de l'activité du salarié porté et à la réalisation de son projet professionnel* »¹³².
- [103] Les acteurs du portage salarial mettent également en avant les transitions concernant les publics seniors. Cette technique d'organisation de l'emploi présente l'avantage « *d'apporter une solution alternative aux travailleurs seniors dont la qualification et la valorisation d'expertise leur permette de réaliser des prestations de conseil, de tutorat, d'encadrement, de transfert de savoir-faire ou de savoir-être auprès de salariés plus jeunes ou inexpérimentés* »¹³³.
- [104] Globalement, en faisant référence aux difficultés présentées par les parcours professionnels et les ruptures d'étapes, la technique du portage met l'accent sur la transition vers une situation d'autonomie, avec une opportunité :
- transitionnelle du point de vue de la création d'activité autonome : comme indiqué en introduction, le portage fonctionne alors dans une logique de sas, pour passer de l'idée au projet et une sortie vers une activité entrepreneuriale ou indépendante ;

¹³¹ Article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 : « *Considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social, dans la mesure où elle permet de retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors* »

¹³² Accord du 24 juin 2010 : extraits du préambule, et de l'article 1.2.2.

¹³³ Ibidem, extrait du préambule

- transitionnelle du point de vue de l'utilisateur (ou groupe d'entreprises) : en fonctionnant sur le mode de l'essai professionnel, le portage démontre l'utilité d'un recrutement via le portage et offre une sortie vers l'emploi salarié.

De plus, il répond aux situations de pluriactivité, en permettant des enchaînements d'activités saisonnières¹³⁴ et constitue une logique de passerelle bienvenue dans une approche transitionnelle de territoire.

2.4.2. Les modalités

- [105] Pour réaliser cette fonction transitionnelle multiple, le portage recourt au vecteur d'un contrat de travail, tout comme le font d'autres dispositifs dont le CTP (contrat de transition professionnel) ou d'autres formes d'emplois triangulaires, notamment dans le mouvement coopératif les coopératives d'emploi et d'activité (CAE).

2.4.2.1. Le recours au vecteur « contrat de travail » à titre transitionnel

- [106] L'avantage comparatif du vecteur « contrat de travail » à titre transitionnel est de constituer une réponse simple et connue de tous, facilement mobilisable. Recourir à un contrat de travail sécurise et fluidifie les étapes de parcours professionnels discontinus et procure une solution de continuité au titre de la protection sociale. Par analogie, c'est précisément pour ce motif que le statut de « stagiaire de la formation professionnelle » est assimilé à un contrat de travail afin de fournir une continuité de protection sociale entre deux états successifs dans un parcours professionnel (salarié auparavant, mais pas nécessairement salarié après la période de formation).
- [107] Il y a donc une légitimité naturelle à recourir à un contrat de travail *sui generis* à finalité transitionnelle. Toutefois, cette catégorie juridique participant de la politique publique de l'emploi et de développement de l'activité reste à créer¹³⁵. Et dans cette perspective, la mission considère que la mise en œuvre de services d'accompagnement dans la réalisation du projet doit en toute cohérence devenir une obligation légale pour l'employeur recourant à ce nouveau type de contrat, cet accompagnement constituant la valeur ajoutée du dispositif.
- [108] De plus, cette transition doit nécessairement être conçue à durée limitée. En se référant à l'article 19 de l'ANI qui stipule que « *la durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois ans* », la mission considère que les partenaires sociaux ont fixé un plafond pertinent à ces fonctions transitionnelles¹³⁶.
- [109] Par identité d'objectif et application du 3° des principes énoncés *supra* (point 2.3.2.) concernant le libre choix entre formules voisines, la mission préconise que la création d'un tel « contrat de travail *sui generis* à finalité transitionnelle » par le législateur soit mobilisable par un ensemble de structures (à but lucratif, de forme associative ou coopérative) relevant de divers dispositifs, et donc en particulier :
- par les entreprises de portage salarial déclarées auprès de l'autorité administrative ;
 - mais aussi par les coopératives d'accès à l'emploi (CAE) du mouvement coopératif, qui constitue une alternative au portage transitionnel. Ce type de contrat, du coup, apporterait

¹³⁴ En montagne comme à la mer où certaines activités sont exercées en tant que salariés, et d'autres non (moniteurs de ski et autres encadrants sportifs, soins à la personne...),

¹³⁵ Non réductible aux cas de recours et durée des contrats à durée déterminée, cette catégorie juridique pourrait être conçue pour répondre transversalement à une variété de situations [en référence à l'accord des partenaires sociaux qui se sont accordé le 6 juin 2011 sur la mise en place d'un *contrat de travail de sécurisation professionnelle*, issu de la fusion de la CRP (convention de reclassement personnalisé) et du CTP (contrat de transition professionnel) et au débat parlementaire en cours sur l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels]

¹³⁶ Par ailleurs, ce plafond de durée de 3 ans est celui retenu dans le cadre du contrat d'appui au projet d'entreprise - CAPE (voir *infra*)

une réponse à leurs difficultés à mobiliser de façon sécurisée un contrat de travail des porteurs de projets ;

- par les couveuses, pépinières et autres dispositifs d'accompagnement de porteurs de projets de création d'activité, en alternative au CAPE ;
- de même, le champ d'activité des entreprises de travail temporaire pourrait être élargi à la mise en œuvre de ce contrat de travail *sui generis*, en cohérence avec le fait qu'elles sont déjà autorisées à exercer le placement privé (art L. 1251-4, 1 et L. 5323-1 du code du travail), ainsi que l'activité d'entreprise de travail à temps partagé (L. 1251-4, 2° et s). Pour autant, les négociateurs sociaux de l'accord du 24 juin 2010 s'étant accordés sur l'activité exclusive des entreprises effectuant du portage, il y aurait obligation pour les entreprises de travail temporaire à créer une filiale spécialisée.

2.4.2.2. Les prestations d'accompagnement et articulation avec le service public de l'emploi

[110] Les structures de portage salarial transitionnel, en permettant de tester et développer un projet, sont complémentaires des démarches traditionnellement développées par les acteurs de la création d'entreprise (chambres consulaires, boutiques de gestion...) Il s'agit d'un savoir-faire précieux qui pourrait utilement compléter les dispositifs existants de type couveuses, pépinières d'activité, et autres incubateurs... Dans la perspective de concourir au développement des créations d'activités, des nouvelles formes d'emploi ainsi que de la culture de l'entrepreneuriat, les entreprises de portage salarial devraient systématiser¹³⁷ et optimiser leurs offres de services d'accompagnement des porteurs de projets et des seniors en transition.

[111] Cette offre de service devrait elle-même être articulée avec le service public de l'emploi sous forme notamment de conventionnement avec Pôle Emploi. Ce faisant, le conventionnement répondrait aux dispositions de l'article 13 de la convention 181 de l'OIT concernant la coopération entre le service public de l'emploi et les agences d'emploi privées dont font partie les entreprises de portage salarial. Bien entendu, les modalités de financement de ces dernières devraient être rendues compatibles avec l'article 7 de cette même convention. A cet égard, l'articulation du portage salarial transitionnel avec la politique de l'emploi pourrait comporter, pour ceux des portés inscrits comme demandeurs d'emploi, une contribution conventionnelle de Pôle Emploi à la rémunération de l'accompagnement de leurs projets.

Recommandation n°7 : Consolider le portage salarial en tant que dispositif d'accompagnement transitionnel des porteurs de projets. La sécurisation de cette fonction nécessite de définir un contrat de travail transitionnel, en garantissant sa libre mobilisation par une variété de structures, dont les entreprises de portage salarial.

¹³⁷ Mais non pas de façon optionnelle comme indiqué dans l'article 1.2.2. de l'accord « (l'entreprise de portage) **peut** proposer des prestations d'accompagnement liées à l'exercice de l'activité du salarié porté et à la réalisation de son projet professionnel », l'accord ne prévoyant (curieusement) cette obligation d'accompagnement qu'en cas de contrat à durée indéterminée (article 2.1.2.)

2.5. La sécurisation du portage pour les activités pérennes réclame d'approfondir plusieurs options

[112] Au-delà de la définition et de la stabilisation de ses fonctions transitionnelles, doit aussi être posée la question de la sécurisation des activités pérennes recourant au portage. Le manque de données socio-économiques sur la réalité de ses contours¹³⁸ ne permet pas de documenter quel est ce besoin de portage pérenne, mais les rares informations existantes montrent que la fonction transitionnelle ne concerne en réalité qu'une partie de l'activité des entreprises de portage, et que bon nombre de portés s'installent durablement dans cette situation. A titre d'illustration, l'étude flash précitée¹³⁹ de la mission a montré que plus d'un tiers des portés le sont depuis plus de 3 ans et constituent à ce titre une majorité relative des réponses.

2.5.1. Le préalable d'une organisation sécurisée de la relation triangulaire dans le portage pérenne

[113] Pour autant que le portage pérenne réponde à des besoins socio-économiques dans l'économie post industrielle (ce que la future étude d'impact devra éclairer), il reste que des conditions sûres d'organisation de la relation triangulaire en mode pérenne doivent répondre aux risques intrinsèques de cette forme d'activité qu'a recensés la mission.

[114] De même qu'il a été exposé (*supra*) combien la cohérence interne du portage transitionnel suppose qu'une obligation légale pèse sur l'employeur de mettre en œuvre des services d'accompagnement du salarié porté dans la réalisation de son projet, de même et *a fortiori* s'agissant du portage pérenne, il y a nécessité que l'organisation de la relation triangulaire soit précisée et rééquilibrée.

- Dans la relation ternaire entre le professionnel autonome négociateur et réalisateur de missions chez ses clients, l'apport spécifique de l'entreprise de portage peut-il se borner à de la gestion administrative ? En quoi consiste sa valeur ajoutée dans les moyens logistiques et organisationnels de la prospection ? Quelle part de risque économique assume-t-elle si les risques de la prospection et des intermissions ne sont respectivement assumés que par le porté et par l'assurance chômage ?
- Hors les apports spécifiques du portage transitionnel, quelle est la légitimité du portage pérenne concernant les activités réglementées ? L'exemple du secteur de la culture montre que les prestations de cette entreprise ne lui permettent pas de satisfaire à l'obligation de la licence d'entrepreneur du spectacle vivant...
- L'organisation de « l'ensemble des relations contractuelles » constitutives du portage reste à compléter pour sortir du flou actuel entourant tout particulièrement les phases en amont du contrat commercial entre l'entreprise de portage et l'entreprise cliente, les droits extra salariaux des portés sur leur clientèle, les contradictions entre les responsabilités respectives du porté (obligation de moyens) et celle de l'entreprise de portage en tant que contractante d'une prestation de service (obligation de résultat)...
- Quelle validité du modèle organisationnel du portage pérenne, avec quelles garanties pour prévenir des préjudices récurrents subis par des portés ou par d'autres types d'entreprises prestataires concurrencées par des frais fixes minimisés et l'éviction de règles applicables selon la variété des relations du travail, et par suite avec l'exposition y compris des entreprises clientes aux risques du délit de marchandage ?

¹³⁸ La confédération Force Ouvrière, seule organisation ayant refusé de signer l'accord du 24 juin 2010, a déclaré à la mission avoir demandé, en vain, que le portage salarial fasse l'objet d'une étude par la DARES

¹³⁹ Voir *supra*, § 31 et la fiche technique n° 4 récapitulative de données socio-économiques

- Quelle validité du modèle organisationnel du portage pérenne vis à vis des systèmes de protection sociale s'il génère pour l'assurance chômage une activité potentiellement coûteuse non cadrée, s'il ignore le droit de la sécurité sociale en matière de cotisations sociales patronales « à peine de nullité de toute convention contraire » ?

[115] La consolidation du portage en mode pérenne n'est donc envisageable que pour autant qu'une réorganisation équilibrée des relations établisse une utilité économique avérée, nullement réductible au viatique d'un accès à la protection sociale pour les portés. Cette dernière devrait alors impérativement présenter une valeur ajoutée. A défaut, derrière le rappel publicitaire déjà systématique d'un accès au régime d'assurance chômage et au régime général d'assurance maladie, le portage pérenne se réduirait à un simple affacturage¹⁴⁰.

[116] Au delà, un choix s'imposera entre deux voies : soit l'étape post transitionnelle se prolongera dans un mode salarial via un contrat de travail *sui generis*, ce qui constitue l'option basse de l'alternative retenue par la mission ; soit la pérennisation du portage prendra prioritairement en compte le fait que les portés sont avant tout des indépendants ayant besoin de services spécifiques, ce qui fonde l'option haute de l'alternative.

2.5.2. Une option a minima où le « régime du salariat » est obtenu via un contrat de travail

2.5.2.1. Au delà d'une phase transitionnelle, la sécurisation sous statut salarial du portage présente des risques majeurs

[117] Ces risques sont d'une part une incohérence d'ordre économique, et d'autre part une possible déstabilisation d'ensemble du code du travail.

[118] Au plan économique, dès lors que le portage salarial est consolidé comme forme d'intermédiation et d'accompagnement transitionnel, pour une durée limitée de porteurs de projets, le risque de perturbation économique par une pérennisation en mode salarial du portage apparaît immédiatement. Cette pérennisation sous contrat de travail deviendrait une nouvelle forme d'activité et « cannibaliserait » toute autre point de sortie sous forme indépendante des porteurs de projets en phase transitionnelle. Autant la stratégie globale de développer en France une culture de l'entrepreneuriat nécessite des formes d'accompagnement et d'appui aux porteurs de projets – dont assurément le portage salarial transitionnel- autant pérenniser sous forme salariale le portage serait, à cet égard, contre-productif.

[119] Au plan juridique, il y a également de graves inconvénients à pérenniser le portage sous statut de salarié. Il en résulte un risque collatéral et systémique de dénaturation du contrat de travail qui, par construction, est l'élément principal permettant de déterminer le champ d'application du droit du travail. Celui-ci a pour vocation principale de protéger les travailleurs en situation de réelle subordination juridique vis à vis d'un employeur procurant le travail et qui en contrôle l'exécution au titre de son pouvoir de direction et de sanction...

¹⁴⁰ C'est en de tels termes que le SYNTEC (fédération des syndicats de sociétés d'ingénierie, de services informatiques, d'études et de conseils, de formation professionnelle) décrit le portage salarial dans une note (p. 2) exprimant sa position négative sur le projet d'expérimentation du portage salarial dans le cadre du plan sénior

[120] La mission estime que l'objectif de sécuriser le portage salarial pérenne ne saurait justifier de prendre un risque inconsidéré de dérégulation d'ensemble des relations du travail. Comme l'écrivent d'éminents juristes, en forme de mise en garde : « *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... 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.*¹⁴¹ » C'est cette obligation fondamentale, fondatrice même, qu'a rappelée la cour de cassation par ses arrêts précités de février 2010¹⁴² et qu'avait pointée antérieurement un expert alarmé du droit social : « *C'est là le socle du contrat, la pointe de la toupie, les autres obligations croisées viennent après*¹⁴³ ».

2.5.2.2. Dès lors, le législateur devrait définir, en le limitant, le recours à un contrat de travail *sui generis*

[121] Si néanmoins le choix devait être fait de pérenniser le portage par un accès au « régime du salariat » *via* un contrat de travail, cela nécessiterait que le législateur le détermine formellement.

[122] La qualification de contrat de travail résulte habituellement de la reconnaissance d'un lien de subordination entre les parties, sous le contrôle du juge judiciaire. Pour autant, au fil du temps et concernant certaines situations de travail, le législateur a procédé à des adaptations de cette qualification en faisant peser des « *présomptions de salariat* » qui rendent les personnes concernées « salariées par détermination de la loi ». Ces formes hétérogènes sont rassemblées dans la septième partie du code du travail intitulée « *Dispositions particulières à certaines professions et activités* »¹⁴⁴

[123] Dans l'hypothèse d'une pérennisation du portage salarial par un contrat de travail, et afin de prévenir le risque exposé ci dessus de déstabilisation du code du travail, la mission préconise que le législateur procède en créant une catégorie *sui generis* et spécifique s'ajoutant à cette partie 7 du code du travail. A cette fin, il y a lieu :

- de reprendre telle quelle la formulation (ancienne, mais en l'espèce parfaitement adaptée) énoncée à l'article L 7412-1 concernant les travailleurs à domicile¹⁴⁵, afin de préciser pour ce contrat *sui generis* du travailleur porté qu'« *il n'y a pas lieu de rechercher s'il existe entre lui et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique* » (sous la seule réserve des dispositions de l'article L 8221-6 du code du travail) ;
- lorsque ce contrat est conclu à durée déterminée ou pour un objet défini, d'instaurer des motifs de recours et des durées spécifiques, en articulant les mentions du contrat commercial liant en amont les deux entreprises et celles en aval du contrat de travail ;
- s'agissant de la protection sociale, de préciser que les charges sociales patronales, dans une répartition plus cohérente aux prises de risques respectives et à l'état du droit, sont incluses dans la globalité des charges de structure, frais de gestion et marge de la structure employeur facturées aux clients...

¹⁴¹ Actes du Colloque : « Les nouveaux défis du contrat de travail », Institut du travail de Bordeaux, 18 mars 2011 « le contrat de travail au défi du portage salarial », Lise Casaux-Labrunée

¹⁴² Voir fiche technique n° 2 « le contrat de travail et les entreprises de portage salarial »

¹⁴³ « Le roi est nu », Jean-Jacques Dupeyroux, Droit Social 2007, p 82

¹⁴⁴ Sont ainsi présumés bénéficier d'un contrat de travail des professionnels disposant d'une large autonomie dans l'exercice de leur métier : journalistes professionnels, artistes du spectacle, VRP, travailleurs à domicile...

¹⁴⁵ Les travailleurs portés sont de fait assimilables à de nouveaux « travailleurs à domicile », puisque leur employeur ne les héberge jamais, de sorte que leur activité s'exerce pour partie dans leurs locaux personnels, y compris via la technique du télétravail, et pour partie chez les clients.

2.5.2.3. L'équité commande d'ouvrir l'activité de portage salarial

- [124] Comme expliqué *supra*, le succès du portage salarial provient largement de la facilité d'accès à la protection sociale qu'il procure aux portés, en recourant au vecteur d'un contrat de travail ; objectif et modalité que l'on retrouve dans les coopératives d'activités et d'emplois (CAE) dans le cadre des SCOP, tandis que le CAPE fonctionne hors contrat de travail. Les questions qui en résultent quant à la pertinence et limites de ce vecteur ou quant aux caractéristiques dudit contrat de travail doivent en conséquence déboucher sur des réponses qu'il est impératif d'harmoniser.
- [125] Aussi, par symétrie à la proposition faite s'agissant du portage salarial transitionnel (cf. point 2.4.1.), la mission préconise que la création par le législateur d'un tel contrat de travail *sui generis* permettant de pérenniser le portage salarial soit mobilisable par un ensemble de structures (à but lucratif, de forme associative ou coopérative), relevant de divers dispositifs et donc en particulier :
- par les entreprises de portage salarial déclarées auprès de l'autorité administrative,
 - mais aussi par celles des coopératives d'accès à l'emploi (CAE) du mouvement coopératif, qui constitue une alternative au portage pérenne ; ce type de contrat du coup apporterait réponse à leurs difficultés à mobiliser en sécurité un contrat de travail des coopérateurs « entrepreneurs salariés » ;
 - de même, le champ d'activité des entreprises de travail temporaire pourrait être élargi à la mise en œuvre de ce contrat de travail *sui generis*, en cohérence avec le fait qu'elles sont déjà autorisées à exercer le placement privé (art L. 1251-4, 1 et L. 5323-1 du code du travail), ainsi que l'activité d'entreprises de travail à temps partagé (L. 1251-4, 2° et s) ; pour autant, les négociateurs sociaux de l'accord du 24 juin 2010 s'étant accordés sur l'activité exclusive des entreprises effectuant du portage, il y aurait lieu pour les entreprises de travail temporaire à créer une filiale spécialisée.

Recommandation n°8 : Dans l'hypothèse de sécurisation du portage en mode pérenne par accès au régime du salariat via un contrat de travail, il convient de créer un contrat de travail *sui generis* s'ajoutant à la liste des dispositions particulières énumérées à la partie 7 du code du travail. Ouvrir son recours à une variété de structures, dont les entreprises de portage salarial déclarées.

2.5.3. Une option proactive où le « régime du salariat » est obtenu hors contrat de travail

- [126] Au fil de ses investigations, et en cohérence avec le rapport Supiot précité qui en son temps avait déjà dressé le constat d'une inversion de tendance¹⁴⁶, la mission a mesuré que, dans le contexte de bouleversement général du travail avec développement de formes d'emploi ou d'activité alliant autonomie et subordination économique (avec notamment l'essor et les limites de l'auto-entrepreneuriat), la relation de portage présente des atouts pour favoriser le développement d'activités.

¹⁴⁶ Alors que jusqu'aux années 80, à la fois pour protéger les travailleurs et garantir l'assiette des cotisations de sécurité sociale, la loi et la jurisprudence avaient adopté une conception extensive du contrat de travail salarié, rendant plus difficile le travail indépendant, on assiste désormais dans plusieurs pays européens au recul des présomptions de salariat, et à un effort pour donner un cadre juridique au travail réellement indépendant. (Jurisprudence en Espagne faisant une certaine place à la volonté des parties si cohérente avec éléments de fait ; cour fédérale Allemande reconnaissant au chef d'entreprise de se réorganiser en recourant au travail indépendant plutôt qu'au travail salarié ; loi Madelin en France du 11 février 1994 instituant une présomption (simple) de non-salariat des personnes immatriculées à la sécurité sociale en tant qu'indépendantes).

[127] Sécuriser le portage pérenne par un accès au régime du salariat hors contrat de travail écarte le risque d'incohérence économique vis-à-vis du portage transitionnel, tel qu'évoqué *supra* (point 2.5.1.1.), c'est pourquoi la mission privilégie cette option, estimant clairement donc que l'objectif de stabilisation du portage en mode pérenne nécessite un changement de paradigme en sortant de la dichotomie salariat/travail indépendant.

[128] Aux termes de l'article L. 8221-6-1 du code du travail, « *Est présumé travailleur indépendant celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre* ». Le portage étant à la base une technique d'organisation permettant ou bien de transformer un indépendant en salarié (selon les termes choisis par les partenaires sociaux), ou bien de lui donner accès au régime du salariat (selon les termes retenus par le législateur), sa pérennisation oblige, à rebours, à réinterroger les conditions du travail indépendant et l'effet des services environnants sur son développement.

2.5.3.1. La sécurisation du portage pérenne est possible en lui adaptant des dispositifs existants d'accès au régime du salariat hors contrat de travail

[129] Le législateur peut d'autant plus décider, hors contrat de travail *sui generis*, de sécuriser la garantie du régime du salariat à des professionnels choisissant de demeurer en situation de portage pérenne que de telles modalités existent. Il est avéré que cela est techniquement réalisable, comme l'illustrent respectivement l'expérience du Contrat d'Appui au Projet d'Entreprise (CAPE), ainsi que le régime de gérants non salariés de succursales.

[130] Le Contrat d'Appui au Projet de création ou de reprise d'Entreprise (CAPE) est un contrat *sui generis* prévu au code de commerce¹⁴⁷ qui définit le cadre d'exercice d'une fonction d'appui dispensée à un porteur de projet d'activité économique, pendant une durée limitée de un à 3 ans maximum. La situation sociale et professionnelle du titulaire du contrat d'appui résulte d'un renvoi du code de commerce vers le code du travail¹⁴⁸, dont l'article L. 5142-1 précise que « *La personne physique visée à l'article L. 127-1 du code de commerce bénéficie des dispositions des titres III et IV du livre II et du titre V du livre III du présent code relatives aux travailleurs privés d'emploi, ainsi que des dispositions du code de la sécurité sociale prévues aux articles L. 311-3 et L. 412-8* ». Il s'en suit que la personne ayant contracté un CAPE bénéficie notamment du régime général de sécurité sociale (y compris au titre des accidents du travail) ainsi que du régime d'assurance chômage. Sans recours à un contrat de travail, le CAPE peut constituer une réponse, au moins partielle, aux questions auxquelles le portage salarial prétend répondre, à savoir garantir un statut social protecteur et un appui à la consolidation de l'activité et de l'emploi de personnes ayant une autonomie dans l'exercice de leur activité. Il ne constitue certes pas un cadre pérenne pour l'exercice du travail indépendant à la mission (puisque son objet est un appui transitionnel), mais il montre une voie qui pourrait être empruntée et prolongée pour articuler de façon pérenne, sur un mode assurantiel, l'exercice d'une activité indépendante et le bénéfice d'une protection sociale.

¹⁴⁷Articles L. 127-7 et suivants du Code de commerce, issus de la loi n° 2003-721 pour l'initiative économique du 1er août 2003 : « L'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'une activité économique est défini par un contrat par lequel une personne morale s'oblige à fournir, par les moyens dont elle dispose, une aide particulière et continue à une personne physique, non salariée à temps complet, qui s'engage à suivre un programme de préparation à la création ou à la reprise et à la gestion d'une activité économique. Ce contrat peut aussi être conclu entre une personne morale et le dirigeant associé unique d'une personne morale. »

¹⁴⁸Articles L. 5142-1 et suivant du code du travail ;

[131] Dans la même perspective, le livre III de la partie 7 du code du travail a retenu l'attention de la mission. Tandis que le titre 1 concerne les VRP (voyageurs, représentants et placiers) qui eux bénéficient « classiquement » par disposition de la loi d'une présomption de contrat de travail¹⁴⁹, en revanche le titre 2 consacré aux gérants de succursales¹⁵⁰ organise hors contrat de travail une articulation entre exercice d'une activité présentant une certaine indépendance et bénéficie de certaines dispositions du régime du salariat. A ces gérants, bien qu'en situation d'employeurs à l'égard des salariés placés sous leur autorité, sont applicables notamment les dispositions du code du travail concernant les négociations collectives et la santé et sécurité du travail. Ce même titre consacre un chapitre aux « gérants non salariés des succursales de commerce de détail alimentaire¹⁵¹ » et parachève la démonstration selon laquelle existe dans l'ordre juridique un dispositif pérenne de mise en œuvre de certains éléments de la protection sociale à des non salariés, c'est à dire hors contrat de travail. Bien entendu, il s'agit d'un cadre, restant à définir les modalités assurantielles de l'accès aux dits éléments de la protection sociale.

2.5.3.2. Les plateformes de services des entreprises de portage présentent un intérêt global pour les indépendants

[132] La valeur ajoutée de ces plateformes de services avait été étudiée en 2005 et 2006 dans l'étude transversale déjà citée (*supra*, point 1.2.1.1.) commanditée par la DGEFP et la DGT. Une des annexes y avait été consacrée et indiquait que « *l'intérêt de plates-formes de services destinées aux travailleurs indépendants, spécialement aux « solos » et aux dirigeants de petites entreprises, paraît grand, aussi bien pour les travailleurs eux-mêmes que pour leurs clients*¹⁵². ».

[133] Développée dans la fiche technique n°3, l'apport de ces plateformes se décline schématiquement en termes :

- d'aide à la gestion de l'activité indépendante,
- d'aide au développement de l'activité,
- de divers services de conseil.

[134] Certains des services évoqués ici sont déjà proposés par des structures ou entreprises spécialisées dans tel ou domaine (experts comptables et centres de gestion, société de domiciliation...), mais l'offre est en revanche partielle, éclatée. Dans le cadre d'une sécurisation du portage pérenne, et à la faveur de l'abandon de la fiction du contrat de travail faute de subordination s'agissant de professionnels indépendants¹⁵³, se pose la question d'un redéploiement de certaines fonctions vers des prestations de services choisies par des indépendants *solos* et pour les entreprises de portage, celle d'une amplification de leur activité économique propre. Or les services développés par certaines des entreprises de portage salarial que la mission a rencontrées induisent l'opportunité d'encourager la création de structures susceptibles de rendre l'ensemble de ces services à un public élargi de « petits travailleurs indépendants », ou de « *professionnels autonomes* » ce qui serait une nouvelle façon de soutenir le développement d'activité, et aussi de lutter contre sa dissimulation. De telles plateformes pourraient utilement constituer un point d'appui pour l'essor récent des auto-entrepreneurs, mais aussi apporter une réponse aux limites et fragilités de ce développement non stabilisé...

¹⁴⁹ Cette présomption résulte de l'article L 7313-1

¹⁵⁰ Article L 7321-1 et suivants du code du travail. Maître Kessler, dans son étude précitée pour l'UNEDIC (voir note 118) évoque lui aussi notamment cette voie des gérants non salariés

¹⁵¹ Article L 7322-1 et suivants du code du travail

¹⁵² Annexe 6, « *L'intérêt des plateformes de services pour les indépendants* » Jean Yves Kerbourc'h

¹⁵³ Par delà les phases transitionnelles, 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...

- [135] Ainsi, le travailleur indépendant solitaire ignore souvent l'état du marché dans lequel il déploie son activité, la plate-forme pourrait donc proposer des services en ce sens, aider à traiter des difficultés qui ne relèvent pas de son champ de compétences, ou même des difficultés d'ordre juridique concernant sa propre activité (par exemple, la gestion de la propriété intellectuelle), des difficultés dans la relation clientèle (rédaction des contrats de prestation de services, élaboration des devis, gestion des contentieux...). Ces structures pourraient même être reconnues comme des « tiers de confiance » auxquels certaines administrations pourraient confier le soin d'accomplir certaines formalités en lieu et place du travailleur indépendant.

2.5.3.3. Envisager l'intérim d'indépendants ?

- [136] Cette piste n'a pas été documentée par la mission, mais elle doit néanmoins être posée, d'une part en symétrie à l'ouverture proposée dans le cadre du portage transitionnel (§ 103), d'autre part en alternative à la création d'un motif spécifique de recours évoqué *supra* pour le portage pérenne via un contrat de travail *sui generis* (§ 116).

Recommandation n°9 : Réaliser la sécurisation du portage pérenne par transposition de dispositifs existants d'accès au régime du salariat hors contrat de travail. Favoriser le déploiement de services support à disposition des professionnels autonomes.

CONCLUSION

- [137] 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.
- [138] Le portage transitionnel fait aisément consensus. En revanche un vrai choix stratégique s'offre demain aux partenaires sociaux dans le processus les associant au législateur pour la sécurisation conditionnelle du portage pérenne : soit par la création d'un contrat de travail *sui generis*, soit en créant une modalité d'accès à la protection sociale du régime du salariat aux professionnels autonomes, dont l'indépendance juridique indéniable est cependant bornée par une sujétion économique comme l'a montré le rapport Antonmатеi et Sciberras¹⁵⁴.
- [139] Plusieurs pays européens se sont engagés au cours des dernières années dans la construction d'une voie intermédiaire : une synthèse de ces approches figure la fiche n°6. Le rapport précité aurait pu explorer le portage salarial sous l'angle de la protection sociale et apporter une aide à la négociation ; le choix fut d'évacuer le sujet au motif que les négociations collectives conduites par le PRISME étaient en cours...
- [140] Mais en France jusqu'à présent au cours des négociations sociales, les organisations syndicales ont refusé de négocier sur la sphère des indépendants, estimant que le sujet relève du seul domaine de la loi.
- [141] On peut cependant relever, comme éléments pouvant inciter à faire évoluer cette position :
- qu'avec le rapprochement du RSI du régime général, ce qui fait défaut pour les indépendants « solos », ce sont d'une part l'absence d'assurance de perte de revenus et d'autre part l'absence d'indemnités journalières et du régime « accident du travail » ;
 - que dans le secteur agricole, le régime de gestion est le même pour les employeurs et pour les salariés ;
 - que l'exemple de la profession des agents généraux des assurances montre qu'il est néanmoins possible d'organiser des négociations collectives concernant des agents économiques non salariés.

¹⁵⁴ « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », novembre 2008

- [142] Pour autant, demeure non traitée la question de l'articulation d'une protection sociale appropriée aux conditions d'activité d'une économie post industrielle. La mission pour sa part estime souhaitable de sortir de l'ambiguïté que constituerait le portage pérenne via contrat de travail, en tant qu'il offre la commodité mais aussi les limites d'une réponse par défaut, sans sortir du clivage français entre salarié et indépendant.
- [143] Cette réponse par défaut comporte les risques d'une instrumentalisation du droit du travail et, à travers elle, d'un déséquilibre croissant dans la gestion des protections sociales. Bien au contraire par leur importance, ces sujets justifient un débat dont il est aisé de deviner à la fois les difficultés et l'inéluctabilité puisque l'évolution des formes d'organisation économique a fait qu'une zone médiane se développe entre salariés et indépendants, mais aussi que les questions de sécurisation des parcours professionnels discontinus d'un nombre croissant de personnes ont acquis une importance majeure.
- [144] A l'évidence, les difficultés rencontrées dans la sécurisation du portage trouvent aussi leur origine dans des contraintes institutionnelles qui dépassent de beaucoup le champ de la mission.

Christian LENOIR

François SCHECHTER

Tableau synoptique des préconisations

La sécurisation du portage salarial LES RECOMMANDATIONS TRANSVERSALES

Recommandation n°1

Par application du principe d'égalité de traitement, le portage salarial doit rester ouvert à tout professionnel pour autant qu'il dispose d'un niveau d'expertise technique dans son domaine et d'une aptitude avérée à la négociation avec les clients.

Recommandation n°2

Au vu de l'ensemble des éléments expertisés et des risques sérieux de contentieux qui s'en suivent, la mission recommande que l'accord du 24 juin 2010 ne soit ni étendu ni amendé.

Recommandation n°3

Pour le processus de sécurisation du portage salarial, la mission préconise une réinitialisation d'un cycle législatif, avec consultation des partenaires sociaux au niveau interprofessionnel, et association des organisations représentant le champ directement concerné.

LES RECOMMANDATIONS PAR SEQUENCES

automne 2011	<u>Recommandation n°4</u> La mission recommande d'instaurer au plus vite par voie législative pour toute entreprise souhaitant pratiquer la technique de portage salarial, une obligation d'activité exclusive avec justification d'une garantie financière, et d'organiser une traçabilité de l'activité via l'impératif d'une déclaration préalable auprès des pouvoirs publics assortie d'un code APE spécifique.	<u>Recommandation n°5</u> A titre transitoire, la mission suggère que le bureau de l'UNEDIC organise un traitement incitatif des dossiers de demande d'indemnisation émanant de celles des entreprises qui auront déclaré faire une application volontaire des clauses des articles 1.2.1. et 13 de l'accord du 24 juin 2010.
année 2012	<u>Recommandation n°6</u> Eclairer la réflexion des décideurs à la lumière des données statistiques nourrissant l'étude d'impact et de quelques principes directeurs pour structurer les futures orientations	
début 2013	<u>Recommandation n°7</u> Consolider le portage salarial en tant que dispositif d'accompagnement transitionnel des porteurs de projets. La sécurisation de cette fonction nécessite de définir un contrat de travail transitionnel, en garantissant sa libre mobilisation par une variété de structures, dont les entreprises de portage salarial.	Et, s'il est décidé de consolider le portage en mode pérenne, choisir entre ces 2 alternatives : <u>Recommandation n°9 (option proactive)</u> Réaliser la sécurisation du portage pérenne par transposition de dispositifs existants d'accès au régime du salariat hors contrat de travail. Favoriser le déploiement de services support à disposition des professionnels autonomes. <u>Recommandation n°8 (option a minima)</u> Dans l'hypothèse de sécurisation du portage en mode pérenne par régime du salariat via un contrat de travail, il convient de créer un contrat de travail <i>sui generis</i> s'ajoutant à la liste des dispositions particulières énumérées à la partie 7 du code du travail. Ouvrir son recours à une variété de structures, dont les entreprises de portage salarial déclarées.

Lettre de mission



MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE LA SOLIDARITÉ ET DE LA FONCTION PUBLIQUE

LE MINISTRE

Nos Réf. : FM/MRD 10016860

Paris, le

3 NOV. 2010

Le Ministre

à

Monsieur Christian LENOIR
Inspecteur général des affaires sociales
Tour Mirabeau
39-43, Quai André Citroën
75015 PARIS

Le portage salarial constitue une forme d'emploi innovante qui repose sur la recherche par une personne tout à la fois d'une autonomie dans la mission qu'elle exerce et d'une sécurité dans des caractéristiques du statut de salarié qu'une entreprise de portage vise à lui garantir.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a confié à la branche du travail temporaire le soin d'organiser, par accord collectif étendu, cette relation triangulaire de travail, en garantissant au porté le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que de son apport de clientèle.

La loi du 25 juin 2008 a donné force obligatoire à certaines des dispositions de l'accord en intégrant par exemple dans le code du travail une définition du portage qui est désormais « 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. ».

Elle a confirmé de fait le mandat donné à la branche du travail temporaire de négocier un accord collectif, en consultant les fédérations représentant les entreprises de portage, dans un délai de 2 ans.

Un accord sur le portage salarial a finalement été signé le 24 juin 2010 par le PRISME et trois organisations syndicales, la CFE CGC, la CFDT et la CFTC.

L'accord stipule que son entrée en vigueur est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application.

Il est donc nécessaire d'analyser précisément quel est l'ensemble des actes qui sont indispensables à l'entrée en vigueur de l'accord. Vous procéderez donc dans un premier temps à cette étude et formulerez des propositions à la fois sur le fond et sur la méthode pour élaborer ces actes et les mettre en œuvre.

... / ...

- 2 -

Par ailleurs des réserves sont formulées sur le contenu de l'accord, notamment de la part d'organisations regroupant des entreprises de portage. Vous analyserez la situation et formulerez dans ce contexte d'éventuelles propositions compte tenu notamment de la compatibilité des activités de portage existantes et des cadres légaux, réglementaires et conventionnels actuels.

De plus, cette étude devra s'inscrire dans une réflexion plus large sur le portage, les éventuelles autres formes d'emploi existantes marquées par l'autonomie du travailleur, la relation triangulaire de travail et leur lien avec une politique qui allie développement de l'emploi et garanties apportées aux salariés et aux entreprises.

Vous procéderez bien évidemment à de larges consultations des partenaires sociaux et des acteurs du monde du portage mais également d'experts. Vous disposerez des services de la direction générale du travail et de la direction de l'animation, de la recherche et des études statistiques.

Je souhaite que vous me remettiez votre rapport avant la fin du mois d'avril 2011.



Eric WOERTH

Copie à : Monsieur Pierre BOISSIER, Chef de l'IGAS

Liste des personnes rencontrées

Direction Générale du travail/ DGT :

Jean-Denis COMBREXELLE, Directeur Général du travail
Annelore COURY, sous directrice, sous direction des relations individuelles et collectives du travail.
Anne SIPP, chef du bureau relations individuelles du travail
Geneviève AMAND, juriste

Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle/DGEFP :

Françoise BENCZKOWSKI, chargée de mission, mission ingénierie de l'emploi
Laurent DUCLOS, adjoint au chef du département, département des synthèses.

Direction de l'Animation de la recherche et des statistiques DARES :

Béatrice SEDILLOT, chef de service
Philippe SCHERRER

Ministère de la Culture :

Claire LAMBOLEY, conseillère technique au cabinet du ministre
Philippe GARO, Sous-directeur de l'emploi et de la formation du spectacle vivant
Agnès TOUILLEUX, chef du bureau emploi du spectacle vivant

Conseil d'Etat :

Marie-France LEMAITRE, maitre des requêtes

Services déconcentrés :

Alain-Louis SCHMITT, directeur régional DIRECCTE Pays de la Loire
Didier BRASSART, chef du pôle Politique du travail, DIRECCTE Pays de la Loire
Hartmann TARI, chef du pôle 3 E, DIRECCTE Pays de la Loire
Michel BRENON, directeur adjoint, Pole Travail Unité Territoriale 44 DIRECCTE Pays de la Loire
Pascale EZAN-PENOT, directeur adjoint, Pole Travail Unité Territoriale 44 DIRECCTE Pays de la Loire
Daniel GALLIOU, directeur adjoint, Pole Emploi, Unité Territoriale 44 DIRECCTE Pays de la Loire
Patrick MARQUEY, directeur de l'UT du Nord-Lille, DIRECCTE du Nord Pas de Calais, en tant que président de la commission mixte de négociation collective dans le secteur du travail temporaire

UNEDIC :

Vincent DESTIVAL, Directeur Général
Jean-Pierre DOMERGUE, Directeur des affaires juridiques
Isabelle GRANGERARD-RANCE, direction des affaires juridiques

Pôle Emploi (Direction Générale) :

Mme GUEGUEN, directrice de la réglementation

Confédération CFDT :

Christian JANIN, secrétaire confédéral
Jean-Philippe GENDRAUX, CFDT/Cadres, négociateur
Mme Lucie LOURDELLE, juriste confédérale

Confédération CFTC :

Denis SIMON secrétaire national-juriste de l'UGICA/CFTC ; Président de l'observatoire paritaire du portage salarial

Confédération CFE-CGC :

Marie-Françoise LEFLON ; secrétaire nationale, négociatrice
Mathilde FRAGO, juriste en droit social (négociatrice de l'accord)
Fabrice RICHARD, juriste en droit social

Confédération Force Ouvrière :

Stéphane LARDY, secrétaire confédéral
Cristelle GILLARD, secrétariat général (négociatrice de l'accord)
Nicolas FAINTRENIE, conseiller technique (Formation professionnelle, Travail temporaire)

MEDEF :

Dominique TELLIER, Directeur Général
Elodie WARNERY, direction des relations sociales

PRISME, Syndicat des professionnels de l'intérim, des services et métiers de l'emploi :

François ROUX, délégué General
Francine GOMEZ, Présidente de la commission sociale
Dominique DELCOURT, Directrice des affaires juridiques
Isabelle LAMALLE, directrice des affaires sociales

SYNTEC, fédération des syndicats de sociétés d'ingénierie, de services informatiques, d'études et de conseils, de formation professionnelle :

Max BALENSI, délégué général

SNEPS Syndicat national des entreprises de portage salarial :

Jean-Claude VALLET, Vice président, Président de la commission sociale

Christine DEMESSE, Conseil

Maitre Bruno DIENKIEWIZ, Avocat-conseil

André MARTINIE, nouveau président du SNEPS

FeNPS : Fédération nationale des entreprises de portage salarial :

Beaudoin des COURTILS, Président

UNEPS : Union nationale des entreprises de portage spécialisées :

Josette LONDE, Présidente

Personnalité qualifiées :

Professeur Jean-Yves KERBOURCH (Université de Nantes)

Maitre Gilles BELLIER, avocat-conseil du PRISME

Emmanuel SARTORIUS, Ingénieur général des Mines (CGIET)

Laurianne ANJOLRAS, doctorante sur les emplois triangulaires (université de Montpellier)

Philippe DOLE, IGAS

Les intervenants du séminaire « Subordination juridique et dépendance économique » organisé le 31 mai 2011 par la Direction Générale du Trésor :

Professeur Paul-Henri ANTONMATEI (Université de Montpellier)

Héloïse PETIT, chercheure en économie Centre d'études de l'emploi (CEE) et université Paris I

Jean-Louis GILLET, président de la chambre sociale de la Cour de Cassation

Jacques BARTHELEMY, avocat-conseil en droit social

Entreprises de portage salarial :

François JENNY, Gérant d'ALTROS (GRENOBLE-38)

Roger VUCCINO, gérant de Rhône Alpes portage (69-LYON)

Roland BRECHOT, Directeur général d'ITG

Serge BONNET, gérant de la société Cadres en Mission

Delphine HARMEL, société Cadres en Mission, déléguée régionale Pays de la Loire

Marie-Noëlle LAURENT, société Cadres en Mission, responsable administrative et financière

Marie Laure PESSIN, travailleuse en portage salarial, société Cadres en Mission

Christine SALLE, travailleuse en portage salarial, société Cadres en Mission

Guillaume CAIROU, président de DIDAXIS Group

Marc BOISVIEUX, société DIDAXIS, délégué régional Pays de la Loire, et travailleur en portage salarial

Murielle PITOULA, travailleuse en portage salarial, société DIDAXIS,

Daniel ROLLIN, travailleur en portage salarial, société DIDAXIS,

François-Joseph VELLA, travailleur en portage salarial, société DIDAXIS

Hugues ROLLIN, travailleur en portage salarial, société DIDAXIS

Autres entreprises :

Xavier BOURRUT-LACOUTURE, directeur AGEPLA (44) « Association de gestion de l'emploi partagé » (groupement d'employeurs)

Olivier VIGOUREUX, gérant de PARTIALIS (69) entreprise de travail à temps partagé, depuis 2011 (société de portage salarial jusqu'en 2010, transformée en ETPP)

Frédéric RATOUIT, cogérant SCOP « ouvre-boite 44 » Coopérative d'activité et d'emploi (CAE) dans les métiers de services

Alain GERLING, gérant de la SCOP Baticréateurs (44), CAE dans le secteur du bâtiment

Michel ROHART, directeur de l'union régionale des SCOP de Rhône-Alpes

Anne BONNIER Cogérante de la Scop Elycoop (38), CAE généraliste

Dominique GIACOMETTI PDG de la Scop cap Services (69), CAE généraliste, et gérant de la Sarl Coopérative Coop A dom, services à domicile

Jean Jacques MAGNAN gérant de la Scop Sosltice (26), CAE généraliste

Laurence DUCROT cogérante de la Scop Cabestan (69), CAE spécialisée dans le bâtiment.

Autres organismes :

Jean-François MANCEAU, Chambre de commerce et d'industrie de Nantes-St Nazaire, Responsable Département Formation Continue Entreprises

Christine AMIAUD, Chambre de commerce et d'industrie de Nantes-St Nazaire, directrice des relations humaines

Liste des fiches techniques

Fiche technique n°1 « Mise à disposition de personnel et emploi triangulaire »

Fiche technique n°2 « Le contrat de travail et les entreprises de portage salarial »

Fiche technique n°3 « Synthèse du rapport d'étude pour le ministère du travail et de l'emploi en 2005/2006 sur l'analyse et l'évaluation des pratiques de portage salarial » (avec un focus sur l'intérêt particulier des plateformes de services)

Fiche technique n°4 « Eclairages socio-économiques sur le portage salarial » (dont l'enquête réalisée par la mission)

Fiche technique n°5 « Mieux légiférer », étude d'impact préalable

Fiche technique n°6 « Quelle protection sociale pour le travailleur économiquement dépendant ? » (avec un panorama d'exemples européens)

Fiche technique n°1 : Mise à disposition de personnel et emploi triangulaire

Quelles qualifications juridiques de l'activité des entreprises de portage salarial ?

Plan

1.	L'ENTREPRISE DE PORTAGE SALARIAL EXERCE-T-ELLE UNE ACTIVITE DE PLACEMENT ?	55
2.	L'ENTREPRISE DE PORTAGE SALARIAL REALISE-T-ELLE UNE MISE A DISPOSITION DE PERSONNEL ?.....	56
2.1.	<i>La mise à disposition est constitutive de l'objet du contrat.....</i>	<i>56</i>
2.2.	<i>Qu'en amont, il y ait apport de clientèle et que la mission fût négociée par le salarié porté est sans incidence sur l'objet du contrat.....</i>	<i>56</i>
2.3.	<i>La définition du code du travail confirme l'existence d'une relation de mise à disposition.....</i>	<i>57</i>
3.	LE PORTAGE EST-IL UNE FORME D'EMPLOI TRIANGULAIRE ?	58
4.	TABEAU RECAPITULATIF DES FORMES D'EMPLOI « TRIANGULAIRES »	58
5.	PERSPECTIVES.....	61

[145] Trois notions voisines sont couramment utilisées pour situer le portage salarial : activité de placement, mise à disposition de personnel, emploi dont la structure est de type triangulaire. Quelles sont celles qui s'appliquent valablement au portage salarial ?

1. L'ENTREPRISE DE PORTAGE SALARIAL EXERCE-T-ELLE UNE ACTIVITE DE PLACEMENT ?

[146] Aux termes de l'article L. 5321-1 du code du travail :

« L'activité de placement consiste à fournir, à titre habituel, des services visant à rapprocher les offres et les demandes d'emploi, sans que la personne assurant cette activité ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler.

La fourniture de services de placement peut être exercée à titre lucratif. Les entreprises de travail temporaire peuvent fournir des services de placement au sens du présent article. »

[147] Les entreprises de placement sont visées dans le champ d'application de la convention 181 de l'OIT dont l'article 1 §a reprend la même définition.

[148] **Cette définition ne correspond pas a priori aux pratiques de portage salarial**, dès lors que la structure de portage, en tant qu'elle conclut des contrats de travail avec les salariés portés, est partie prenante à la relation de travail.

2. L'ENTREPRISE DE PORTAGE SALARIAL REALISE-T-ELLE UNE MISE A DISPOSITION DE PERSONNEL ?

[149] Dès lors que la convention de travail est qualifiée de contrat de travail, il s'en suit que l'entreprise de portage salarial est partie aux relations de travail en tant qu'employeur, tandis que le travail est à réaliser pour le compte d'une entreprise tierce, en position de cliente. Un ensemble d'arguments permettent **d'affirmer juridiquement que les entreprises de portage salarial réalisent une mise à disposition de leurs personnels portés auprès des entreprises clientes.**

2.1. La mise à disposition est constitutive de l'objet du contrat

[150] Aux termes de l'article 1126 du code civil, « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». En droit des contrats, l'objet de l'obligation est une des conditions pour sa formation (article 1108 du code civil¹⁵⁵). Le contrat ne crée que des obligations et ce sont celles-là qui ont un objet.

[151] Les négociateurs de l'accord du 24 juin ont convenus (article 2111) que la convention de travail est un contrat de travail (avec choix possible entre plusieurs formes) lequel doit notamment mentionner, juste après « *l'identité des parties au contrat* », « *le descriptif de la prestation à réaliser par le salarié porté* ». Par suite et quelle que soit la forme du contrat de travail, il apparaît très clairement que **l'objet même du contrat** conclu entre l'entreprise de portage salarial et le porté **est la réalisation de la mission** de prestation de service convenue **chez le client**, celle-ci impliquant deux obligations synallagmatiques. Le salarié porté s'oblige à travailler pour ce client, tandis que **pour l'entreprise de portage salarial, l'obligation consiste à mettre à disposition le salarié porté** auprès du client, en tant que vecteur choisi de la réalisation. Par construction dans cette forme d'emploi, les travailleurs portés ne travaillent jamais ni pour et ni chez leur employeur, leur travail consistant toujours à effectuer des missions pour des clients : ils ne sont recrutés que ce cela, et conséquemment sont toujours mis à disposition desdits clients pour les besoins de chaque mission.

[152] Il apparaît que la réalisation de la mission est d'autant plus l'objet de ce contrat de travail, qu'il en est même **l'objet unique**, à défaut duquel le contrat manquerait de consistance, si l'on considère que l'accès à la protection sociale du salariat ne saurait être l'objet licite dudit contrat.

2.2. Qu'en amont, il y ait apport de clientèle et que la mission fût négociée par le salarié porté est sans incidence sur l'objet du contrat

[153] Se révèle inopérant l'argument tiré de ce que cette prestation à effectuer résulte d'une négociation réalisée par le travailleur porté lui-même, et non pas d'une notification par l'entreprise de portage au titre de son pouvoir de direction. Il apparaît que les modalités de la négociation de la mission n'ont en réalité pas d'effet sur l'objet du contrat de travail :

- d'une part, il existe de nombreux autres cas où des salariés génèrent tout ou partie de leur propre plan de charge de travail (commerciaux, activités de services...) : ceci n'est qu'une modalité de la relation de travail, mais elle ne change pas l'objet même du contrat ;
- d'autre part, l'ampleur de la négociation effectuée par le futur porté mérite d'être relativisée, car l'entreprise de portage salarial n'est en vérité pas si étrangère à ce que conviennent le porté et l'entreprise cliente. Les prospections de missions effectuées par le futur porté, en amont du contrat de travail, comportent la conduite de négociations dont certains des éléments, et en particulier l'utilisation de documents supports, matériels de communication, et le référentiel tarifaire sont prédéfinis à tout le moins avec l'entreprise de portage salarial, voire directement par elle. Tous ces éléments opérationnels sont spécifiés

¹⁵⁵ Article 1108 du code civil « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.* »

- dans le cadre de la convention d'adhésion qui fixe notamment les conditions de recherche et d'exécution des missions par le futur « porté » ;
- de plus, les projets de missions demeurent subordonnés à la validation par l'entreprise de portage, comme le stipule le rapport remis par F Kessler¹⁵⁶ qui résume ainsi le processus :
 - « l'intervenant qui a trouvé une mission et négocié celle-ci en termes de durée, de contenu et de montant de facturation s'adresse alors à une entreprise de portage salarial
 - « celle-ci valide avec le « porté » la mission et la solvabilité du client
 - « l'entreprise de portage salarial fait parvenir au client du « porté » un document contractuel (contrat de prestation, bon de commande) afin d'obtenir la validation du client final
 - « dès réception du contrat validé et signé par le client, la mission du « porté » peut alors débuter
 - « l'entreprise de portage déclare l'intervenant en tant que salarié par une DUE et conclut un contrat de travail avec celui-ci ; l'intervenant devient « porté » sous le régime du salariat ».
 - Enfin, différents facteurs aboutissent à relativiser l'affirmation récurrente selon laquelle « le salarié porté assure la prospection de ses clients » qui dans les faits n'est pas aussi exclusive. S'agissant des appels d'offres des collectivités publiques ou entreprises, la mission a constaté au cours de ses investigations que dans la pratique, les réponses sont effectuées non pas individuellement et chacun en son nom propre par les prestataires portés, mais directement par leur entreprise de portage salarial. De même, la diversification des techniques de prospection mobilise, au-delà des initiatives et postures individuelles, des moyens logistiques et organisationnels des entreprises de portage qui interagissent avec l'implication des portés, sous forme par exemple d'animation de fonctionnement en réseaux thématiques, d'ateliers et séminaires pro-actifs de formation-action, de financement et animation de stands dans divers salons professionnels, etc...
 - la mission a aussi constaté que le développement du portage salarial s'effectue y compris dans des activités réglementées : l'entreprise de portage, ou telle société spécialisée au sein d'un groupe, dispose des habilitations ou enregistrements administratifs requis (par exemple s'agissant d'organismes de formation, de centre de bilan professionnel et de compétences, de la carte professionnelle immobilière, du référencement au titre de conseiller en investissements financiers...), ces référencements servant de sésame juridique et de clé d'entrée aux salariés portés.
 - **Au total, la mission en conclut qu'en pratique la détection, puis la négociation de missions nouvelles ne repose pas exclusivement et individuellement sur les portés.**

2.3. La définition du code du travail confirme l'existence d'une relation de mise à disposition

[154] L'article L. 1251-64 du code du travail reconnaissant le portage salarial est placé dans le titre 5 du livre II dudit code, intitulé « *contrat de travail temporaire et autres contrats de mise à disposition* », ce qui qualifie nécessairement le portage salarial.

¹⁵⁶ Rapport remis en mai 2011 au Directeur Général de l'UNEDIC.

- [155] Au total c'est pourquoi, la mission récuse l'acceptation abusivement restrictive de la notion de mise à disposition telle qu'énoncée à l'alinéa 5 du préambule de l'accord du 24 juin 2010 « *dès lors qu'il est établi que le salarié n'a pas été apporteur de la prestation faisant l'objet du contrat de travail en portage salarial et que l'entreprise de portage salarial a effectué en réalité une mise à disposition auprès de l'entreprise cliente* »... Bien au contraire, il apparaît, quel que soit le processus de détection des nouvelles missions puis de leur négociation, que les parties conviennent de recourir à un contrat de travail dont l'objet est toujours la réalisation de ces missions, générant l'obligation contractuelle pour l'employeur de mettre à disposition du client son salarié porté.
- [156] Il apparaît clairement que les entreprises de placement salarial satisfont en tous points à la définition énoncée à l'article 1 §b de la convention 181 de l'OIT qui visent toutes les entreprises dont les services consistent « *à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale, (...) désignée comme « l'entreprise utilisatrice » qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution.* »

3. LE PORTAGE EST-IL UNE FORME D'EMPLOI TRIANGULAIRE ?

- [157] Corollaire de l'activité de mise à disposition de personnel qu'exercent les entreprises de portage salarial, l'emploi généré est assurément de type triangulaire. Celui-ci se caractérise toujours par un mécanisme de mise à disposition où l'employeur est dans un rôle d'intermédiaire. Pour autant les formes d'emploi triangulaire constituent une catégorie beaucoup plus large et diversifiée, dont le portage salarial n'est qu'une des occurrences, et juridiquement la plus récente et la moins stabilisée.

4. TABLEAU RECAPITULATIF DES FORMES D'EMPLOI « TRIANGULAIRES »

Intitulés	Bases juridiques	descriptifs
Prêt de main d'œuvre à but non lucratif	Art L8241-2 code du Travail Par exception au premierement du L8241-1, le prêt de main d'œuvre ¹⁵⁷ est autorisé si l'entreprise prêteuse n'en tire pas bénéfice	Hors structure juridique particulière, cet article ancien (dans l'ancienne numérotation, L 125-3) a donné lieu à une abondante jurisprudence. Il permet de faire des mises à disposition temporaires entre employeurs, sous condition d'absence de bénéfice pour le prêteur ¹⁵⁸ .
Entreprise de Travail temporaire (ETT)	Art L 1251-1 CT et suivants. (depuis la loi 72-1 du 3 janvier 1972)	Activité exclusive de mise à disposition temporaire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle recrute et rémunère à cet effet.

¹⁵⁷ Même à titre exclusif

¹⁵⁸ Dans le cadre des débats sur la proposition de loi sur l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels (projet du député Cherpion), les députés ont voté le 27 juin 2011 qu'une « *opération de prêt de main d'œuvre ne poursuit pas un but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ». Par ailleurs les sénateurs ont souhaité encadrer les modalités de mise à disposition de main d'œuvre.

Entreprise de travail temporaire d'insertion (ETTI)	L5132-6 CT (depuis 1994)	Les entreprises de travail temporaire sont également autorisées à exercer - le placement privé (art L1251-4, 1 et L5323-1) - l'activité d'entreprises de travail à temps partagé (L 1251-4, 2° et s) Les ETTI interviennent dans le cadre juridique et réglementaire du travail temporaire. Elles embauchent et mettent à la disposition d'entreprises clientes grâce à des missions d'intérim des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles, validées par un agrément du service public de l'emploi. Elles construisent ainsi des parcours d'insertion par l'emploi et la formation (au travers de l'OPCA de branche : FAF TT). Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1251-12, la durée des contrats de mission peut être portée à vingt-quatre mois, renouvellement compris.
Groupement d'employeurs (GE et GEIQ)	Art L 1253-1 CT et suivants (depuis la loi 1985-772 du 25 juillet 1985)	Missions exclusivement au sein du réseau des entreprises adhérentes Opérations à but non lucratif Une forme particulière des GE est dédiée à l'insertion professionnelle de personnes ayant des difficultés d'accès au marché du travail : les GEIQ (groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification)
Association intermédiaire (AI)	Article L5132-7 CT et suivants (depuis 1987)	Ont pour objet l'embauche et la mise à disposition auprès des particuliers, des associations, des collectivités locales et, dans certaines conditions, auprès d'entreprises, à titre onéreux mais à but non lucratif. d'une main d'œuvre constituée de personnes sans emploi ou de travailleurs précaires, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles. L'activité de mise à disposition de personnel sert de support économique à divers objectifs qui vont de l'évaluation des compétences à la validation d'un projet professionnel. Ancrées dans l'économie marchande, elles ont particulièrement présentes dans les services aux particuliers.

Contrat d'appui au projet d'entreprise pour la création ou la reprise d'activité (CAPE)	Loi 2003-721 ; 1 août 2003	Contrat <i>sui generis</i>, prévu au code du commerce qui renvoie au code du travail¹⁵⁹. Il définit le cadre d'exercice d'une fonction d'appui, dispensée par une personne morale, à un porteur de projet économique, précédemment privé d'emploi, pendant une durée limitée à trois ans. Le porteur relève, au titre de son activité en CAPE, de la protection sociale salariée. L'affiliation du bénéficiaire au régime social dont relève l'activité n'intervient qu'à l'issue du contrat. Il concerne environ 5000 personnes
Entreprise de travail à temps partagé	Art L 1252-1 CT et suivants Loi 2005-882 du 2 août 2005, article 22	Entreprise dont l'activité exclusive consiste à mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes en raison de leur taille ou de leurs moyens. Les entreprises de travail temporaire sont également autorisées à exercer cette activité (L 1252-3).
Coopérative d'activité et d'emploi (CAE)	Statut de coopérative (SCOOP)	Les coopératives d'activités et d'emploi (CAE) constituent un concept original permettant à un particulier de tester une production ou un service en toute sécurité. L'originalité est d'offrir au porteur de projet un statut "d'entrepreneur salarié" qui lui permet de percevoir un salaire et de bénéficier de la couverture sociale d'un salarié classique. Tout porteur de projet bénéficie immédiatement d'un accompagnement visant à mettre sur les rails son activité économique sous sa propre marque (accompagnement gratuit, cofinancé par différents partenaires publics ou issus de l'économie sociale). La Coopérative d'Activités et d'Emploi est une SCOP (Société coopérative de production) en SA ou SARL dans laquelle les salariés-associés ont plus de 50% du capital (majoritaires).
Mise à disposition de salariés dans les entreprises dans un pôle de compétitivité	Loi 2006-1770 du 30 décembre 2006) ANI dfu 8 juillet 2009 (titre III)	Sans constitution de personne morale. Permet des mises à dispositions sans but lucratif entre employeurs, membres ou non d'un pôle de compétitivité¹⁶⁰

¹⁵⁹ Articles L 121-1 à L127-7 du code du commerce et articles L 322-8 du code du travail

¹⁶⁰ Voir page 46 et suivantes du rapport IGAS-CGEFI « la mise à disposition de personnel entre membres d'un pôle de compétitivité » ; Marc Biehler, Jean-François Guthmann, Jean-Paul Palasz (avril 2010)

Entreprises maritimes « manning »	Conv. 179 OIT Loi 2005-412 du 3 mai 2005, art 8	La société de manning doit être agréée par les autorités de l'État (administration maritime) où elle est établie, conformément à la convention n° 179 de l'OIT, en cours de ratification par la France. L'employeur du marin est l'entreprise de travail maritime, qui n'est qu'un intermédiaire, un mandataire de l'armateur. L'entreprise de travail maritime met à disposition des marins, mais ne gère pas l'équipage, les conditions de vie et de navigation ; elle fournit des travailleurs, mais non du travail.
Le portage salarial	Art L 1251-64 CT (loi 2008-596 du 25 juin 2008, art 8)	Abordée par l'accord du 24 juin 2010, l'organisation de l'ensemble des relations contractuelles constitutives du portage salarial demeure non stabilisée.

5. PERSPECTIVES

[158] La loi « Cherpion¹⁶¹ » a, entre autre, effectué un encadrement des modalités de prêt de main d'œuvre. Ces mesures sont d'application générale (tant pour les mises à disposition sans but lucratif que celles réalisées à but lucratif). La mission considère que l'activité de portage salarial est concernée et qu'en conséquence les dispositifs futurs de sécurisation du portage sous statut salarial devront intégrer ces modalités. Celles-ci comportent en particulier une convention descriptive entre l'entreprise délégante et l'entreprise utilisatrice.

[159] Le rapport du Centre d'Analyses Stratégiques (CAS)¹⁶² « *Le travail et emploi dans 20 ans* » montre les transformations qui affectent les repères habituels concernant le travail et les formes d'emploi. Il aborde notamment la question du « multi-salariat ».

La forme traditionnelle du salariat, héritée du modèle tayloriste de travail, se borne à considérer les individus comme les hommes d'un seul métier, d'une seule carrière linéaire. Aujourd'hui, de plus en plus d'individus sont amenés par volonté ou par contrainte à occuper différents métiers, non seulement au cours de leur vie mais aussi sur une même période. Individualisation des parcours de travail, développement du travail en réseau, développement de la flexibilité en entreprise sont autant de tendances sociétales qui renforcent ce phénomène de croissance du salarié pluridisciplinaire. À l'avenir, nombreux seront les travailleurs à exercer des métiers, à mener une carrière avec différents cursus de compétences. « Dans ce contexte nouveau, le travailleur polyactif, en s'appuyant sur quelques compétences qui lui sont propres, va conduire une politique de "temps partiel pluriel" (TPP) en déployant ses multiples talents en de multiples occupations pour gagner correctement sa vie »¹. Ce multi-salarié gère sa politique de revenus personnels en fonction des opportunités qui s'offrent à lui. Du simple employé au cadre, un large éventail du salariat est intéressé par cette forme de travail. Ainsi, une employée de restaurant, trois jours par semaine, peut compléter ses revenus par des gardes d'enfants. Un cadre sera lui intéressé par un nouveau poste, dont l'attrait peut reposer sur des perspectives et des objectifs de carrière ou sur la possibilité de combiner de façon plus satisfaisante différentes activités professionnelles et/ou familiales.

¹⁶¹ loi 2011-983 du 28 juillet 2011, dite « loi Cherpion », JO du 29 juillet : voir en particulier, l'article 40-II, modifiant l'article L 8241-2 du code du travail

¹⁶² Rapport du CAS « *Le travail et l'emploi dans 20 ans* », juillet 2011. La citation est extraite des pages 125 et suivantes

Fiche technique n°2 : Le contrat de travail et les entreprises de portage salarial

Plan

1. LE PARTICULARISME DU CONTRAT DE TRAVAIL EST IRREDUCTIBLE A LA LIBERTE CONTRACTUELLE	63
1.1. <i>Contexte historique et culturel du contrat de travail</i>	63
1.2. <i>Le contrat de travail est une construction jurisprudentielle où se combinent la liberté contractuelle et l'ordre public social</i>	64
1.3. <i>La qualification de contrat de travail demeure placée sous le contrôle souverain du juge judiciaire</i>	66
2. CONTRAT DE TRAVAIL ET PORTAGE SALARIAL.....	67
2.1. <i>Le portage salarial détourne le contrat de travail de sa finalité</i>	67
2.2. <i>Mais les entreprises de portage ne peuvent faire un recours sélectif au contrat de travail</i>	67
2.3. <i>Qualifier de contrat de travail la relation conclue dans le cadre du portage salarial oblige à s'interroger sur l'objet de ce contrat et la nature des obligations synallagmatiques qui en résultent</i>	69

1. LE PARTICULARISME DU CONTRAT DE TRAVAIL EST IRREDUCTIBLE A LA LIBERTE CONTRACTUELLE

1.1. *Contexte historique et culturel du contrat de travail*¹⁶³

- [160] En Europe, la conception juridique de la relation de travail s'est alimentée à 2 traditions culturelles différentes : la culture romaniste et celle germanique. L'influence de ces 2 cultures est visible, aussi bien dans le droit interne qu'en droit communautaire. L'invention du contrat de travail est une **synthèse originale des concepts de statut et de contrat**.

¹⁶³ Source : « Critique du droit du travail », Alain Supiot, PUF (1994)

- [161] Après 1789, l'analyse contractuelle (issue du louage de service romain) a permis la rupture avec la subordination personnelle et hiérarchique qui caractérisait l'organisation corporative du travail. Le code civil (le « code Napoléon ») affirme la liberté individuelle du travailleur, en en faisant le négociant de sa propre force de travail : le code civil assimile la relation de travail à l'une de formes de louage : le louage de services¹⁶⁴. Le montage contractuel de la relation de travail repose sur la thèse que le travailleur s'objective en un lien, une « chose » négociable –sa force de travail- conceptuellement distincte de sa personne. La relation de travail est une opération d'échange entre sujets formellement égaux, se situant dans l'orbite du droit des obligations. Par la suite, en réponse aux excès constatés de l'industrialisation, le droit du travail s'est progressivement construit dans une logique spécifique de protection pour rééquilibrer l'inégalité foncière entre le donneur d'ouvrage (l'employeur) et le preneur d'ouvrage (le salarié) : au contrat ont été adjointes des règles visant la santé publique et l'intérêt général.
- [162] L'ancien droit germanique comportait quant à lui un contrat de vassalité par lequel un homme libre se mettait au service d'un autre qui lui accordait en retour protection, aide et représentation. Dans cette logique, on ne peut penser juridiquement l'individu indépendamment de la communauté à laquelle il appartient : l'essence de tout droit ne peut être recherchée dans la volonté, mais « dans la conscience commune ». Cette réhabilitation de la communauté comme source vivante du droit a joué un rôle fondamental dans la conceptualisation juridique de la relation de travail en Allemagne. L'idée que le travailleur se trouve dans une position statutaire et non pas contractuelle a dominé la pensée allemande. Cette culture germanique restitue au rapport entre les personnes la place première qui était la sienne dans l'analyse juridique préindustrielle de la relation de travail.

1.2. Le contrat de travail est une construction jurisprudentielle où se combinent la liberté contractuelle et l'ordre public social

- [163] Rappelons une évidence, trop souvent perdue de vue : si l'émergence du concept de contrat de travail a été en France longue et objet de longues controverses¹⁶⁵, pour autant, il n'existe pas de définition légale fixant les critères du contrat de travail. C'est donc à la jurisprudence qu'il est revenu de construire cette définition, en dégagant progressivement quatre critères de caractérisation¹⁶⁶, cristallisés dans la notion fondatrice de **subordination juridique**, par opposition à la simple « dépendance économique ».
- [164] L'enjeu du long débat sur la subordination était de savoir qui peut bénéficier des lois sociales... : c'est donc un enjeu ancien et sensible que réactivent (sans le savoir ?) les acteurs du portage salarial !
- [165] Ce concept de subordination juridique est essentiel en ce qu'il articule le contrat de travail avec l'intervention de la puissance publique dans la réglementation de la relation de travail, exprimée dans la notion d'ordre public social (OPS). Le contrat de travail reste d'autant plus la « pierre angulaire de la définition juridique de la relation de travail » qu'il « *incorpore en quelque manière une bonne partie du dispositif légal qui forme le droit du travail. Le contrat de travail acquiert ainsi cette vertu de doter le salarié d'un véritable « statut* »¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Ce schéma a perduré fort longtemps, puisque en droit civil ce n'est qu'en 1973 l'expression « contrat de travail » se substitue à celle de contrat de louage.

¹⁶⁵ « Subordination et « révolutions » du travail et du droit du travail, 1776-2010 », Philippe Lefebvre, école des mines de ParisTech, Entreprises et Histoire, 2009. L'auteur situe cette longue gestion et les débats récurrents entre interventionnistes et libéraux autour du contrat de travail sur la période 1886-1936 (p 57 et suivantes)

¹⁶⁶ Ces quatre critères, stabilisés seulement en 1932, portent sur la régularité comme principale source de gain, la prise et l'exécution du travail à date fixe, le travail seul ou du moins sans tirer bénéfice du travail d'autres, les conditions de contrôle du travail une fois achevé.

¹⁶⁷ Alain Supiot, Critique du droit du travail, PUF, p 30

- [166] L'existence d'un contrat de travail entre un employeur et un salarié permet d'appliquer à ces deux personnes les dispositions prévues par le Code du travail. Si le législateur a au fil du temps déterminé les différentes formes que peuvent prendre les contrats de travail (à durée indéterminée et à plein temps, ou à défaut à durée déterminée, à temps partiel, contrat d'apprentissage, contrat de travail temporaire¹⁶⁸ et autres contrats de mise à disposition, etc.), en revanche il s'est donc abstenu d'énoncer une définition légale générique à ce type contrat. C'est pourquoi il est fait référence à une définition doctrinale en regard de la jurisprudence (cf. *infra*), aujourd'hui communément acceptée et qui indique que « *le contrat de travail est une convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, et moyennant une rémunération*¹⁶⁹ ».
- [167] D'une part, l'existence d'une rémunération permet tout d'abord de distinguer la relation de travail salariée du bénévolat : à la différence du salarié, le travailleur bénévole ne bénéficie d'aucune disposition protectrice. D'autre part, c'est l'existence d'une subordination juridique qui constitue le critère principal de différenciation entre le travail salarié et le travail indépendant. C'est précisément **cet état de subordination qui justifie l'application d'un droit particulier à la relation de travail salariée, figurant dans le Code du travail.**
- [168] La subordination n'est cependant pas, elle non plus, définie par le code du travail, ce qui n'implique pas l'indifférence du législateur en la matière. Seul en effet le législateur a pu imposer des « présomptions de contrat de travail » dans des situations qui ne relèvent pas naturellement de cette catégorie.
- [169] La loi est constamment intervenue :
- soit **pour qualifier certaines relations de travail de travail salarié**. Ces interventions du législateur concernant des « salariés par disposition de la loi¹⁷⁰ » sont regroupées dans la partie 7 du code du travail,

Liste des dispositions particulières à certaines professions et activités visées par la 7^e partie du code du travail :

- o Livre 1 : *les journalistes professionnels, professions du spectacle, de la publicité et de la mode*
- o Livre 2 : *concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation, employés de maison et services à la personne*
- o Livre 3 : *voyageurs, représentants ou placiers, gérants de succursales*
- o Livre 4 : *travailleurs à domicile*
- o Livre 5 : *dispositions relatives à l'outre mer*
- soit, **en sens inverse, pour introduire une présomption de non salariat :**

Article L. 8221-6 CT (Modifié par loi n° 2008-776 du 4 août 2008 - art. 11)

« I.-Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :

1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;

2° Les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui exercent une activité de transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation

¹⁶⁸ Incluant l'article L. 1251-64 sur la reconnaissance du portage salarial, mais non pas encore son organisation

¹⁶⁹ Précis Dalloz Droit du travail 2011, n° 274

¹⁷⁰ L'article L311-3 du code de la sécurité sociale est le pendant de la partie 7 du code du travail et procède de la même façon

ou de transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ;

4° Les personnes physiques relevant de l'article L. 123-1-1 du code de commerce ou du V de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

II.-L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.

Dans ce cas, il n'y a dissimulation d'emploi salarié que s'il est établi que le donneur d'ordre s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche et L. 3243-2, relatif à la délivrance du bulletin de paie. »

1.3. La qualification de contrat de travail demeure placée sous le contrôle souverain du juge judiciaire

[170] C'est cette prégnance de l'OPS qui explique le particularisme juridique du contrat en droit du travail, et par suite les contentieux nourris en matière de requalification du contrat de travail. Dans le droit commun des contrats civils et commerciaux, il suffit de qualifier une convention litigieuse pour déterminer son régime juridique, de sorte qu'en cas de contentieux, le juge analysera la convention et recherchera la volonté des parties dès lors qu'elle n'est pas frauduleuse. Il en va tout différemment en droit du travail, où la volonté des parties est certes nécessaire mais insuffisante, car seules comptent les données réelles de l'exercice de l'activité.

[171] Bref, « le principe de réalité prime sur celui de la liberté contractuelle, au nom des considérations d'ordre public qui font la marque particulière du droit du travail¹⁷¹ ». Il en résulte cette **règle constante « d'indisponibilité de la qualification »**, essentielle en droit du travail, qui ôte toute portée à la liberté contractuelle lorsqu'il s'agit de déterminer la nature d'une relation de travail. Ni un contrat de travail ni une convention collective ne peuvent décider par avance que telle relation contractuelle sera un contrat de travail, ce que rappelle avec constance la jurisprudence :

- « La volonté des parties est impuissante à soustraire des travailleurs du statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de leur tâche¹⁷² » ;
- « 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 travailleurs¹⁷³ ».

[172] Cette vigilance juridique n'est pas une spécificité française. Ainsi le rapport collectif dirigé par Alain Supiot et destiné à la Commission européenne avait effectué ce même constat à l'échelle européenne : « **Aucun pays européen n'admet que les parties à une relation de travail soient maîtresses de la qualification juridique de cette relation, ce qui rendrait facultative l'application du droit du travail. Le principe demeure partout affirmé que l'indépendance ne dépend pas d'une qualification conventionnelle, mais d'une situation de fait¹⁷⁴** ».

¹⁷¹ Lise Casaux-Labrunée, « le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », Droit social janvier 2007, p 60

¹⁷² Arrêt Barrat, Cour de Cassation, Assemblée plénière 4 mars 1983

¹⁷³ Arrêt Labanne, 19 décembre 2000

¹⁷⁴ « Au-delà de l'emploi », Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, sous la direction d'Alain Supiot (1999), p 30.

- [173] En droit de la sécurité sociale, la solution est identique. *« Pas plus qu'en droit du travail, et pour les mêmes raisons d'ordre public, les parties n'ont pas la possibilité de choisir le régime auquel elles sont assujetties. La aussi la qualification données par les parties à leur convention est impuissante à les soustraire aux conséquences que le législateur attache à certaines situations de fait, les conditions d'assujettissement au régime général des salariés étant spécialement déterminée par l'article L. 311-2 du code de sécurité sociale¹⁷⁵ ».*

2. CONTRAT DE TRAVAIL ET PORTAGE SALARIAL

- [174] Les entreprises de portage salarial affirment, de façon identitaire, qu'elles établissent des contrats de travail avec leurs personnels portés. Pour autant, cette pratique recouvre de nombreuses insécurités juridiques.
- [175] Une première série de difficultés juridiques surgit avec les non conformités de ces contrats avec les conditions particulières posées par la loi quant aux motifs limitatifs de recours aux contrats à durée déterminée (article L. 1241-1), quant à leur plafonnement de durée (L. 1241-7) et à leur renouvellement (L. 1243-13). C'est pour y remédier que les négociateurs de l'accord du 24 juin 2010 ont voulu créer de nouvelles dispositions cadres, et ont demandé au législateur de les adopter. C'est aussi pour le même objectif de sécurisation juridique que, dans la panoplie de ses propositions, la mission préconise la création par la loi d'un contrat *sui generis* mobilisable notamment par les entreprises de portage salarial.

2.1. *Le portage salarial détourne le contrat de travail de sa finalité*

- [176] La seconde série de difficultés est plus systémique. En effet, dès lors :
- que les travailleurs portés sont des travailleurs très autonomes qui revendiquent ouvertement cette qualité, en se situant hors tout lien de subordination juridique ;
 - et que la plupart des sociétés de portage n'ont généralement pas d'activité économique propre, affirmant n'avoir pas à participer à la prospection et à la négociation des missions, et qu'elles 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) ;
 - alors, les termes d'une instrumentalisation apparaissent clairement : afin de permettre aux portés de bénéficier des droits à protection sociale et s'économiser des formalités perçues comme rebutantes, les entreprises de portage ont pour particularité de détourner le contrat de travail de sa finalité première qui est d'encadrer une relation de travail subordonnée.

- [177] C'est pourquoi le portage salarial provoque tant de controverses doctrinales parmi les juristes qui dénoncent des risques de déstabilisation des principes fondamentaux du code du travail et des règles de la protection sociale.

2.2. *Mais les entreprises de portage ne peuvent faire un recours sélectif au contrat de travail*

- [178] Avec cette mise en perspective, on perçoit mieux la place irréductible du débat judiciaire en matière de contrat de travail : dans une troisième série de difficultés, l'activité de portage induit aussi des contentieux judiciaires mettant en cause jusqu'à la stabilité juridique de l'édifice à la base du « portage salarial ».

¹⁷⁵ Lise Casaux-Labrunée, article précité paru dans Droit Social, janvier 2007, p 60

- [179] En bref, on ne peut recourir sélectivement au contrat de travail, et le risque juridique issue de la sélectivité propre au dispositif de portage est en partie déjà concrétisé. Il résulte de la contradiction entre la nature apparemment privée du vecteur « contrat de travail » et l'ordre public social du droit du travail qui nécessairement s'y incorpore. A l'occasion d'un contentieux entre un porté et sa société de portage, le juge peut toujours contester la nature de contrat de travail au contrat de portage pour défaillance du critère de subordination et notamment absence de direction et de contrôle. A ce titre, des invitations à des réunions et à fournir des tableaux de report d'activité tels que prévus à l'article 2.1.3 de l'accord du 24 juin 2010 ne sauraient suffire¹⁷⁶.
- [180] En effet, dès lors que la convention de travail est qualifiée de contrat de travail, il s'en suit que l'entreprise de portage salarial est partie aux relations de travail en tant qu'employeur, tandis que le travail est à réaliser pour le compte d'une entreprise tierce, en position de cliente. C'est à cette lumière qu'il faut lire les deux arrêts de cassation d'arrêts de cours d'appel rendus par la chambre sociale le 17 février 2010¹⁷⁷.
- [181] Le premier¹⁷⁸ rappelle dans un attendu de principe une règle générale à laquelle les contrats de portage ne font pas exception, en affirmant la soumission des contrats de portage salarial aux règles d'ordre public et en précisant les obligations des parties qui en résultent. Le fait que soient concernés des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 ne change fondamentalement rien¹⁷⁹, tant le débat concerne finalement la substance de la « pierre angulaire » qu'est le contrat de travail en droit du travail français, ses critères, ses conséquences pour les parties. Concrètement, la Cour de cassation a donc déjà rappelé, par cet arrêt que le contrat de portage, quels qu'en soient les termes et la volonté initiale des parties¹⁸⁰, ne pouvait soustraire l'entreprise à son obligation d'employeur, de fournir du travail au porté. Les juges ont ainsi décidé qu'une **société de portage ne pouvait reprocher à un porté de ne pas avoir trouvé de clients et invoquer ce motif pour le licencier**.
- [182] De même, dans le second arrêt¹⁸¹, la Cour de cassation a assimilé les obligations d'employeur des sociétés de portage à celles de droit commun en sanctionnant le non respect, dans un contrat de portage, des dispositions du code du travail relatives au temps partiel (art L. 3123-14 et suivants du code du travail), et notamment **l'obligation, pour l'employeur, d'indiquer dans le contrat la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue** ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.
- [183] Transformant des indépendants en salariés, la technique du portage peut amener ces derniers, à un moment de leur relation avec les sociétés de portage, à ne plus se satisfaire de ce statut hybride et à rechercher à le faire attirer au statut auquel le porté se réfère et que les sociétés de portage savent si bien elles aussi mettre en avant dans leur démarchage commercial ou dans leur position contentieuse vis à vis du régime d'assurance chômage.
- [184] Des avocats avertis pourront, en se servant de la jurisprudence même qui condamne des Assedic¹⁸² ayant refusé l'indemnisation à des salariés portés, réclamer pour leurs clients le statut de salarié *in toto*.

¹⁷⁶ « *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* ».

¹⁷⁷ Ces deux arrêts ont bénéficié d'une large diffusion, y compris sur le site internet de la cour de cassation. Cités et commentés dans plusieurs revues, notamment dans le n° 274 de Jurisprudence Sociale Lamy (6 avril 2010), le JCP / semaine juridique édition sociale n° 15 (13 avril 2010), le recueil Dalloz 2010, p 576

¹⁷⁸ Cass soc ; 17 février 2010, pourvoi n°08-45.298

¹⁷⁹ Et ce d'autant moins que le législateur n'a pas repris toute la description du portage salarial contenue dans l'ANI du 11 janvier 2008. Voir *supra*, point 222.

¹⁸⁰ Les dispositions des articles L.1221-1 ; L.1211-1 et L.32116 du code du travail ne peuvent être écartées, même du fait de l'acceptation du salarié.

¹⁸¹ Cass .soc ; 17 février 2010, pourvoi n°08-40.671

¹⁸² Au 11 mars 2011 62 affaires ont été suivies par Pôle emploi pour le compte de l'UNEDIC. Ces affaires ont donné lieu, tous degrés des juridictions confondus, à 55 décisions dont 48 en faveur des salariés portés.

2.3. Qualifier de contrat de travail la relation conclue dans le cadre du portage salarial oblige à s'interroger sur l'objet de ce contrat et la nature des obligations synallagmatiques qui en résultent

- [185] Enfin, aux termes de l'article 1126 du code civil, « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ». En droit général des contrats, l'objet de l'obligation est une des conditions impérative pour sa formation (article 1108 du code civil¹⁸³). Tout contrat, y compris le contrat de travail, ne crée que des obligations et ce sont celles-là qui ont un objet.
- [186] Les négociateurs de l'accord du 24 juin ont clairement convenus (article 2.1.1.1.) que la convention de travail est un contrat de travail (avec choix possible entre plusieurs formes), lequel doit notamment mentionner, juste après « l'identité des parties au contrat », « *le descriptif de la prestation à réaliser par le salarié porté* ». Par suite et quelle que soit la forme choisie du contrat de travail, il apparaît très clairement que **l'objet du contrat conclu entre l'entreprise de portage salarial et le porté est la réalisation chez le client de la mission de prestation de service telle que convenue**. La réalisation de cette mission implique pour les parties deux obligations synallagmatiques :
- le salarié porté s'oblige à travailler pour ce client, en autonomie technique,
 - tandis que s'agissant de l'entreprise de portage salarial, l'obligation consiste à mettre à disposition ce salarié porté auprès du client, puisque ce vecteur salarial a été choisi pour la réalisation de la mission.
- [187] Si l'on considère que l'accès à la protection sociale du salariat ne saurait être l'objet licite dudit contrat, il apparaît que la réalisation de la mission est d'autant plus l'objet de ce contrat de travail, qu'il en est même l'unique objet -or à défaut d'objet, le contrat manquerait de toute consistance juridique.
- [188] Plus largement et par construction dans cette forme d'emploi, les travailleurs portés ne travaillent jamais ni pour et ni chez leur employeur, s'agissant toujours d'effectuer des missions pour des clients : ils ne sont du reste recrutés que pour cela. L'analyse juridique des obligations réciproques du contrat de travail liant l'entreprise de portage à son salarié porté permettent d'affirmer que **les entreprises de portage salarial réalisent à chaque fois une mise à disposition¹⁸⁴ de leur personnel** auprès des entreprises clientes. Elles sont par suite assujetties aux dispositions applicables à cette activité.

¹⁸³ Article 1108 du code civil « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.* »

¹⁸⁴ L'analyse complète sur ce point est exposée dans la fiche « mise à disposition de personnel et emplois triangulaires ».

Fiche technique n°3 : Etude pour le ministère de l'emploi en 2005 et 2006, sur l'analyse et l'évaluation des pratiques de portage salarial (avec un focus sur l'intérêt particulier des plateformes de services)

Plan

1.	OBJET ET STRUCTURE DE L'ETUDE	71
2.	IDENTIFICATION ET QUALIFICATION DU PORTAGE	72
3.	LES PRECONISATIONS GENERALES DE DECEMBRE 2006	72
4.	L'INTERET PARTICULIER DES PLATEFORMES DE SERVICES.....	73

1. OBJET ET STRUCTURE DE L'ETUDE

[189] Cette étude a été menée, à la demande conjointe des directions générales respectivement du travail et de l'emploi, de septembre 2005 à la fin 2006. Son objet était d'identifier la nature et les risques juridiques du portage salarial. Coordinée par le professeur Lise Casaux-Labrunée de l'Université de Toulouse et le laboratoire « droit et changement social » de l'université de Nantes¹⁸⁵, il a pris la forme de trois rapports ; le rapport final ayant été remis en décembre 2006. Leur objectif commun était de mener une expertise approfondie des problèmes soulevés par les pratiques de portage salarial au regard du droit existant. Toutefois, il faut rappeler que ces travaux essentiellement juridiques intègrent ceux confiés au « centre de sociologie du travail et des arts » de l'Ecole des hautes études en sciences sociales qui, eux, portent sur les aspects socio économiques du portage. (Cf. annexe n°4).

[190] Ces travaux ont été, de surcroît, complétés par un ensemble d'annexes thématiques : Le portage, travail salarié ou indépendant ? / le portage, prestation de service ou prêt illicite de main d'œuvre ? / harmoniser les régimes de sécurité sociale / portage et placement / préconisations relatives à la négociation d'accords collectifs / le contrôle de l'activité de portage : conventionnement, déclaration, agrément ? / garanties financières et assurances... Ces approches ont permis de préciser, chaque fois qu'elles le pouvaient, les nombreuses ambivalences du portage et ont constitué à la fois des pistes de travail et des points d'appui pour les recommandations du rapport de l'IGAS.

[191] A ce titre, une mention particulière doit être faite d'une annexe traitant de l'intérêt des plateformes de services pour travailleurs indépendants. Réalisée par le professeur Jean-Yves Kerbourc'h une partie de son contenu est détaillée *infra* car il illustre les nombreux atouts de l'option préconisée par la mission dans l'hypothèse où le régime du salariat est obtenu par le porté hors du contrat de travail (cf. 2.5.3 du rapport)

¹⁸⁵ Rapport collectif « Analyse et évaluation des pratiques de portage salarial » (décembre 2006, janvier 2007). Sous la conduite de Lise Casaux-Labrunée, l'équipe était composée de Katia Barragan (ingénieur d'études CNRS), Jean-Pierre Chauchard (professeur), Anne Sophie Hocquet (maitre de conférences), et Jean Yves Kerbourc'h (professeur).

2. IDENTIFICATION ET QUALIFICATION DU PORTAGE

- [192] Dans le rapport final le portage salarial est qualifié- sur le fondement des nombreuses analyses précitées- de phénomène ambivalent et dont la dangerosité réside essentiellement dans un risque de généralisation.
- [193] En effet, même si ces travaux collectifs relèvent que certaines pratiques du portage apparaissent plus dignes d'intérêt que d'autres¹⁸⁶ et qu'elles interdisent donc d'aboutir à sa condamnation pure et simple, ils concluent toutefois qu'aucune d'entre elles n'est à l'abri d'une condamnation pour un motif ou un autre- qu'il s'agisse de :
- l'utilisation abusive du contrat de travail, mobilisé à mauvais escient dès lors que l'obligation première du contrat de travail (l'obligation pour l'employeur de fournir du travail) n'est pas satisfaite ;
 - de la pratique d'un prêt de main d'œuvre illicite à but lucratif, en dehors des cas restrictivement autorisés par la loi (travail temporaire notamment) ;
 - de l'infraction aux règles élémentaires du droit de la sécurité sociale puisque les cotisations patronales de sécurité sociale sont financées par le « salarié » lui-même qui supporte ainsi l'intégralité de sa protection sociale ;
 - de la fraude à l'assurance chômage, dès lors que les prestations sont conditionnées par la rupture involontaire d'un contrat de travail.
- [194] A l'occasion des analyses conduites dans les annexes thématiques précitées, de nombreux autres risques ou ambiguïtés sont pointés que la mission a intégré en tant que de besoin pour la conduite de ses travaux.

3. LES PRECONISATIONS GENERALES DE DECEMBRE 2006

- [195] Au principal, le rapport de décembre 2006 invite à ne concevoir la déclinaison en portage salarial que comme un mode exceptionnel et transitoire, où la relation avec la structure de portage s'établirait sur la base d'un contrat de travail pour certains de ces professionnels et une durée limitée.
- [196] Par dérogation à la règle générale, le portage en tant qu'activité consistant en une « *organisation / gestion / ingénierie d'activités professionnelles non salariées* », serait conçu comme transitoire et deviendrait dans cette approche une mesure de politique de l'emploi.
- [197] Dans ce cadre, et schématiquement, les préconisations à l'égard du législateur ont pour objectif :
- d'une part, d'agir sur les causes du portage salarial (mener une politique de clarification des informations¹⁸⁷ sur la question, poursuivre un rapprochement des statuts professionnels du point de vue de la protection sociale, rendre plus attractive la « mise à son compte ») ;
 - d'autre part, de cerner clairement et contrôler l'activité des structure de portage (par conventionnement, déclaration ou agrément) et exiger des garanties suffisantes, à préciser la définition et le statut des professionnels autonomes, à concevoir le portage salarial comme un mode exceptionnel transitoire, à préciser les droits des professionnels

¹⁸⁶ A ce titre, elles sont reprises dans le rapport, en partie 2.3.2 dans la perspective de structurer la démarche devant conduire à sa sécurisation

¹⁸⁷ « *Nombreux sont en effet les sites internet ou articles de presse à assurer la promotion du portage en mettant en avant le caractère « magique » de la formule qui permet, de façon totalement inédite, de bénéficier tout à la fois de la liberté du travail indépendant et des protections du salariat* », entretenant l'illusion auprès des professionnels que « *chacun peut faire ainsi son « marché social* », Lise Casaux-Labrunée Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? Droit social (janvier 2007), p 59

autonomes soumis par exception à un statut dérogatoire (mixte ou salarié), à abroger le dispositif du travail à temps partagé et enfin encourager le portage associatif pour favoriser l'entrée dans la vie active des jeunes porteurs de projets.

- [198] En outre, ce rapport invite le juge à réviser la définition du contrat de travail et à élaborer une définition positive du travail indépendant.

4. L'INTERET PARTICULIER DES PLATEFORMES DE SERVICES

- [199] Ainsi que le souligne Jean-Yves Kerbourc'h « *L'intérêt de plates-formes de services destinées aux travailleurs indépendants, spécialement aux « solos » et aux dirigeants de petites entreprises, paraît grand, aussi bien pour les travailleurs eux-mêmes que pour leurs clients* ».
- [200] Le premier apport est l'aide à la gestion de l'activité indépendante avec un service de domiciliation d'activité pour lui permettre d'avoir une adresse professionnelle différente de son adresse personnelle, lui éviter d'avoir à conclure des baux commerciaux et d'avoir à gérer des locaux professionnels¹⁸⁸. Dans la continuité, des services de secrétariat peuvent également être proposés. On peut également imaginer d'autres services à plus forte valeur ajoutée, par exemple un service d'assistance de direction. Ces services évitent au travailleur porté d'avoir à embaucher et à gérer du personnel. Enfin, la gestion de l'activité peut également comprendre des services plus élaborés, par exemple la tenue de la comptabilité de l'indépendant, ou encore un service d'affacturage et de recouvrement des créances.
- [201] Le second apport est l'aide au développement de l'activité indépendante. « *L'une des principales difficultés à laquelle se trouve confronté un travailleur indépendant, à la tête de sa propre entreprise, est d'être l'homme ou la femme orchestre de sa propre activité.* » (JY Kerbourc'h). En réponse, la plate-forme de services pour indépendants peut proposer des prestations de recherche de clientèle, d'accompagnement dans la définition de projet, des services mutualisés (comptabilité, prévoyance, conseil juridique et fiscal, documentation technique), des séminaires de formation ; elle peut même assurer la représentation commerciale des adhérents : prospection, salons et associations professionnelles.
- [202] Le troisième apport est le Services de conseil. La plate-forme de services peut offrir des prestations de conseils juridiques, fiscaux, proposer une aide à l'élaboration et à l'évolution du statut personnel de l'indépendant (forme juridique d'exercice de l'activité, protection sociale), s'occuper de ses formalités de publicité¹⁸⁹ :
- [203] Dès lors que les prestations seraient normalisées, ces structures pourraient même être reconnues comme des « tiers de confiance » auxquelles certaines administrations pourraient confier le soin d'accomplir certaines formalités en lieu et place du travailleur indépendant (par exemple les démarches liées à l'embauche d'un salarié). En ce sens, le rapport rappelle que l'Urssaf propose déjà des logiciels spécifiques pour des intermédiaires à qui elle reconnaît la qualité de tiers de confiance.

¹⁸⁸ De tels services existent déjà, mais sont plutôt offerts à des personnes morales, plus rarement à des personnes physiques. Ils ne font l'objet d'aucun encadrement juridique

¹⁸⁹ Son inscription dans des annuaires professionnels, la création d'un site Internet, son référencement dans les moteurs de recherche. Le service pourrait aller jusqu'à proposer la gestion du marketing, ou un service de prospection susceptible, le cas échéant, de conseiller au travailleur indépendant d'orienter différemment son activité.

- [204] Symétriquement, le client qui s'adresse à une plate-forme de services pour travailleurs indépendants peut également y trouver une certaine sécurité juridique si la structure est agréée. Le dispositif pourrait enfin être incitatif si l'intermédiaire, pour pouvoir être agréé devait nécessairement être domicilié sur le territoire national français. L'agrément pourrait donner lieu à des avantages fiscaux, à l'image des centres de gestion agréés. *« L'objectif serait de pouvoir contenir et surveiller les mouvements de main-d'œuvre indépendante qui sous couvert de la directive 96-71 du 16 décembre 1996 utilisent au mieux de leurs intérêts l'extrême facilité que leur offre la nature intellectuelle de leur prestation pour s'installer dans le pays de l'Union européenne de leur choix et réaliser des prestations dans un autre »* (JYK op cit).

Fiche technique n°4 : Eclairage socio-économique sur le portage salarial

A/ Contexte et précédents :

Le développement du portage salarial à partir du milieu des années quatre-vingts a rapidement fait apparaître deux sujets de préoccupations pour les pouvoirs publics : d'une part, l'apparition croissante de cas de recours au dispositif s'éloignant du public d'origine (cadres dirigeants, cadres seniors) ; d'autre part, l'absence d'outils et d'éléments d'analyse de ce phénomène, certes marginal en effectifs pressentis (quelque milliers d'ETP au milieu des années 2000), mais interpellant avec force de nombreux aspects de la relation d'emploi, du statut des personnes en situation de travail et, sous l'angle de l'efficacité, des politiques d'accès à l'emploi durable.

Pour ces raisons, le ministre chargé du travail, sous la double impulsion des directions générales compétentes (DRT/DGT- DGEFP) a confié, en 2005, une étude à l'Ecole des hautes études en sciences sociales pour mieux connaître le phénomène d'un point de vue socio économique.

Cette dernière a été conduite par le laboratoire de sociologie du travail et des arts sous la direction de Jean Michel Menger. Elle a centré ses travaux sur l'année 2005, année pour laquelle étaient disponibles des données exploitables sur la démographie des entreprises de portage, leurs chiffres d'affaires, les volumes d'emploi et de rémunération ainsi que sur les caractéristiques des personnels contractants.

Le périmètre de l'étude a porté sur 118 entreprises (plan de sondage de septembre 2005), mais il est immédiatement apparu que, bien que les trois quarts de celles-ci s'identifient sous le code NAF 741G « conseil pour les affaires de gestion », l'approche par la nomenclature était fragile « tant les aires de développement de l'activité sont celles des portés, au gré des affiliations ».

Dans ce périmètre et avec cette limite, le chiffre d'affaires de ces sociétés représentait moins de 200 M d'euros en 2005, soit à peine plus de 1 % de celui de la branche « activités de conseil ». Par ailleurs, cette activité se concentrait sur les activités à faible valeur ajoutée- formation, services de secrétariat, traductions- dont les taux de facturation sont les moins élevés.

L'étude a montré que la croissance globale de l'activité en volume sur la période 200/2004 (+193 %) s'est accompagnée de la baisse du nombre d'heures d'activité annuelles par porté (de 271 à 217 heures), traduction de la croissance du nombre de portés (15 000 soit 2500 ETP en 2005), mais aussi du développement « de missions plus courtes et variables ». Cette situation s'est également trouvée traduite en termes de gains salariaux avec plus de 80 % de portés qui n'atteignent pas l'équivalent d'un smic annuel et moins d'une centaine d'entre eux facturant plus de 100 000 euros par an.

Ainsi, la croissance du portage n'apparaissait pas s'organiser majoritairement, dès cette période, autour d'activités à hautes valeur ajoutée et de missions longues et stables.

L'étude, a par ailleurs, montré que seulement 32 % des portés avaient plus de 50 ans contre 47 % d'entre eux compris entre 35 et 50 ans.

Au plan assurantiel, l'étude a fait apparaître que 80 % des indemnisés Unedic précédemment portés l'étaient après un CDD et 54 % après une période d'activité réduite.

Toutes choses égales par ailleurs, et les responsables de l'étude ont détaillé les multiples écueils méthodologique ayant limité la conduite de leurs travaux, il apparaissait dès 2005 que le portage ne pouvait se résumer ni à un public de seniors, ni à un public de cadres, ni à un mode transitionnel homogène, ni à un modèle économique sans risque pour l'assurance chômage.

C'est d'ailleurs sur cette analyse et sur leurs constats propres que les partenaires sociaux, au-delà des motivations diverses et vicissitudes, ont tenté, sur mandat de la loi, d'encadrer le portage salarial par l'accord du 24 juin 2010.

Et c'est également sur cette base que la lettre de saisine de la mission par le ministre (cf. Annexe n°1) a souhaité que la DARES puisse éclairer ses travaux en précisant les évolutions socio économiques récentes du portage dans la perspective de rechercher des voies alternatives à cet objectif d'encadrement.

Mais la DARES a déclaré n'être pas en mesure de répondre à cette volonté. La mission a donc dû, avec l'aide des fédérations professionnelles du portage et ses moyens d'enquête propres, tenter d'apporter quelques points d'éclairage pour donner les repères nécessaires à ses recommandations.

B/ L'enquête-flash de l'IGAS :

A cette fin, la mission a réalisé un questionnaire, relu par la DARES et les trois fédérations du portage (SNEPS-FNEPS-UNEPS) Celles-ci ont souligné, à bon droit, les limites de méthode de l'exercice. Elles ont toutefois permis à des salariés portés, par le truchement de leurs adhérents, de répondre en ligne sur le site dédié par l'IGAS à l'enquête.

Le questionnaire, traité par la mission informatique de l'IGAS la première semaine de juin 2011, apparaît en sommaire, *infra*.

Cette enquête a permis de faire apparaître des traits concordants avec ceux que les travaux de 2005 avaient dégagés, tous en donnant des éclairages complémentaires sur son évolution.

- Le portage tel qu'il se dessine à travers l'enquête-flash est ainsi un cadre d'activité qui s'adresse majoritairement à une population féminine (54 % cf. réponse n°1) et de moins de 50 ans (près de 60 % cf. réponse n°2)
- L'enquête fait également apparaître que l'activité de portage est pratiquée de façon pérenne (plus de trois ans) par une majorité relative de portés (34 %, cf. réponse n° 3).
- Les enquêtés sont venus majoritairement au portage après une fin de CDI (37 % cf. réponse n°4) ou une période de chômage (28 % *ibid*), majoritairement sur la base de recommandations d'un proche (60 % cf. réponse n°5). Il en va de même pour le choix de l'entreprise de portage (cf. réponse n°6).
- Les réponses n°7 à n°11 semblent dessiner un mode d'activité orienté vers le conseil aux entreprises (organisation et informatique) moins marqué que dans l'enquête de 2005 (3/4 de l'activité à cette période).
- La réponse n°12 fait apparaître un recours équivalent au CDD au CDI à temps partiel comme support au portage et très minoritaire (moins de 6 %) pour le CDD à objet défini.
- La question n°16 fait apparaître que près de 57 % des enquêtés avaient un carnet de commande de moins de trois mois, confirmant les constats de l'enquête de 2005 sur la variabilité des missions.

Enfin, l'absence très majoritaire de réponses aux deux dernières questions semblent traduire l'incertitude ressentie par les enquêtés tant sur leur situation au regard du régime d'assurance chômage (66 %) que sur l'état de leur projets dans une logique transitionnelle (58 %)....

Au total, cette enquête-flash a permis à la mission de compléter, tout en les retrouvant, les principales caractéristiques du portage identifiées en 2005.

Pour autant, les éléments recueillis ne peuvent être considérés que comme une étape avant que la DARES ne produise l'étude- indispensable dans une démarche partagée d'encadrement de l'activité qui fait l'objet de la recommandation n°6.

Enquête flash IGAS

DESCRIPTION DE L'ENQUETE	78
1. INFORMATIONS GENERALES DE L'ENQUETE.....	78
2. DESCRIPTION DES CAMPAGNES	78
2.1. <i>Definitive Web</i>	78
QUESTIONS ET VARIABLES	79
1. QUESTIONS	79
1.1. Q1 - Vous êtes ?.....	79
1.2. Q2 - Vous êtes âgé(e)?.....	80
1.3. Q3 - Vous êtes salarié(e) porté(e) depuis ?	81
1.4. Q4 - Précédemment vous étiez ?.....	82
1.5. Q5 - Vous avez eu connaissance du dispositif de portage salarial par	83
1.6. Q6 - Comment avez-vous connu la société de portage qui vous emploie ?.....	84
1.7. Q7 - l'assistance technique aux entreprises.....	85
1.8. Q8 - dans ce cas préciser.....	86
1.9. Q9 - la force de vente	87
1.10. Q10 - le service au particulier.....	88
1.11. Q11 - Autres.....	89
1.12. Q12 - Quel est actuellement votre contrat de portage ?.....	90
1.13. Q13 –Quel était votre contrat de portage il y a trois mois ?.....	91
1.14. Q14 - Quel était votre contrat de portage il y a six mois ?	92
1.15. Q15 - Quel était votre contrat de portage il y a douze mois ?	93
1.16. Q16 - Quel est actuellement votre carnet de commandes ?.....	94
1.17. Q17 - Avez-vous été au chômage entre deux périodes de portage sur:	95
1.18. Q18 - Envisagez vous, dans les six prochains mois de sortir du dispositif de portage pour	96

Description de l'enquête

Auteur	IGAS-ENQUETES
Nom du filtre	Toutes les réponses validées
Date de génération du rapport	08/06/2011 18:37:00

1. INFORMATIONS GENERALES DE L'ENQUETE

Nom de l'enquête	Portage - salariés
Nombre de campagnes	1
Nombre d'Invitations envoyées	0
Nombre de réponses validées	496
Nombre de réponses partielles	0

2. DESCRIPTION DES CAMPAGNES

2.1. *Definitive Web*

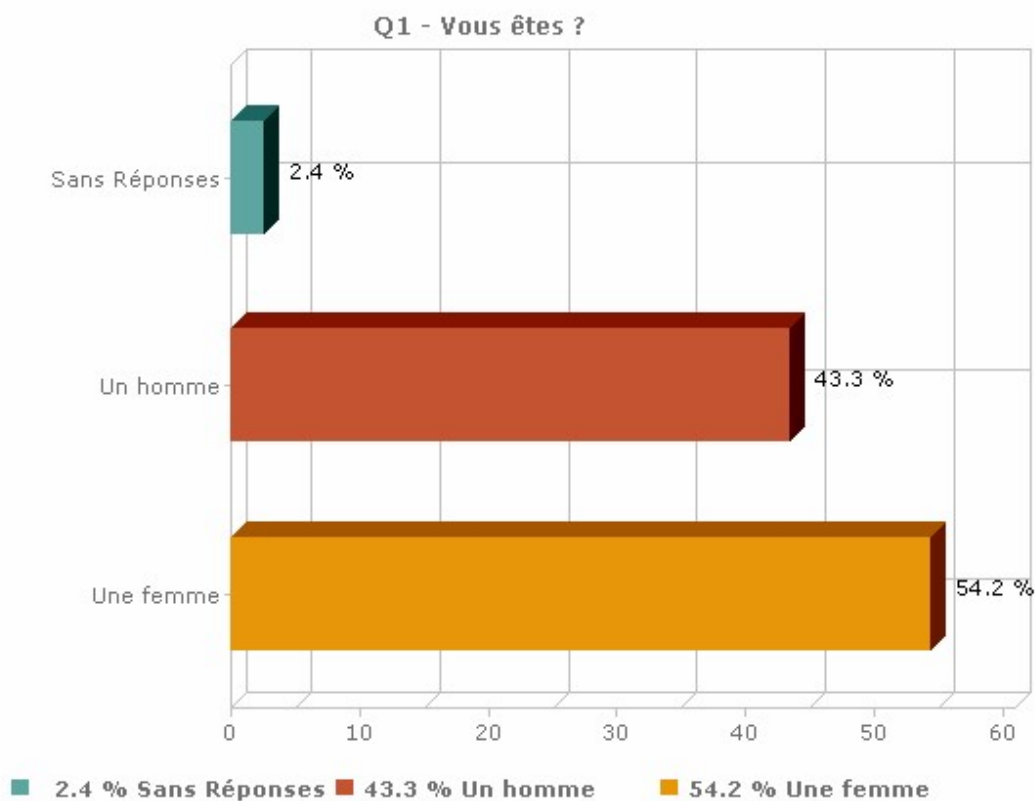
Type de la campagne	Formulaire Web
Dernière date d'ouverture	18/04/2011 14:50:00
Dernière date de fermeture	07/06/2011 11:06:00
Nombre d'Invitations envoyées	0
Nombre de réponses validées	496
Nombre de réponses partielles	0
Nombre de relances	0

Questions et Variables

1. QUESTIONS

1.1. Q1 - Vous êtes ?

Graphique

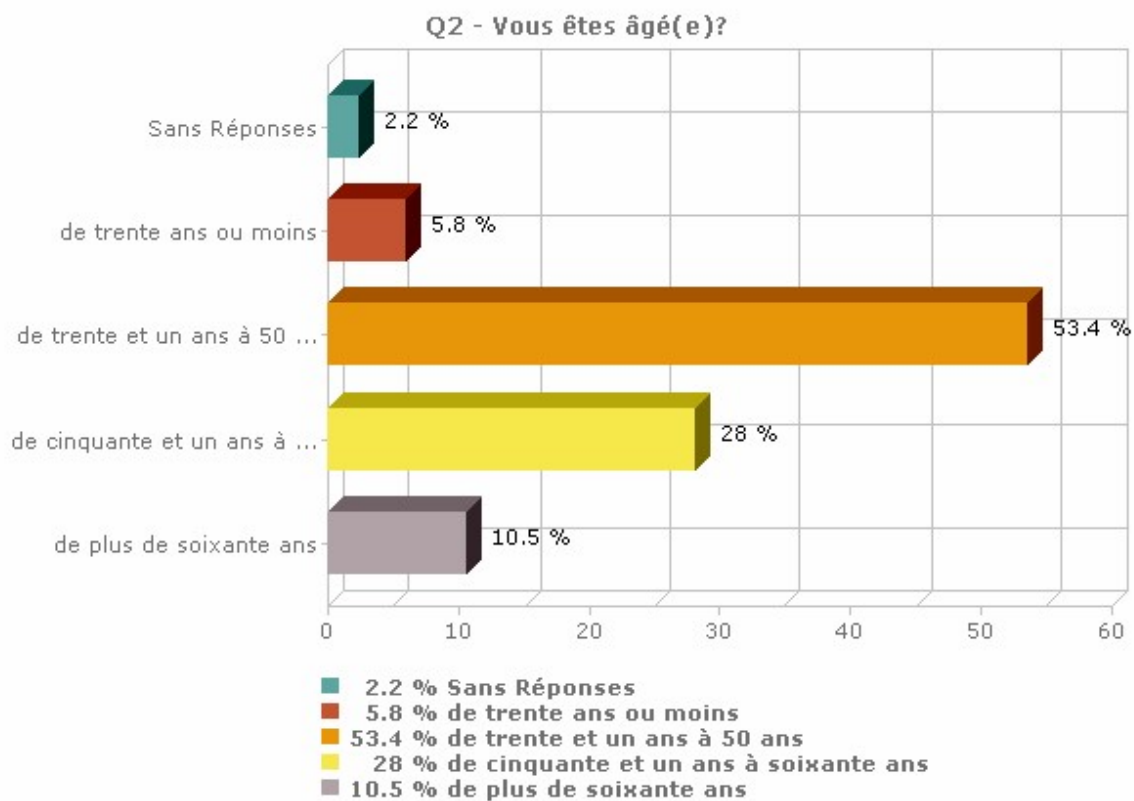


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	12	2.4 %
Un homme	215	43.3 %
Une femme	269	54.2 %

1.2. Q2 - Vous êtes âgé(e)?

Graphique

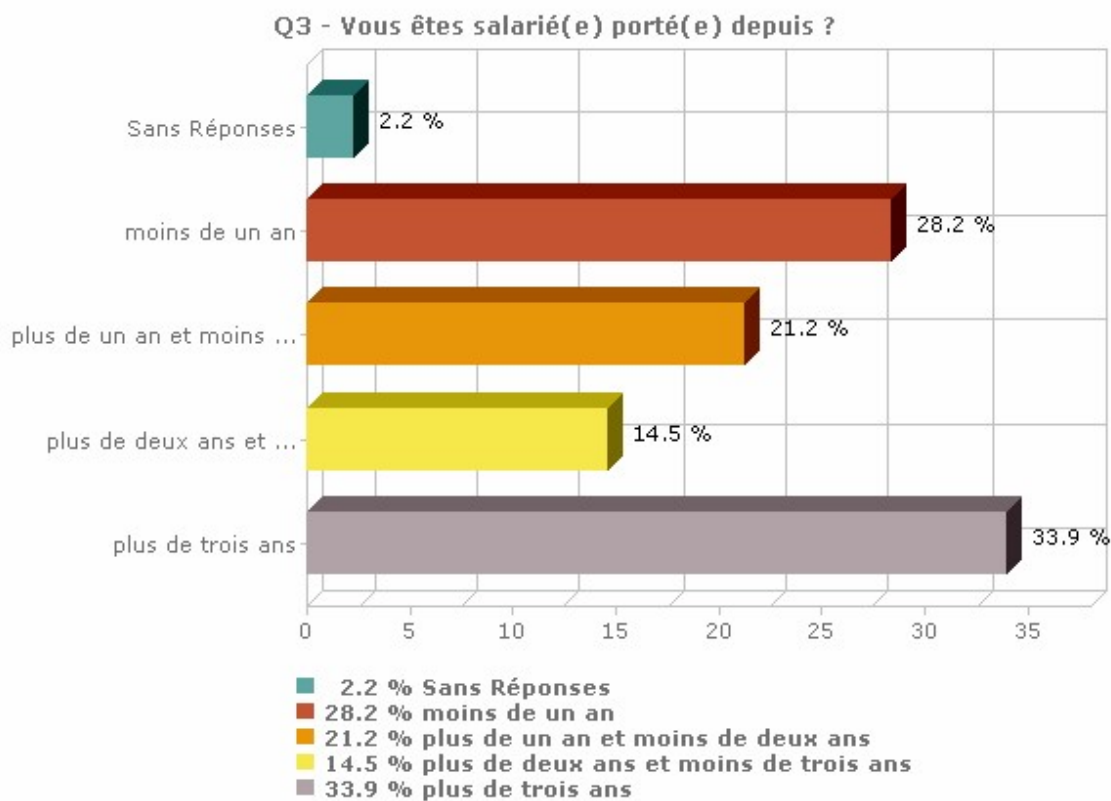


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	11	2.2 %
de trente ans ou moins	29	5.8 %
de trente et un ans à 50 ans	265	53.4 %
de cinquante et un ans à soixante ans	139	28 %
de plus de soixante ans	52	10.5 %

1.3. Q3 - Vous êtes salarié(e) porté(e) depuis ?

Graphique

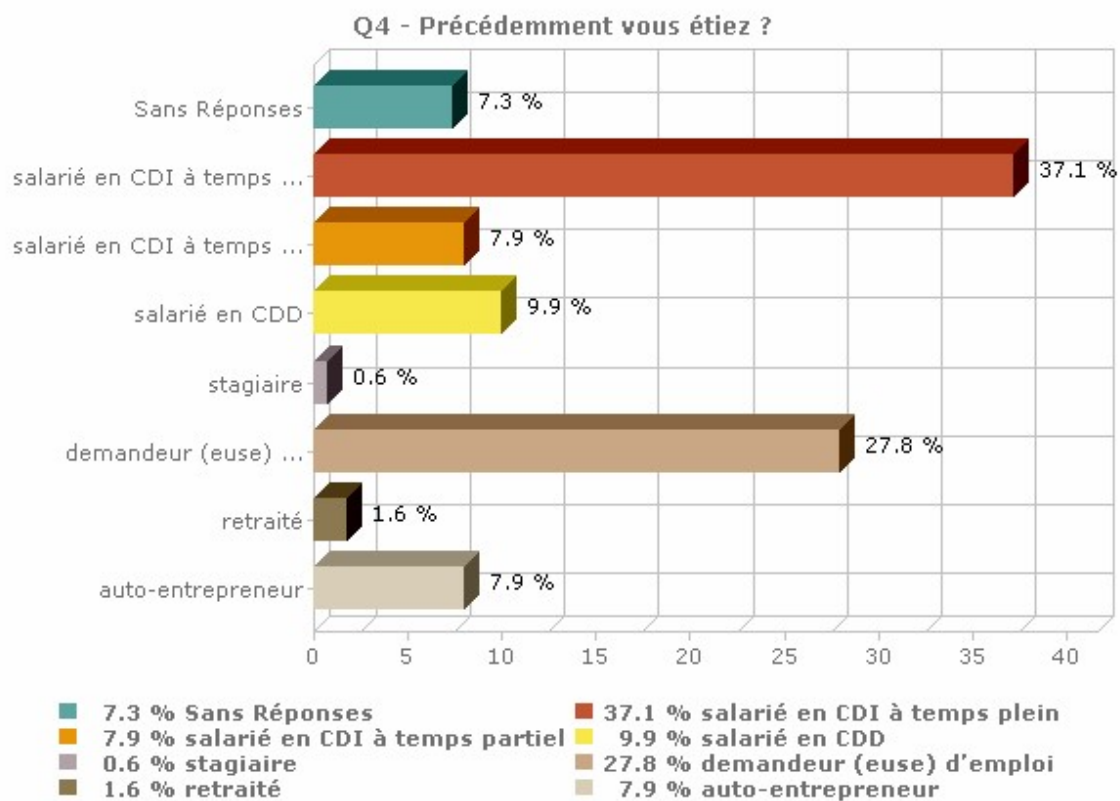


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	11	2.2 %
moins de un an	140	28.2 %
plus de un an et moins de deux ans	105	21.2 %
plus de deux ans et moins de trois ans	72	14.5 %
plus de trois ans	168	33.9 %

1.4. Q4 - Précédemment vous étiez ?

Graphique

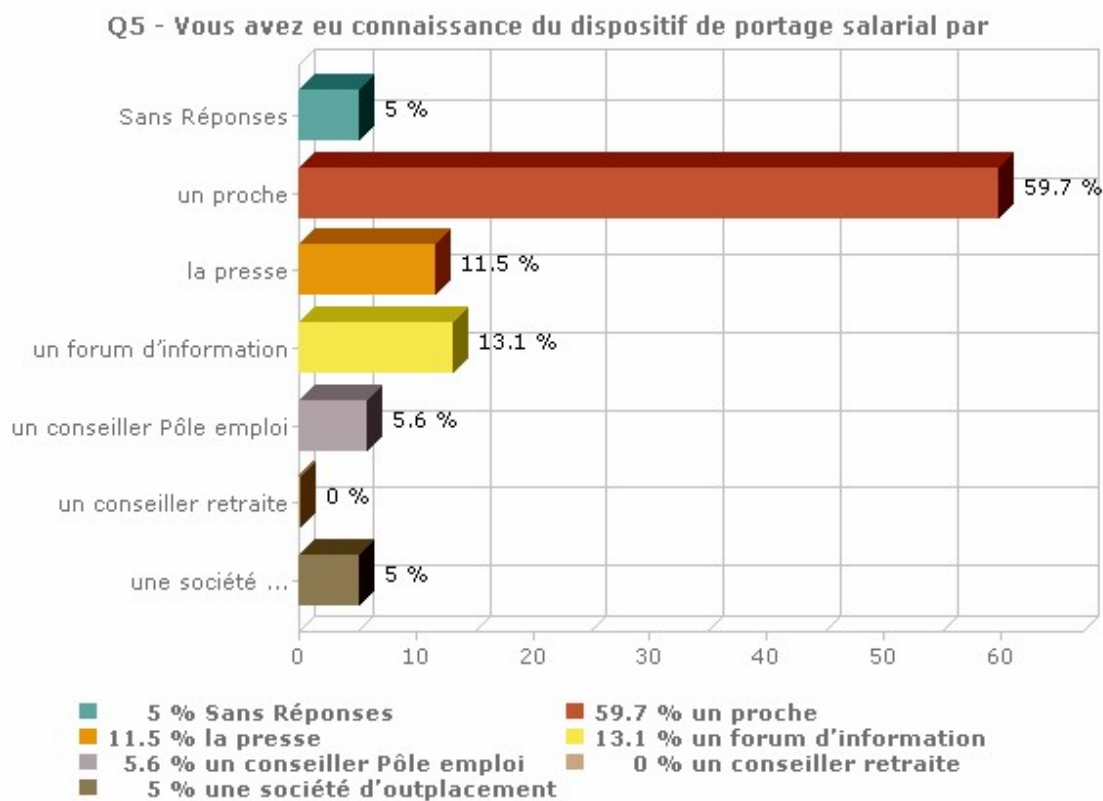


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	36	7.3 %
salarié en CDI à temps plein	184	37.1 %
salarié en CDI à temps partiel	39	7.9 %
salarié en CDD	49	9.9 %
stagiaire	3	0.6 %
demandeur (euse) d'emploi	138	27.8 %
retraité	8	1.6 %
auto-entrepreneur	39	7.9 %

1.5. Q5 - Vous avez eu connaissance du dispositif de portage salarial par

Graphique

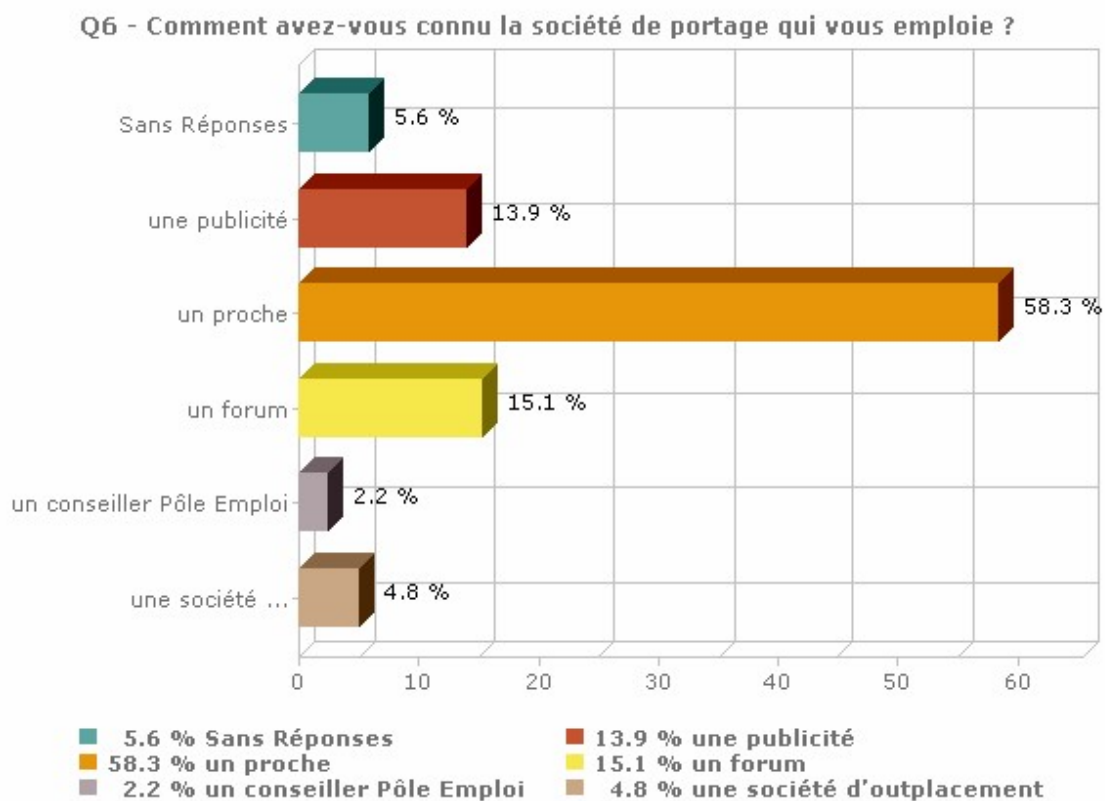


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	25	5 %
un proche	296	59.7 %
la presse	57	11.5 %
un forum d'information	65	13.1 %
un conseiller Pôle emploi	28	5.6 %
un conseiller retraite	0	0 %
une société d'outplacement	25	5 %

1.6. Q6 - Comment avez-vous connu la société de portage qui vous emploie ?

Graphique

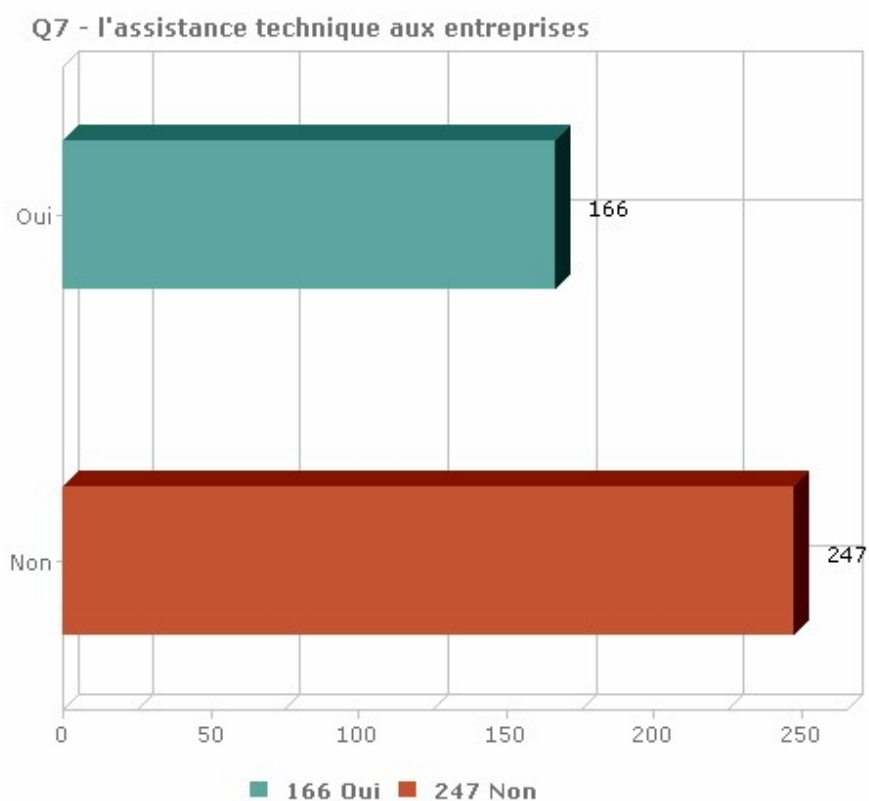


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	28	5.6 %
une publicité	69	13.9 %
un proche	289	58.3 %
un forum	75	15.1 %
un conseiller Pôle Emploi	11	2.2 %
une société d'outplacement	24	4.8 %

1.7. Q7 - l'assistance technique aux entreprises

Graphique



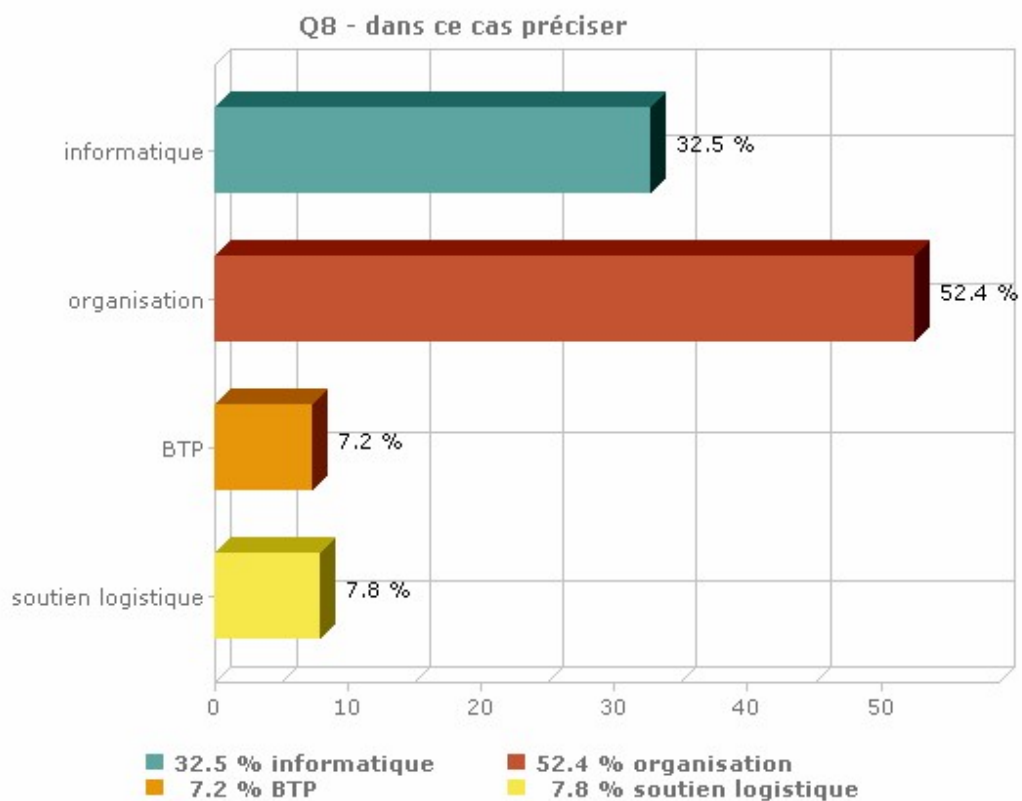
Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Oui	166	40.2 %
Non	247	59.8 %

* exclus des pourcentages

1.8. Q8 - dans ce cas préciser

Graphique



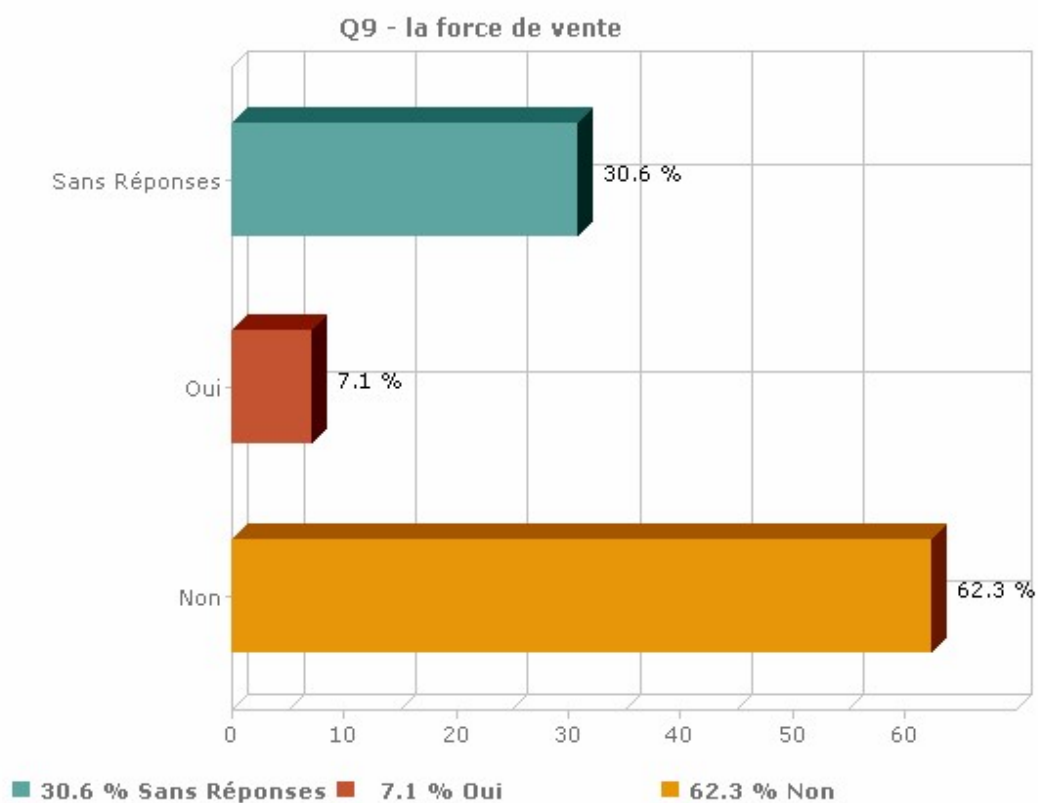
Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
informatique	54	32.5 %
organisation	87	52.4 %
BTP	12	7.2 %
soutien logistique	13	7.8 %

* exclus des pourcentages

1.9. Q9 - la force de vente

Graphique

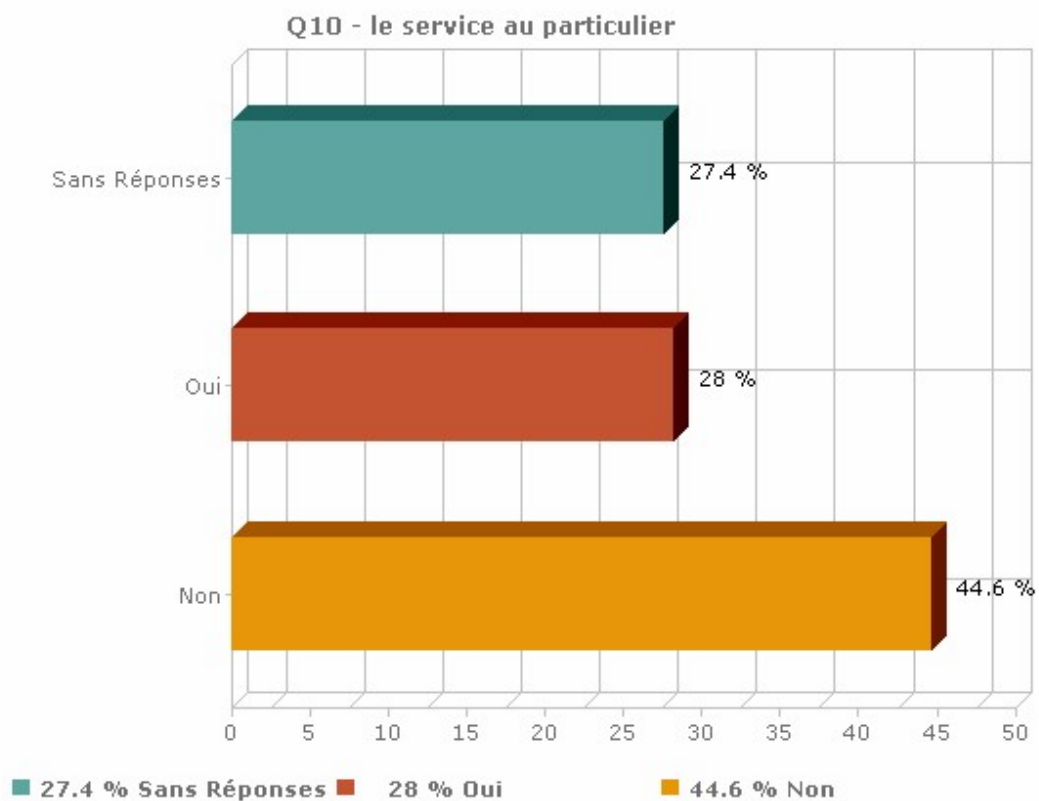


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	152	30.6 %
Oui	35	7.1 %
Non	309	62.3 %

1.10. Q10 - le service au particulier

Graphique

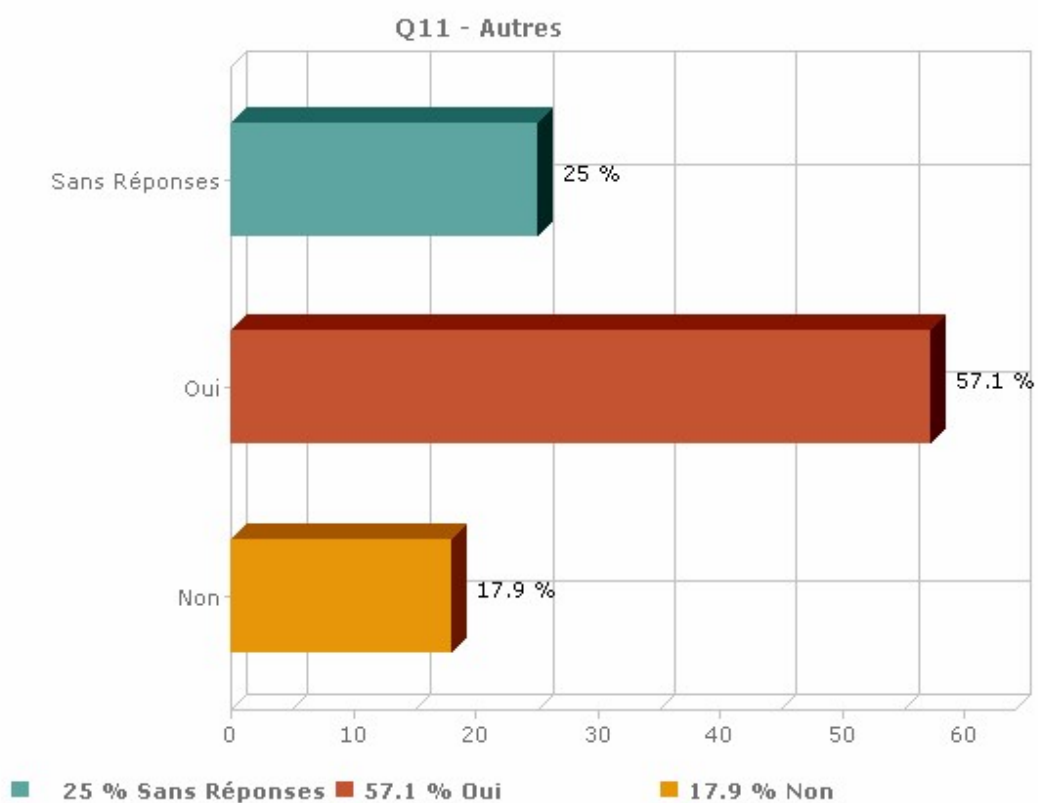


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	136	27.4 %
Oui	139	28 %
Non	221	44.6 %

1.11. Q11 - Autres

Graphique

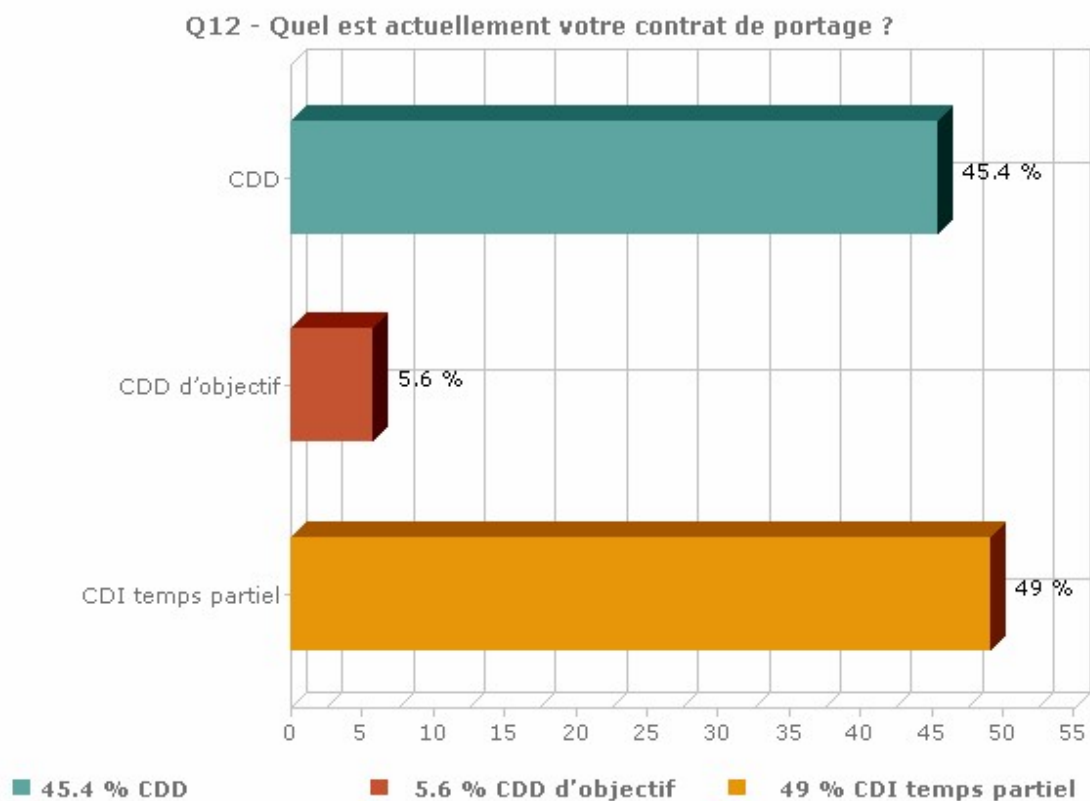


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	124	25 %
Oui	283	57.1 %
Non	89	17.9 %

1.12. Q12 - Quel est actuellement votre contrat de portage ?

Graphique



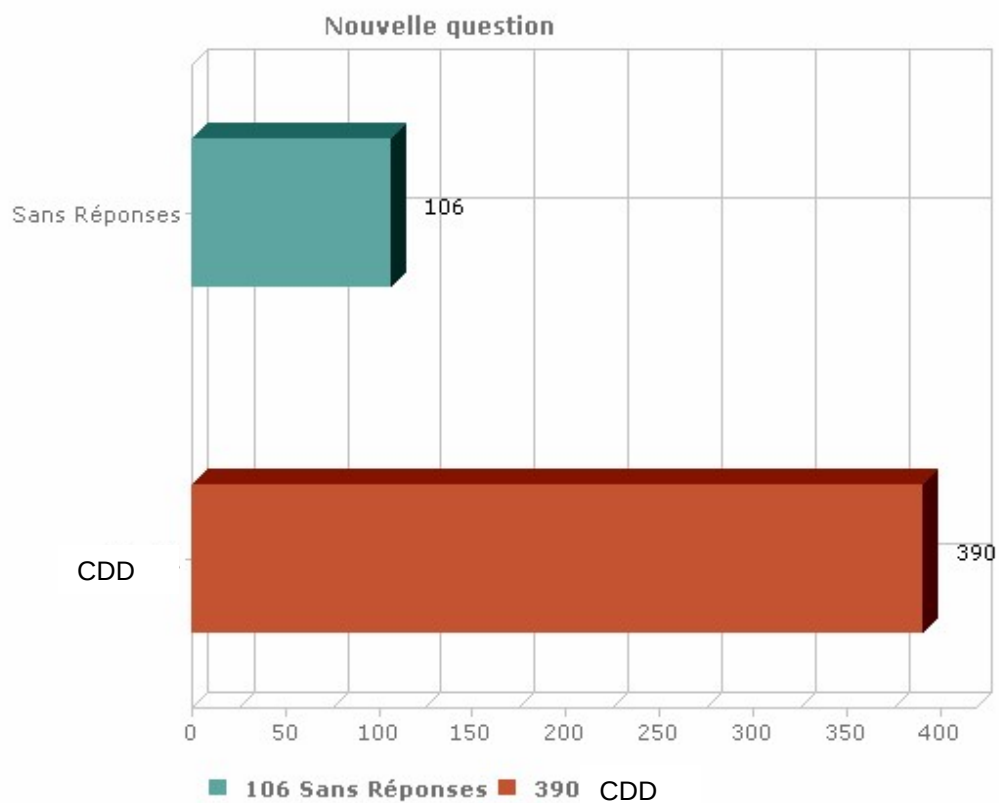
Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
CDD	210	45.4 %
CDD d'objectif	26	5.6 %
CDI temps partiel	227	49 %

* exclus des pourcentages

1.13. Q13 –Quel était votre contrat de portage il y a trois mois ?

Graphique



Données

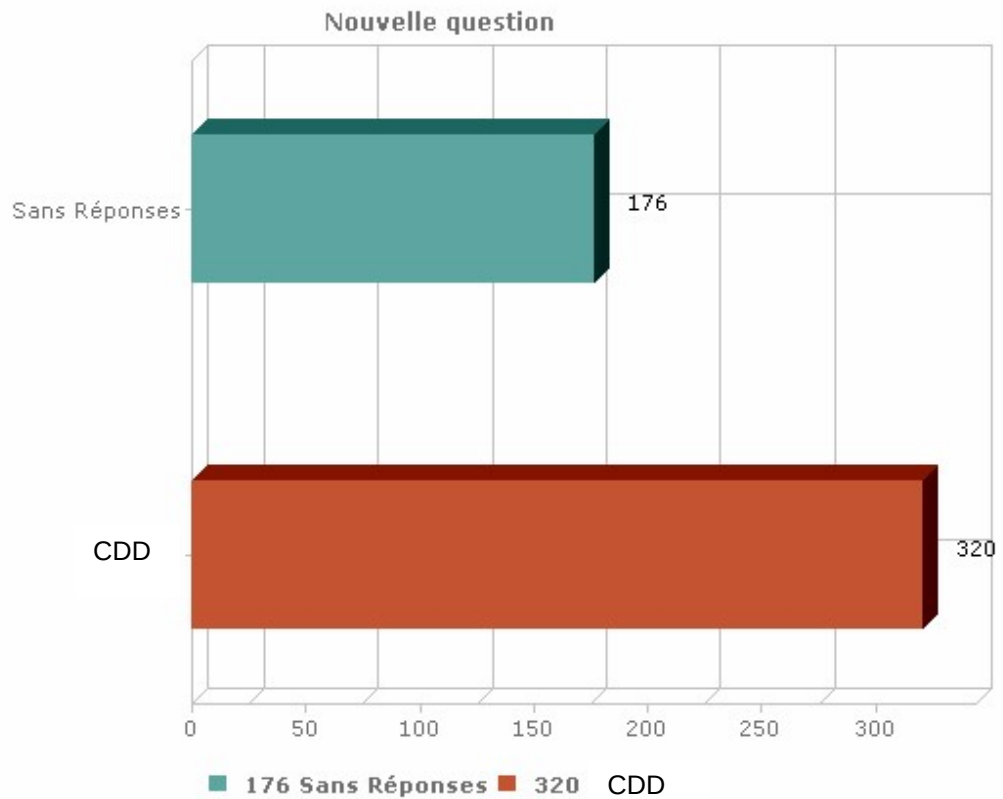
Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponse	106	21.4 %
Choix1 (CDD)	390	78.6 %

Statistiques

Somme	624462.7
Moyenne	1601.2
Médiane	1000
Ecart type	1999.1
Variance	3996446.5

1.14. Q14 - Quel était votre contrat de portage il y a six mois ?

Graphique



Données

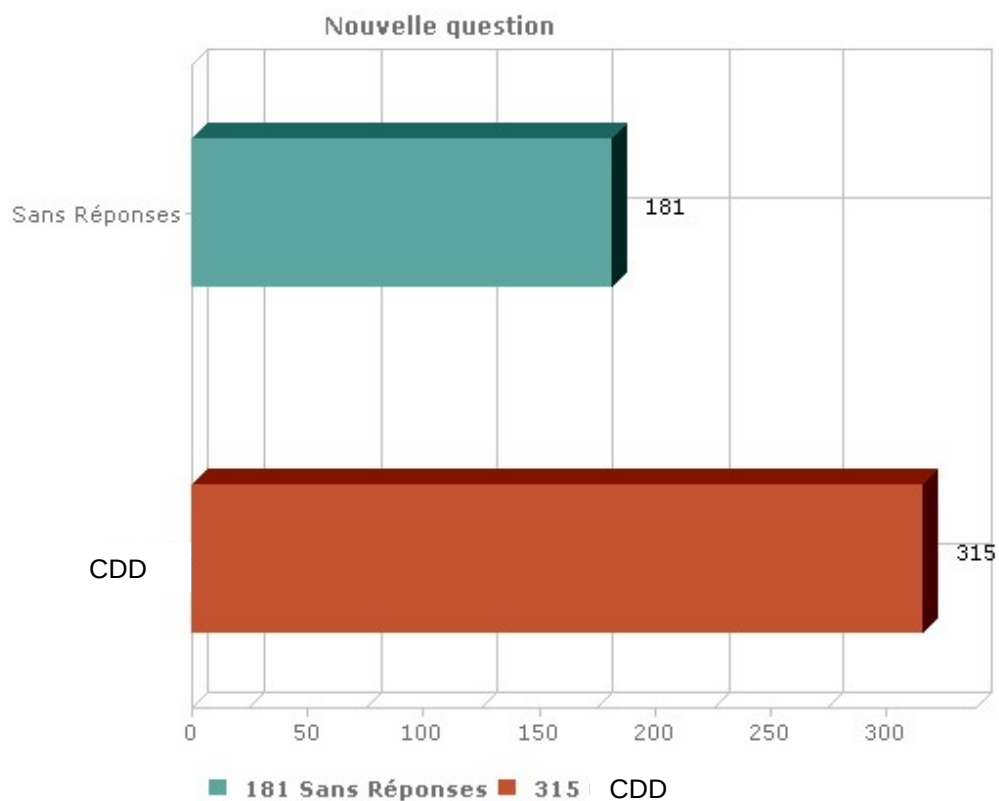
Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponses	176	35.5 %
Choix1 (CDD)	320	64.5 %

Statistiques

Somme	738325.8
Moyenne	2307.3
Médiane	1212.5
Ecart type	3424.7
Variance	11728902.6

1.15. Q15 - Quel était votre contrat de portage il y a douze mois ?

Graphique



Données

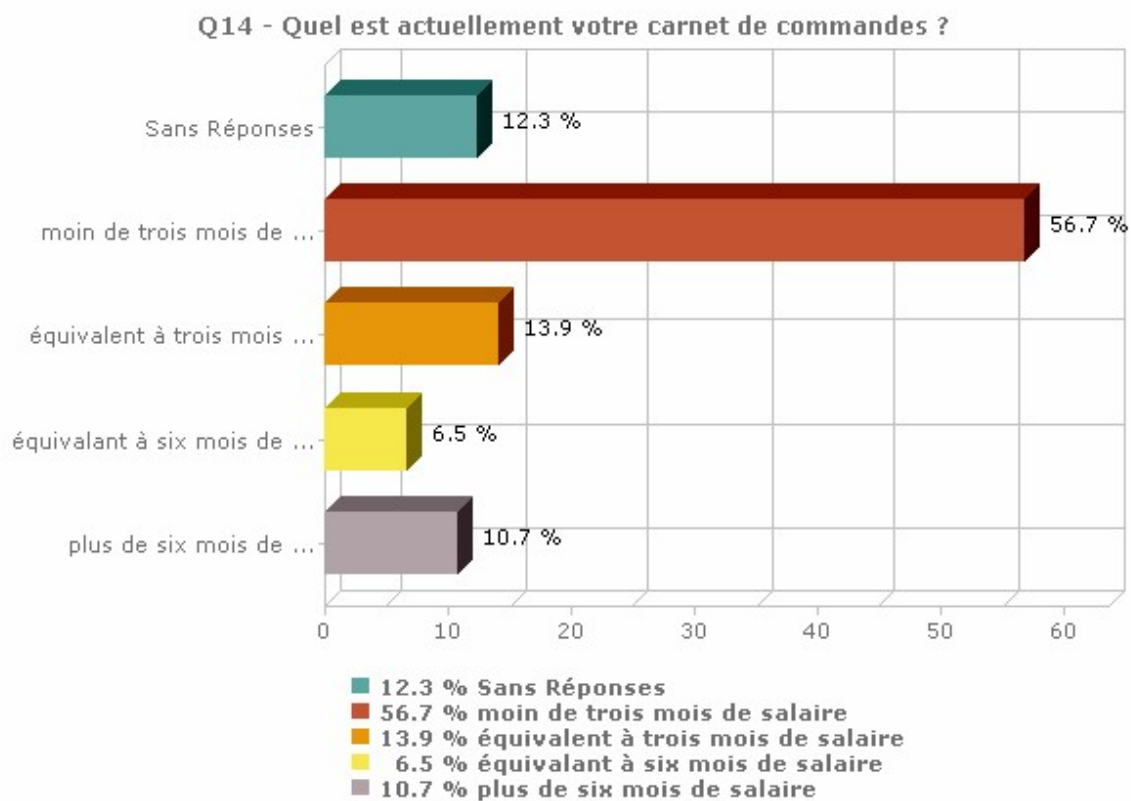
Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponse	181	36.5 %
Choix1 (CDD)	315	63.5 %

Statistiques

Somme	1200751.1
Moyenne	3811.9
Médiane	1460
Ecart type	7879.8
Variance	62091777.1

1.16. Q16 - Quel est actuellement votre carnet de commandes ?

Graphique

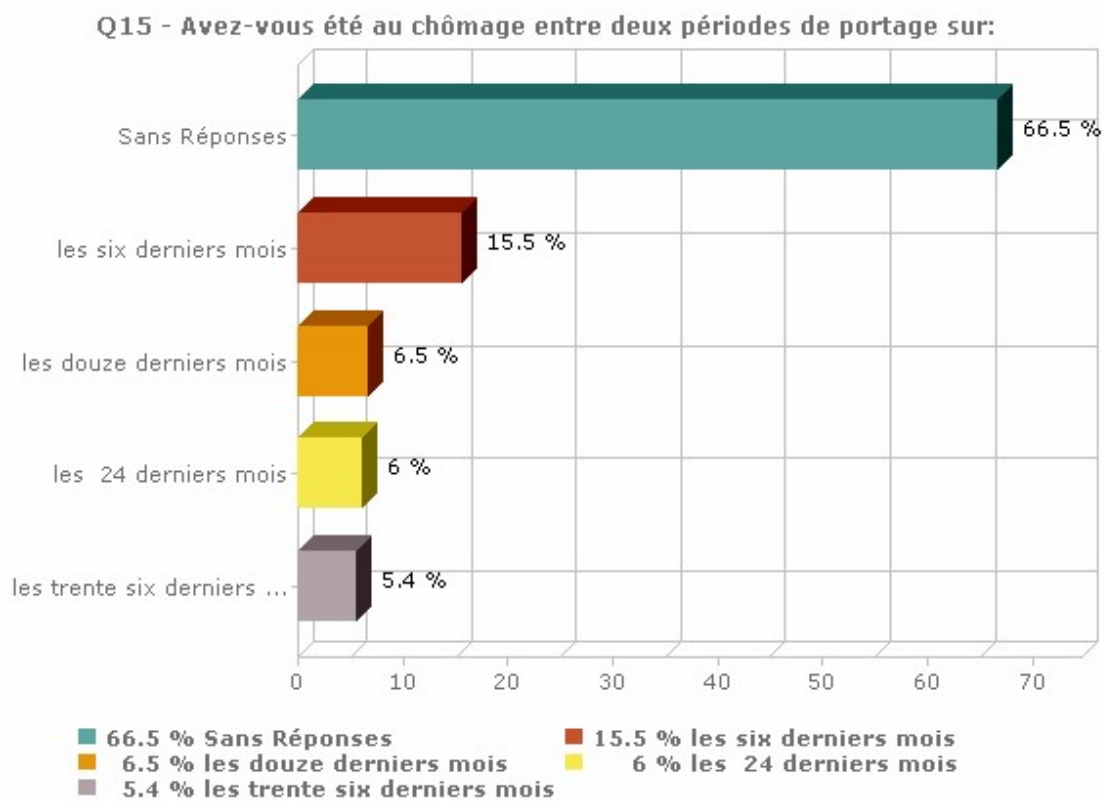


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponse	61	12.3 %
moins de trois mois de salaire	281	56.7 %
équivalent à trois mois de salaire	69	13.9 %
équivalant à six mois de salaire	32	6.5 %
plus de six mois de salaire	53	10.7 %

1.17. Q17 - Avez-vous été au chômage entre deux périodes de portage sur:

Graphique

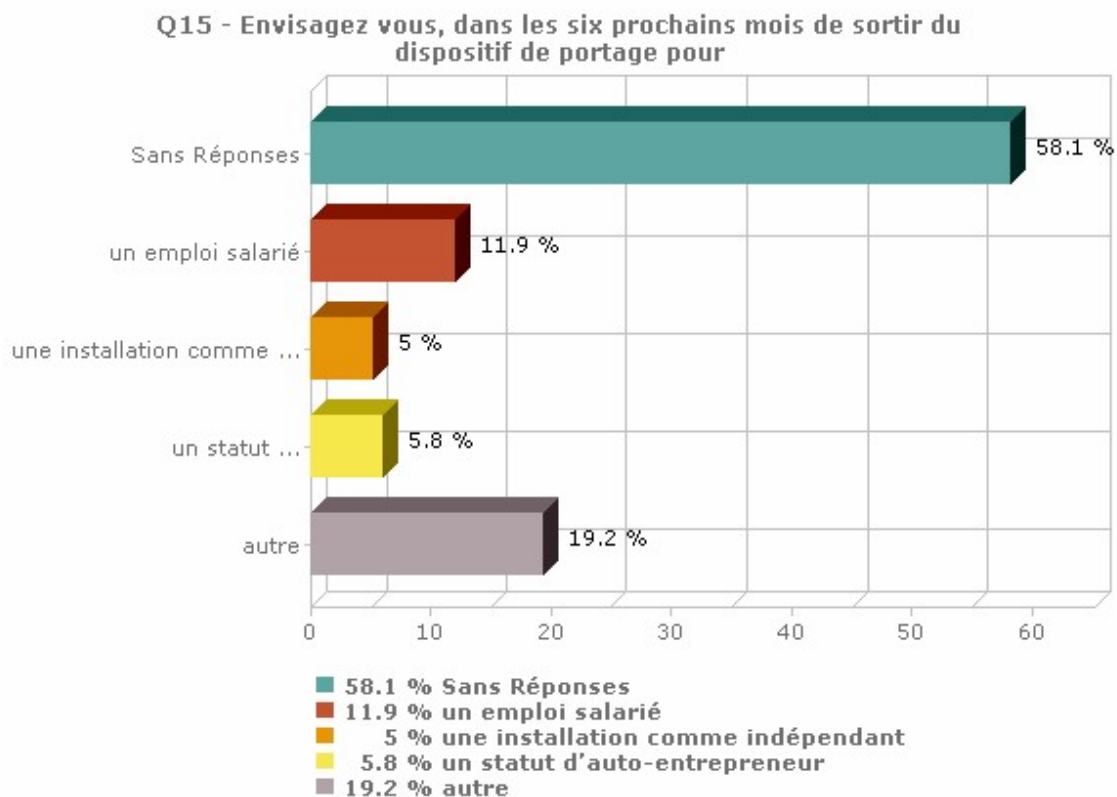


Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponse	330	66.5 %
les six derniers mois	77	15.5 %
les douze derniers mois	32	6.5 %
les 24 derniers mois	30	6 %
les trente six derniers mois	27	5.4 %

1.18. Q18 - Envisagez vous, dans les six prochains mois de sortir du dispositif de portage pour

Graphique



Données

Libellés	Nombre de réponses	Pourcentages
Sans Réponse	288	58.1 %
un emploi salarié	59	11.9 %
une installation comme indépendant	25	5 %
un statut d'auto-entrepreneur	29	5.8 %
autre	95	19.2 %

Fiche technique n°5 : « Mieux légiférer », étude d'impact préalable

Une impulsion européenne, puis désormais en France une obligation constitutionnelle

Plan

1. UN GUIDE POUR « MIEUX LEGIFERER » PAR LA COMMISSION EUROPEENNE.....	97
1.1. Résumé de la finalité poursuivie.....	97
1.2. Les préconisations pour mieux légiférer se décomposent en 4 étapes qui s'articulent	98
1.2.1. Analyser l'impact	98
1.2.2. Communiquer et tenir compte des avis des citoyens et des entreprises	98
1.2.3. Réduire les formalités administratives	98
1.2.4. Simplifier	98
2. EN FRANCE, PRODUIRE UNE ETUDE D'IMPACT EST DESORMAIS UNE OBLIGATION POUR LES PROJETS DE LOI	98
3. LES PRECONISATIONS DU CONSEIL D'ETAT POUR OPTIMISER LES ETUDES D'IMPACT	99
4. ANTICIPER CETTE ETUDE D'IMPACT CONCERNANT LE PORTAGE SALARIAL	99

1. UN GUIDE POUR « MIEUX LEGIFERER »¹⁹⁰ PAR LA COMMISSION EUROPEENNE

[205] Ce guide a été produit en 2006.

1.1. Résumé de la finalité poursuivie

[206] « La réglementation est un aspect nécessaire et reconnu de la société moderne. Nous légiférons à tous les niveaux : local, national et international. (...) Mais des dispositions réglementaires mal conçues et injustifiées peuvent s'avérer excessives et aller au-delà du strict nécessaire. Certaines règles sont exagérément prescriptives, entraînent des dépenses inconsidérées ou pouvant se révéler contre-productives. Il peut en résulter, avec le temps, un empilement de réglementations qui se chevauchent partiellement, ce qui nuit aux entreprises, au secteur associatif, aux pouvoirs publics et aux citoyens. Les règles peuvent rapidement devenir inadaptées. La rapidité des développements technologiques, l'ouverture des marchés mondiaux et l'accès croissant à l'information exigent une révision constante des règles et leur adaptation au rythme soutenu d'un monde en perpétuelle évolution. » (...) « Les enquêtes démontrent systématiquement que, dans l'esprit des citoyens et des chefs d'entreprise, la «bureaucratie» est associée à des domaines de législation qui ne sont pas principalement traités au niveau européen, fiscalité, droit du travail, permis d'aménagement et de construction. »

¹⁹⁰ Brochure « L'initiative « Mieux légiférer » expliquée simplement ». Commission européenne. 2006

1.2. Les préconisations pour mieux légiférer se décomposent en 4 étapes qui s'articulent

1.2.1. Analyser l'impact

- [207] Pour mieux légiférer, il importe de prendre toute la mesure de l'impact qu'auront les dispositions concernées. Les propositions peuvent alors être adaptées de façon à produire les meilleurs résultats et à minimiser les conséquences indirectes négatives¹⁹¹.

1.2.2. Communiquer et tenir compte des avis des citoyens et des entreprises

- [208] C'est là le meilleur moyen de s'assurer que tous les intérêts ont été pris en considération. C'est aussi la meilleure garantie de qualité de la proposition. Une large consultation de la société civile permet de déceler si les politiques sont réalisables dans la pratique.

1.2.3. Réduire les formalités administratives

- [209] Les coûts administratifs sont supportés par les entreprises, les pouvoirs publics et les citoyens lorsque ceux-ci appliquent la réglementation. Ces coûts peuvent découler d'obligations légales de fournir des informations, un étiquetage, un suivi, un rapport. Si ces coûts sont trop élevés, ils peuvent neutraliser les avantages de la politique proposée initialement.

1.2.4. Simplifier

- [210] Le droit européen s'est progressivement développé au cours des cinquante dernières années, est devenu plus complexe. Prenant acte d'une complexité excessive de la réglementation dans certains domaines, la Commission a entrepris un programme ambitieux de révision des dispositions communautaires en vigueur, dans le but de la rendre plus claire, plus compréhensible, plus moderne et plus accessible. Ce programme concerne environ 200 actes législatifs.

2. EN FRANCE, PRODUIRE UNE ETUDE D'IMPACT EST DESORMAIS UNE OBLIGATION POUR LES PROJETS DE LOI

- [211] Avec cette même optique de devoir éclairer les débats, mais cette fois dans l'ordre juridique interne, l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 a complété l'article 39 de la Constitution, (lui-même issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), en obligeant le Gouvernement à accompagner tout projet de loi d'une étude d'impact expliquant notamment pourquoi l'introduction d'une nouvelle législation est nécessaire et ce que l'on peut en attendre.

- [212] Réalisées sous la responsabilité du ministre en charge de présenter le projet de loi devant le Parlement, les études d'impact doivent depuis le 1er septembre 2009¹⁹², obligatoirement être jointes au projet de loi lors de son dépôt aux Assemblées :

- Elles doivent permettre d'évaluer, au préalable, les incidences économiques, financières, sociales, environnementales des réformes envisagées dans le cadre d'un projet de loi.

¹⁹¹ La Commission européenne a rendu l'évaluation d'impact obligatoire pour les propositions importantes et, depuis 2003, la Commission en a réalisé plus de cent cinquante. Cette initiative a profondément modifié la façon dont les propositions sont élaborées à l'intérieur de la Commission européenne. Il s'agit d'une approche fondée sur la connaissance et l'expertise technique afin de garantir que les décisions relatives à l'opportunité et aux modalités de traitement d'une initiative reposent sur des éléments solides et une analyse approfondie des options. Une des options désormais régulièrement évaluée est de ne prendre aucune mesure au niveau communautaire. La Commission peut ainsi prendre des décisions en se basant sur tout un éventail d'options, dont chacune présente des avantages et des coûts.

¹⁹² Sauf exceptions prévues par la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009

- Elles définissent les objectifs poursuivis, exposent les motifs du recours à une nouvelle législation.
- Elles font l'état actuel du droit dans le domaine visé.
- Elles présentent l'articulation du projet avec le droit européen.
- Elles procèdent à l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet.
- Elles énoncent les modalités d'application envisagées ainsi que leurs conséquences.

[213] Parallèlement, ces études d'impact sont rendues publiques par leur mise en ligne.

3. LES PRECONISATIONS DU CONSEIL D'ETAT POUR OPTIMISER LES ETUDES D'IMPACT

[214] Dans son rapport public 2011¹⁹³, le Conseil d'Etat énonce 18 propositions visant à favoriser une « *administration délibérative* », au sens de mieux faire participer les citoyens, les administrés et les usagers à l'élaboration de la décision publique. Parmi ces propositions, plusieurs¹⁹⁴ tendent à optimiser et étendre l'usage de la novation des études d'impact préalables :

- Proposition n° 3 : « **Utiliser toutes les potentialités des études d'impact** offertes par les dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 pour **combiner et renforcer les deux phases de toute réforme** : celle, amont, de concertation et celle, aval, de consultation, selon des modalités spécifiques à chaque réforme. »
- Proposition n° 4 : **Favoriser la prise en compte effective** dans les études d'impact **des concertations préalables**, au delà d'une simple liste ou encore du seul résumé de ces dernières, **afin de faire en sorte que concertations, études d'impact et consultations ne soient plus des processus séparés mais articulés de manière cohérente et maîtrisée dans le temps.**
- Proposition n° 5 : **Etendre les études d'impact** conduites selon la méthode mise en place par le secrétariat général du Gouvernement à la suite de l'entrée en vigueur de la loi organique du 15 avril 2009 **aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome et ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens.**

4. ANTICIPER CETTE ETUDE D'IMPACT CONCERNANT LE PORTAGE SALARIAL

[215] La mission a par ailleurs démontré que pour définir l'organisation et la régulation de la technique d'organisation de l'emploi qu'est le portage salarial l'intervention du législateur est inéluctable, en articulation avec une consultation des partenaires sociaux interprofessionnels.

¹⁹³ Ce rapport est intitulé « Consulter autrement, participer effectivement »

¹⁹⁴ Dans les transcriptions des propositions concernées, la mission a conservé la typographie accentuée telle qu'elle figure dans la communication du Conseil d'Etat.

[216] Par suite et puisque cette procédure d'étude d'impact s'imposera en amont pour éclairer tout débat législatif, et qu'elle aura aussi vocation à documenter le processus de négociation collective, la mission :

- a organisé ses propositions sur plusieurs séquences. Il s'agit en effet de préserver les conditions d'élaboration d'une étude d'impact d'autant plus éclairante sur les conséquences du portage salarial que cette nouvelle forme d'activité est au plan quantitatif fort mal cernée et chiffrée, et qu'elle suscite depuis des années dans le monde socio-économique et parmi la doctrine juridique des débats vifs et persistants ;
- a proposé que le processus de régulation juridique à venir concerne non seulement le portage salarial proprement dit, mais du même coup aussi opère une très souhaitable simplification et harmonisation des règles dans l'empilement existant des dispositifs d'emplois triangulaires.

Fiche technique n°6 : Quelle protection sociale pour le travailleur économiquement dépendant ?

Avec un panorama d'exemples européens

Plan

DEFINITIONS ET PROBLEMATIQUE	101
1. VERS UNE PRISE EN COMPTE DE LA VARIETE DES FORMES D'EXERCICE DU TRAVAIL ET DES ACTIVITES PROFESSIONNELLES ?	103
1.1. <i>Les perspectives du rapport Antonmattéi-Sciberras : faut-il créer une catégorie intermédiaire, « le travailleur économiquement dépendant » ?</i>	103
1.2. <i>Plutôt qu'une segmentation, faut-il choisir la voie de la « para-subordination » vers un droit de l'activité professionnelle ?</i>	104
1.3. <i>Généralités sur le travail indépendant en Europe</i>	105
1.4. <i>Avis du Conseil économique et social européen</i>	107
2. PANORAMA D'EXEMPLES EUROPEENS	108
2.1. <i>Allemagne</i>	108
2.2. <i>Royaume-Uni</i>	109
2.3. <i>Italie</i>	109
2.4. <i>Espagne</i>	110

DEFINITIONS ET PROBLEMATIQUE

[217] Le contrat de travail salarié n'a jamais été la forme unique par laquelle une personne peut s'engager à travailler, ni même la forme unique du travail dépendant puisque dans la plupart des pays européens les fonctionnaires ne pas soumis au droit commun du travail. L'histoire du XX^e siècle a été celle d'un **progrès continu du travail salarié**¹⁹⁵, avec développement de droits sociaux attachés à la qualité de salarié notamment en matière de sécurité sociale, **et du recul corrélatif des diverses formes de travail indépendant**.

[218] Dans la période récente, le développement du travail indépendant répond à 2 stratégies différentes¹⁹⁶ :

- soit de dévalorisation, où le recours au travail indépendant sert à expulser hors du droit du travail et de la protection sociale¹⁹⁷ des travailleurs peu qualifiés et en situation de précarité : forme, parfois frauduleuse, de réglementation ;

¹⁹⁵ Ce progrès du salariat allant historiquement, économiquement et sociologiquement de pair avec l'essor industriel et le besoin qu'avaient les usines de fixer à plein temps la main d'œuvre issue de l'exode rural et d'autres secteurs d'activité...

¹⁹⁶ Cf. le rapport collectif « Au-delà de l'emploi », sous la direction d'Alain Supiot, pour la commission européenne (1999)

- soit de valorisation, où le recours au travail indépendant libère les capacités d'innovation et d'adaptation de travailleurs réellement autonomes et souvent hautement qualifié.

[219] Le droit français de la relation de travail reste marqué par une opposition ancienne entre le travail salarié dépendant, et le travail indépendant. Le rapport salarié, régi par un contrat de travail, permet l'application aux parties des dispositions du Code du travail, tandis que le rapport de travail indépendant n'est pas couvert par le champ du droit du travail, mais par le droit civil commun des contrats, ou le droit des affaires.

[220] Avec en arrière plan ce conflit de frontière récurrent entre le travail salarié subordonné (dans le cadre d'un contrat de travail) et le travail indépendant, le code du travail fournit une définition du travailleur indépendant :

Article L. 8221-6-1 code du travail (créé par loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 11)

« Est *présumé travailleur indépendant* celui dont les conditions de travail sont définies exclusivement par lui-même ou par le contrat les définissant avec son donneur d'ordre. »

[221] **Ce clivage récurrent entre salariat et activité indépendante constitue à la fois le contexte et une importante clé d'explication de l'essor dont profite le portage salarial** depuis quelques années : l'attractivité dont les entreprises de portage tirent parti provient largement de cette synthèse prétendue –quasi alchimique ?- entre ces deux formes d'activité ordinairement si antagonistes... Au principal, l'intérêt rencontré par le portage tient à son apport d'une réponse simple et accessible à un besoin par ailleurs mal pris en compte des travailleurs indépendants en matière de protections sociales. Mais finalement, ce succès s'apparente à un effet d'aubaine qui renvoie à l'ambiguïté initiale du portage salarial, tant il fait l'économie (ou plutôt l'impasse) d'un débat clair et explicite sur les conditions économiquement et socialement équilibrées qui permettraient, -au-delà des phases transitionnelles de maturation des projets individuels- à des indépendant de bénéficier des protections conçues et gérées pour la population des salariés.

[222] En effet, sur le fond, l'évolution avérée des conditions de l'activité des salariés comme celle des indépendants justifie un examen plus approfondi, et que des choix collectifs explicites soient faits plusieurs voies :

- D'une part ce clivage habituel entre salariés et indépendants formant 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 : c'est **cette problématique de la dépendance économique** qui a été explorée par un récent rapport remis au ministre du travail (I) ;
- Et d'autre part, alors que **le droit français reste jusqu'à présent attaché à cette opposition**, force est de constater que ce n'est **pas le cas d'un certain nombre de systèmes juridiques européens**, comme le droit italien et le droit espagnol, qui ont d'ores et déjà construit dans leurs droits positifs une troisième catégorie entre ces deux formes de travail (II).

[223] Partant de ce double constat, il n'était pas dans le mandat de la mission de procéder à des investigations approfondies sur ces sujets prospectifs. Elle a donc été effectuée une simple mise en perspective documentaire. Il en résulte des voies possibles que les partenaires sociaux et le législateur pourraient emprunter et qui du coup engloberaient -tout en le dépassant- le particularisme de la sécurisation du portage salarial pérenne hors contrat de travail...

¹⁹⁷ A cet égard, il est intéressant de remarquer que globalement les contentieux de la requalification de travail indépendant en travail salarié ne sont pas d'abord des contentieux du licenciement, mais des contentieux de l'accès à la protection sociale.

1. VERS UNE PRISE EN COMPTE DE LA VARIÉTÉ DES FORMES D'EXERCICE DU TRAVAIL ET DES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES ?

- [224] Aux cours des étapes historiques précédentes, l'élargissement du critère de la subordination a permis « la salarisation » d'un grand nombre d'emplois qui pourtant requièrent par nature une certaine indépendance : médecins, journalistes, enseignants, sportifs professionnels.
- [225] Comme d'autres l'ont déjà pointé, il en résulte un paradoxe : « *Le droit du travail a cessé d'être le droit des ouvriers et des employés pour devenir le droit commun de toute relation de travail* ». (...) *D'une manière générale, le relâchement du lien entre subordination et statut salarial a permis à des travailleurs jouissant d'une grande indépendance (dirigeant d'entreprise, par exemple) de s'emparer des protections du droit du travail, tandis que les travailleurs les plus faibles se voyaient au contraire privés de tout ou partie de ces protections par la précarisation de leur emploi, voire expulsés du droit du travail par le recours à la fausse indépendance¹⁹⁸* ».
- [226] Ces effets contrastés démontrent qu'il n'est donc pas soutenable de prolonger cette voie indéfiniment, qu'il y a matière à démocratiquement « rebattre les cartes ».

1.1. Les perspectives du rapport Antonmattéi-Sciberras¹⁹⁹ : faut-il créer une catégorie intermédiaire, « le travailleur économiquement dépendant » ?

- [227] Le « *travailleur économiquement dépendant* » visé par ce rapport est un travailleur indépendant : c'est-à-dire qu'il n'est pas sous la subordination juridique d'un employeur, et qu'il ne s'agit pas non plus d'un « faux » indépendant susceptible d'être requalifié, par le juge, de salarié subordonné : cette dépendance économique avérée s'analyse au travers de quelques critères. Les auteurs du rapport proposent de créer une nouvelle catégorie juridique, entre le salarié et l'indépendant (disposant d'une clientèle diversifiée) pour protéger cette frange croissante de travailleurs dépendants au plan économique, mais indépendants au plan juridique, et donc ne bénéficiant que d'une faible protection en droit de la sécurité sociale et du travail.
- [228] Le **critère du chiffre d'affaires** permet d'établir le degré de dépendance d'une personne face à un client principal : bien que travailleur indépendant, sa situation pratique est en effet différente si son chiffre d'affaire est dépendant à 100 %, à 50 %, ou moins, d'un donneur d'ordre. En Espagne un critère de 75 % de dépendance a été retenu, au niveau des revenus, pour appliquer le statut de travailleur économiquement dépendant. Les auteurs du rapport proposent eux un seuil de 50 %, éventuellement augmentable par le jeu de la négociation collective.
- [229] Le **critère de la durée de la relation d'activité** permet d'établir le caractère habituel des relations de travail. Les auteurs proposent une durée minimale de deux mois de relations continues de travail pour pouvoir établir le critère de dépendance économique. Ce critère peut aussi faire l'objet d'aménagement à la hausse par le biais de la négociation collective.
- [230] Le **troisième critère** proposé est celui de la **dépendance de l'organisation productive du travailleur par rapport à l'activité du donneur d'ordre**. Ce critère prend en compte la faiblesse du travailleur en cas de cessation de la relation contractuelle, et complète les deux précédents en évaluant concrètement la dépendance économique du travailleur. Cela peut concerner, par exemple, des travailleurs obligés à une forte spécialisation par leur donneur d'ordre, rendant plus complexe et aléatoire une éventuelle reconversion.
- [231] Le rapport propose d'intégrer les travailleurs économiquement dépendant dans le régime général de la sécurité sociale. Ces travailleurs disposeraient ainsi de la même couverture sociale que les salariés.

¹⁹⁸ « *Au-delà de l'emploi* », rapport précité, p 40.

¹⁹⁹ P.-H. Antonmattéi et J.-C. Sciberras, « *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* » Rapport remis au Ministre du travail (novembre 2008) ; Dr. Soc.2009, 221

- [232] Et concernant les règles du droit du travail, les auteurs proposent de faire bénéficier lesdits travailleurs d'un certain nombre de dispositions protectrices : notamment les droits fondamentaux (législation contre les discriminations, droit à la négociation collective, droit de grève...), le droit à la formation professionnelle, voire une procédure entourant les conditions de la rupture du contrat de prestations. On peut aussi ajouter des règles essentielles concernant les risques professionnels et la santé au travail, en les reliant avec des problématiques de santé publique.

1.2. *Plutôt qu'une segmentation, faut-il choisir la voie de la « para-subordination²⁰⁰ » vers un droit de l'activité professionnelle ?*

- [233] Ayant beaucoup œuvré sur ce nouveau concept de para-subordination, l'avocat-conseil en droit social Jacques Barthélémy est en retrait de la voie esquissée par le rapport précité. Il estime qu'« une telle catégorie intermédiaire présente un inconvénient sérieux : celui de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant, qui le seront même davantage dans la mesure où le fondement de la différence ne sera pas, comme l'est la subordination juridique pour la distinction entre salariés et indépendants, une fonction ou une profession, mais un type de relation avec le donneur d'ordre²⁰¹ ».
- [234] Cet auteur préconise, par delà le droit du travail classique, le développement d'un « droit de l'activité professionnelle²⁰² », couvrant en cercles concentriques l'ensemble des formes de travail, depuis le plus subordonné au travail réellement indépendant ou para subordonné, selon une logique non plus de clivage mais de *continuum* par dégradés successifs et des statuts différenciés en fonction du degré d'autonomie.
- [235] Dans son rapport « le travail et l'emploi dans 20 ans²⁰³ », le centre d'analyses stratégiques (CAS) explore les conséquences de l'affaiblissement du lien de subordination qu'il constate ; le rapport rejoint la thèse soutenue par J Barthélémy.

« Le schéma « subordination contre protection » qui caractérisait le travail dans la société salariale apparaît aujourd'hui fortement bancal, voire obsolète. La subordination a très bien fonctionné pendant longtemps mais a perdu de son efficacité, voire s'avère en partie inadaptée, notamment s'agissant des « travailleurs du savoir ». Les raisons sont nombreuses : développement du travail en réseau moins hiérarchique que l'organisation pyramidale fordiste, affaiblissement de la collectivité de travail avec des organisations dont le centre de décision ne se trouve plus sur le lieu de production, développement des contrats atypiques et/ou individualisés et des accords d'entreprise, etc.

« Ainsi, la subordination laisserait place à une logique de prescription où les procédures comptent davantage. La tendance devrait se poursuivre, l'enjeu étant plutôt dans la définition de ces prescriptions (sur quelle base, par quels acteurs, avec quel retour, etc. ?). La subordination laisserait même place à la « sub-organisation » : il faudrait rendre des comptes au réseau et non

²⁰⁰ Néologisme à partir du grec « para », à coté de.

²⁰¹ J. BARTHELEMY, « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Cahiers du DRH, juin 2008, n°144, p.35

²⁰² Cette conception revisite celle qu'avait esquissée Paul Durand, éminent juriste de la « théorie institutionnelle de l'entreprise » (comportant elle-même des analogies avec l'approche intégrative du droit germanique) qui en 1952, avait intitulé un de ses articles « Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle » (Droit Social juillet-août 1952 ; réédité en décembre 1970, p 1246). L'auteur y expose que le domaine d'application d'un certain nombre de droits s'exercent bien au-delà du travail subordonné : le droit syndical, le droit à la négociation collective, le droit grève concernent aussi les patrons, les artisans, les exploitants agricoles, les professions libérales... De même le droit à l'indemnisation des risques sociaux qui a trouvé son origine dans le droit du travail : mais la réparation des accidents du travail, les assurances sociales, les allocations familiales ont progressivement été étendues bien delà du travail salarié, par le biais des institutions de sécurité sociales. Au plan des relations individuelles de travail, le « droit commun du travail » et droit de la fonction publique se sont mutuellement rapprochés. Il appelait de ses vœux le parachèvement de ce processus dans la construction d'un droit de l'activité professionnelle.

²⁰³ Rapport du CAS « Le travail et l'emploi dans 20 ans », juillet 2011. La citation est extraite des pages 130 et suivantes

plus à un supérieur hiérarchique. Désormais, il faut répondre aux exigences des clients, pour répondre aux exigences de son entreprise, qui elle-même doit répondre aux exigences du marché et des actionnaires. C'est dans le balancement entre ces différentes exigences et objectifs, parfois difficilement conciliables, que le travailleur se trouve subordonné.

« Le marché du travail ne peut être régulé sans une législation et un droit du travail appropriés. Ceux-ci doivent répondre à une double exigence : pour les individus, un besoin de sécurité de leur activité, permettant une vision de long terme sur leurs projets ; pour les entreprises, un besoin de flexibilité, donnant la possibilité d'être réactif et d'évoluer en fonction des attentes du marché. Face à cela se dessinent de nouveaux statuts aux frontières floues entre salariés, indépendant ou pluriactifs, ce qui pose certaines difficultés au droit du travail. Comment répondre aux besoins de chacun de façon homogène ?

(...)

« Cela protège l'ensemble des salariés mais, selon certains, cela surprotègerait les salariés qui en ressentent le moins le besoin, comme les cadres supérieurs qui peuvent négocier leur contrat individuel dans l'équilibre des pouvoirs et profitent en outre d'un filet protecteur du droit du travail. Dans le même temps, cela laisse sans protection les travailleurs indépendants juridiquement mais dépendants économiquement. La dépendance économique affecte aussi l'équilibre contractuel et justifie le développement de dispositifs protecteurs. Face à cela, Jacques Barthélémy prône le développement de la para subordination en droit français. Cela faciliterait les transitions entre le travail salarié et le travail indépendant. Sans en faire une nouvelle catégorie entre les salariés et les indépendants, ce concept serait le catalyseur d'une mutation du droit du travail en droit de l'activité professionnelle. »

1.3. Généralités sur le travail indépendant en Europe²⁰⁴

[236] « La première chose que nous pouvons constater sur le territoire de l'Union européenne, est l'essor absolument généralisé de ce qu'il est convenu d'appeler les nouvelles formes de travail, qui englobent autant du travail indépendant, du travail à durée déterminée ou temporaire, du travail à temps partiel et une multiplicité de statuts. Si nous faisons le compte de l'ensemble des nouvelles formes de travail – y compris le temps partiel qui, pour certains pays européens est une nouvelle forme de travail, alors que dans d'autres comme les Pays Bas et même la France, cela est devenu une forme de travail qui n'est plus nouvelle et de moins en moins atypique - nous ne sommes pas loin de la moitié de la main d'oeuvre en Europe. Ce qui veut dire que le CDI à temps plein, ne représente plus qu'une petite majorité des relations de travail sur le continent européen.

[237] « Il y a bien sûr beaucoup de facteurs d'explication dont trois paraissent essentiels.

- 1°) Toute la transformation, les restructurations de l'entreprise, entendez non pas seulement au sens des plans sociaux, mais des réorganisations, tous les phénomènes auxquels il a été fait allusion (...) sur la constitution d'entreprises en réseaux, les phénomènes de délocalisation intra et extra européenne, constituent la première chose.
- 2°) Nombre de pays européens ont procédé, depuis une bonne dizaine d'années, à des réformes très importantes de leur marché du travail, placé en général sous le signe de la flexibilisation. Même si le terme maintenant à la mode est la flexi-sécurité, nous allons dire quand même que le flexi l'emporte sur le sécuritaire.
- 3°) Depuis 2004, les transitions économiques majeures qui impactent toute la partie Est de notre continent et qui sont sans commune mesure avec ce que nos pays ont connu ces dernières années.

[238] « Quelques chiffres avant de poursuivre sur la notion de travail indépendant et de travail indépendant subordonné ou para subordonné.

²⁰⁴ Source : extraits d'une conférence en septembre 2008 sur « L'essor du travail indépendant en Europe – un défi pour le droit du travail » / Claude Emmanuel Triomphe (Astrée)

- [239] « Un travailleur européen sur six est un travailleur indépendant. C'est extrêmement important. Ce n'est plus une figure marginale. Nous avons à peu près 21 millions de travailleurs indépendants sur le territoire de l'Union sur 122 millions de travailleurs. Mais cette réalité pour être absolument massive, est très différenciée géographiquement. Le summum est atteint en Roumanie avec des estimations qui, selon l'OCDE ou Eurostat diffèrent ; les estimations les plus hautes donnent 43 % ; 26 % pour la Grèce ; aux alentours (cela fluctue selon les années) de 27 et 30 % pour la Pologne ; et puis une large catégorie de pays tournent entre 10 et 15 % ; la France est autour de 10 %. Certains pays sont en dessous de 10 % : un pays comme le Danemark ou la Slovaquie.
- [240] « Quatre grandes figures du travail indépendant se dégagent en Europe.
- La première figure : ce sont les personnes physiques qui créent leur entreprise et offrent des services à d'autres entités économiques.
 - Deuxième figure : des personnes physiques qui utilisent des formules de partenariat civil entre elles, en vue de conduire une activité économique et sans que ce partenariat soit un partenariat de subordination.
 - Troisième figure : bien connue, je ne m'y attarderai pas, les professions libérales.
 - Et quatrième figure : les personnes physiques qui conduisent des activités au profit exclusif d'une autre entité et sur lesquelles nous allons nous attarder.
- [241] « Ces catégories sont celles qui ressortent des enquêtes : il n'existe pas de définition juridique européenne. Nous savons tous qu'il n'existe pas de définition française du contrat de travail, donc n'oubliez surtout pas qu'il existe une définition juridique européenne du contrat de travail (je rappelle qu'il n'existe pas de directive européenne sur le contrat de travail). Il n'existe pas non plus de définition juridique européenne sur le travail indépendant. Ce sont des catégories d'enquêtes, de statistiques, ce ne sont pas des catégories juridiques dont je parle.
- [242] « Mais par contre, il est très certain, qu'en dépit de leur diversité, les 27 états membres partagent une vision binaire de la réalité ; d'un côté le salarié, et de l'autre côté le travailleur indépendant ou plus exactement le statut dit "d'entrepreneur". Ce sont donc ces deux figures juridiques qui sont à l'œuvre dans l'ensemble des états membres. Le travail indépendant est une réalité numériquement massive et aussi un sujet qui fait débat en Europe, et pas qu'en France. Une anecdote au passage : savez vous que dans les supermarchés de Slovaquie, 40 % des caissiers et des caissières sont des travailleurs indépendants (sans la caisse, bien entendu) ?
- [243] « Dans la plupart des pays européens qui sont largement impactés par la question du travail indépendant, se pose une double question, à la fois fiscale et de protection sociale. C'est ce qui fait le plus débat. Sur la protection sociale, il s'agit autant du paiement des cotisations que des bénéfices sociaux. Et ceci, est particulièrement vrai dans les pays d'Europe centrale qui sont dans le paradoxe d'avoir des taux de cotisation sociale singulièrement élevés, souvent supérieurs à 40 % ou 45 % pour des prestations sociales extrêmement faibles. Je viens de voir un article : en Lituanie, il a été découvert que 660 000 Litoniens, plus d'un tiers de la population active, aujourd'hui, n'est couverte par aucun système de retraite.
- [244] « Voilà un exemple des réalités qui se posent. Ces réalités essayent de se frayer un chemin au niveau de l'Union. La dernière tentative extrêmement modeste, est le Livre Vert de la Commission européenne sur l'avenir du droit du travail communautaire. Quelle est la proposition du Livre Vert ? Amener un certain nombre de sujets et demander à la fois aux états membres mais aussi aux acteurs économiques et sociaux, de réagir et de voir s'il existe la possibilité pour l'Europe, de se doter de règles communes. Le Livre Vert est sorti en 2006 et il cite explicitement trois des sujets qui sont au centre de ces journées, c'est-à-dire à la fois le travail dissimulé, le travail dit para subordonné, et la question des relations de sous-traitance.

- [245] « Ceci dit, quand nous voyons les réponses apportées à ce Livre Vert, par les acteurs sociaux et économiques d'un côté, les réponses des états membres de l'autre, il n'existe pas de raison d'être extrêmement optimiste sur l'adoption de règles communes. Il existe peu de consensus européen sur ces questions et je ne vous fais pas de dessin aujourd'hui sur les facteurs surdéterminants politiques européens à la fois de type idéologique mais aussi de type purement politique, qui mèneraient à des décisions communes.
- [246] « Puisque l'Union n'a pas de réponse toute prête et si elle s'aventurait à en mettre une sur les rails, elle mettrait entre cinq et dix ans à aboutir. Je tiens mes chiffres de la directive sur l'intérim qui va sans doute être adoptée sous présidence française, après la fin du veto britannique. Mais rien n'est sûr et la directive intérim aura mis dix ans entre le moment où elle a été proposée au conseil et le moment où elle sera adoptée par le conseil, sans parler de la difficile négociation avec le parlement. »

1.4. Avis du Conseil économique et social européen²⁰⁵

- [247] Cet avis analyse les tendances les plus récentes du "travail para subordonné", également appelé "travail indépendant économiquement dépendant".
- [248] La reconnaissance juridique d'une nouvelle catégorie de travailleurs, intermédiaire entre celle de salarié d'une part, et celle de travailleur indépendant d'autre part, n'est le fait que d'une partie des pays européens. L'objectif général des législations nationales existantes est de contribuer à mieux protéger certaines catégories de travailleurs sans pour autant les assimiler à des salariés. Cela concerne la protection sociale, certaines garanties offertes par le droit du travail aux salariés (revenu minimum, durée du travail, droit de s'organiser et d'agir collectivement...).
- [249] L'avis ne méconnaît pas les difficultés qui contrarient cette reconnaissance d'une nouvelle catégorie de travailleurs : « L'existence de tels statuts intermédiaires peut en effet susciter des réticences légitimes. On peut ainsi craindre que même si les catégories juridiques en cause sont clarifiées, une reconnaissance du travail indépendant économiquement dépendant ne conduise en pratique à reporter vers le travail indépendant économiquement dépendant des personnes qui étaient jusque là salariées, en référence, par exemple, aux stratégies d'externalisation de l'emploi adoptées par les entreprises. »
- [250] De fait, dans de nombreux cas, le passage au statut de travailleur indépendant économiquement dépendant n'est pas un choix volontaire mais forcé, sous l'effet de facteurs externes, tels qu'une externalisation de la production ou la reconversion d'une entreprise, entraînant la cessation des contrats de travail. Sont aussi pointées des pratiques relatives au "faux auto emploi" dans des secteurs « tels que la construction où cette pratique illégale est particulièrement répandue »
- [251] Dans tous les États qui l'ont adopté, il s'agit cependant d'un moyen de conférer davantage de protections juridiques à des travailleurs qui ne sont pas, au sens juridique, des salariés, mais des indépendants, néanmoins placés dans une situation telle qu'ils ne peuvent bénéficier de la protection économique que leur donnerait la possibilité de travailler pour une multiplicité de donneurs d'ordre. Ce peut également être un moyen de renforcer l'esprit d'entrepreneuriat.
- [252] Dans les pays où les travailleurs indépendants économiquement dépendants ne sont pas définis comme des salariés, une frange de plus en plus importante des travailleurs européens risque de rester sans protection.
- [253] Parmi les conclusions du CES européen, figure notamment à celle visant à « **Encourager les partenaires sociaux européens à inclure le travail indépendant économiquement dépendant dans leurs programmes de travail, au niveau interprofessionnel comme sectoriel.** »

²⁰⁵ Comité économique et social européen SOC/344 « Nouvelles tendances du travail indépendant : le cas particulier du travail indépendant économiquement dépendant », séance du 29 avril 2010

2. PANORAMA D'EXEMPLES EUROPEENS²⁰⁶

2.1. *Allemagne*²⁰⁷

[254] En Allemagne il n'existe pas de définition législative ayant une portée générale, ni s'agissant des salariés ni s'agissant des travailleurs indépendants. Par contre, certaines législations, par exemple en matière de sécurité sociale, ont défini la notion de travailleur salarié.

[255] Comme le souligne le Professeur Perrulli dans son rapport « le législateur allemand a remarquablement étendu le champ d'application du droit de la sécurité sociale, au-delà des frontières du travail salarié, pour y inclure les travailleurs, formellement travailleurs indépendants, qui se trouvent dans une situation de dépendance économique ». En effet, la législation de la sécurité sociale considère qu'elle a affaire à un salarié lorsque trois des éléments suivants sont présents :

- Le sujet ne donne pas de travail, en relation avec son activité, à aucun travailleur salarié soumis au régime de la sécurité sociale obligatoire, et le cas échéant, la rétribution dérivant de ce rapport ne dépasse pas en règle générale 630 marks par mois ;
- Il exécute le travail sur une longue durée et essentiellement pour le compte d'un seul commanditaire ;
- Le commanditaire, ou un commanditaire du même genre fait exécuter des activités du même ordre en général par des travailleurs que lui-même emploie ;
- L'activité du sujet en question ne permet pas qu'on y reconnaisse des caractéristiques typiques d'un commerce d'entreprise ;
- L'activité de ce sujet correspond à l'activité qu'il exécutait précédemment pour le même commanditaire sur la base du rapport de travail salarié. En matière d'impôt la législation allemande opère différemment. Sont des travailleurs salariés les personnes employées ou occupées, actuellement ou dans le passé, dans le cadre d'un rapport de travail dont ils obtiennent une rétribution. Au-delà de ce travail par assimilation à la catégorie de salarié, le travailleur économiquement dépendant a trouvé en Allemagne un traitement particulier avec la catégorie des « arbeitnehmerähnliche Person ». En 1974, la loi sur le contrat collectif a intégré dans son domaine d'application les travailleurs économiquement dépendant ayant besoin d'une protection sociale analogue à celle des salariés, lorsqu'elles exécutent leur prestation de travail en faveur d'autres sujets sur la base de contrats de service et d'ouvrage, personnellement et essentiellement sans le concours de travailleurs salariés et qui :
 - o Exécutent le travail pour une seule personne ou bien ;
 - o Reçoivent d'une seule personne, en moyenne, plus de la moitié de la rétribution qui leur est due pour le travail qu'ils ont exécuté ; si cette rétribution ne peut être évaluée, pour la calculer on se référera, tant que le contrat de travail ne prévoit rien de différent, aux 6 derniers mois, et, si l'activité a une durée inférieure, au temps couvert par cette activité.

[256] Le travailleur économiquement dépendant bénéficie des protections du travailleur salarié en matière de procès. Progressivement cette catégorie de travailleur se voit doté de nouveaux droits, ou bénéficie d'une présomption de salariat en matière de sécurité sociale.

²⁰⁶ Les données par pays sont issues de l'annexe 2 « *Législations étrangères* » du rapport précité du Pr ANTOMATTEI et JC SCIBERRAS pour le ministre du travail

²⁰⁷ Source : Rapport Perulli, *Travail économiquement dépendant/para subordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques*, 2003

2.2. *Royaume-Uni*²⁰⁸

[257] Le droit du travail Anglais, est fondé, comme ailleurs en Europe sur la distinction entre travail salarié (« contract of employment », et « contract of service ») et l'activité indépendante (« contract for services »). Il n'existe pas de définition légale de la subordination et de l'indépendance. Les deux situations sont distinguées à l'aide d'une série de critères :

- Le degré de pouvoir discrétionnaire et d'autonomie dans l'exécution de la prestation ;
- Le travail salarié est considéré comme faisant partie de l'activité économique, en ce qui concerne les modalités d'organisation du travail ;
- La répartition du risque économique entre l'employeur, le travailleur et l'Etat ;
- Les conditions de la contractualisation ou de « l'embauche ».

[258] Ces critères servent également à caractériser une situation de dépendance économique. S'il n'existe pas à proprement parler de notion de travailleur parasubordonné, la législation a introduit la catégorie des « workers » à mi chemin entre celle de travailleur salarié et celle de travailleur indépendant. La catégorie des « workers » comprends les salariés et ceux qui travaillent pour un employeur sans être nécessairement placés sous son autorité. Il existe également une catégorie supplémentaire : les « self employed workers ». Ils se distinguent des « workers » par le fait qu'ils fournissent leur propre équipement, sont responsables de l'organisation et de la réalisation du travail qui leur est demandé, assument au moins une partie du risque financier, et sont responsables de leur assurance et de leurs cotisations aux régimes de sécurité sociale.

[259] Au Royaume Uni la protection des travailleurs est organisée en cercles concentriques. La catégorie des « employees » bénéficient du maximum de droits. Les « workers » bénéficient d'une protection en matière de salaire minimum, de durée du travail et de congés. Les « self employed workers » disposent de droits en matière de santé et de sécurité.

[260] En 1999 le gouvernement Britannique avait annoncé la réduction des écarts de protection entre « employees » et « workers » en dotant ces derniers des mêmes droits. A ce jour les dispositions nécessaires pour y parvenir n'ont pas été prises.

2.3. *Italie*²⁰⁹

[261] Il existe en Italie trois catégories de travailleurs : les salariés, les travailleurs indépendants et les « para subordonnés ».

[262] Apparus en 1973, les contrats de collaboration coordonnée et continue (« co-co-co ») voit un collaborateur autonome fournir une prestation pour le compte d'un employeur dont il n'est pas le salarié, de manière coordonnée, exprimant l'idée d'un lien fonctionnel nécessaire avec l'activité économique du commanditaire, en particulier s'agissant des modalités d'organisation, et continue.

[263] En 2003 le législateur a créé des contrats de collaboration de projet (« co-co-pro »). Leur utilisation n'est possible qu'après avoir défini un projet de travail précis. Ces contrats doivent entre autres stipuler la durée de la prestation et la définition du projet avec ses différentes phases. En matière de droits accordés les « co-co-co » se distinguent par un niveau de droit plus faible que les « co-co-pro ». En effet, les conditions de rémunération correspondent à la rémunération normalement versée pour des prestations de travail autonome analogues. Ces travailleurs ne bénéficient pas des grilles salariales des conventions collectives.

²⁰⁸ Source : Rapport Perulli, op. cit. ; Ambassade de France au Royaume-Uni – Note de M. Le conseiller pour les affaires sociales

²⁰⁹ Source : Rapport Perrulli, op. cit. ; Ambassade de France en Italie – Note de Mme La conseillère pour les Affaires sociales

- [264] Ce contrat n'ouvre pas droit aux garanties prévues par le droit du travail pour les contrats subordonnés (maladie, maternité, AT/MP, retraite, notamment). Les cotisations (patronales et employé) sont très nettement inférieures à celles prévues pour les travailleurs salariés. Les « co-co-pro » offrent des garanties supérieures. Si comme pour les « co-co-co » les grilles salariales des conventions collectives ne s'appliquent pas à ces contrats, la rémunération doit tenir compte de la rétribution moyenne correspondante aux prestations de travail s'effectuant sur le lieu d'exécution de l'activité. Le titulaire d'un « co-co-pro » bénéficie de garanties en cas de grossesse, de maladie, d'accidents du travail et de retraite.
- [265] L'écart de protection avec les salariés reste important, mais il se réduit. Globalement le niveau de cotisation sociale se rapproche entre les deux régimes (24 % pour 2008 contre 33 % pour les salariés, et en 2010 les cotisations « co-co-pro » seront de 26 %). Les prestations en seront d'autant améliorées, notamment s'agissant de la retraite. En matière d'accident du travail l'employeur est obligé de cotiser à l'Institut national pour les accidents du travail (INAIL).
- [266] On pourra noter également qu'un programme de formation qualifiante et d'insertion professionnelle est organisé pour les titulaires de contrats de collaboration qui se déroulent dans les entreprises qui connaissent des difficultés économiques. Il convient de noter également que les Régions, compétente en matière de formation professionnelle, prévoient souvent des formations en faveur des travailleurs autonomes et para subordonnés. Enfin, trois principales confédérations syndicales italiennes ont constitué en 1998 des organisations spécialement destinées à la défense des droits des para-subordonnés.

2.4. Espagne²¹⁰

- [267] Le 11 juillet 2007, l'Espagne a adopté une loi portant statut du travailleur autonome, érigeant des règles applicables à tous les travailleurs autonomes, quel que soit la nature du lien qui les unit à leur client. Mais, elle consacre également une catégorie juridique particulière, celle de « travailleur autonome économiquement dépendant ».

2.4.1. Dispositions communes à tous les travailleurs autonomes

- [268] Poursuivant la construction d'un socle de droit communs à l'ensemble des travailleurs autonomes, la loi espagnole introduit pour cette catégorie des dispositions en matière de discrimination, et leur reconnaît un droit à la conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle. Elle leur accorde également le bénéfice des protections contre les risques professionnels, notamment le droit de retrait. Lorsque la prestation du travailleur autonome est réalisée dans les locaux de l'entreprise utilisatrice, cette dernière est responsable de la bonne application des règles d'hygiène et de sécurité à peine de devoir indemniser les préjudices subis en cas de dommage. Il faut noter que le législateur espagnol confie à l'administration le soin de contrôler le respect des règles relatives aux risques professionnels par le travailleur autonome lui-même. En matière de garanties économiques la loi renforce la protection du logement du travailleur autonome, sans aller jusqu'à le rendre insaisissable, lorsque celui-ci doit répondre sur son patrimoine des pertes liées à son activité professionnelle. Elle crée au profit des travailleurs autonomes une action directe en paiement de leurs honoraires à l'encontre du maître d'ouvrage lorsqu'ils exercent leur activité au service d'un entrepreneur ou d'un sous traitant.

²¹⁰ Source : Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du statut du travail autonome espagnol. Fernando Valdès Dal-Ré et Olivier Leclerc. Revue droit du travail – mai 2008

[269] S'agissant des droits collectifs, la loi espagnole permet aux travailleurs autonomes :

- D'adhérer librement à l'organisation syndicale ou au groupement patronal de leur choix ;
- De créer et d'adhérer à des associations professionnelles spécifiques (qui n'ont pas les mêmes prérogatives que les organisations syndicales). Si elles sont reconnues représentatives (les critères sont différents de ceux qui sont appliqués aux organisations syndicales « classiques »), ces associations ont le droit d'être consultées par les pouvoirs publics lorsque ces derniers envisagent des actions ayant des répercussions sur le travail autonome ;
- Des accords « d'intérêt professionnel » peuvent être signés entre les associations professionnelles de travailleurs autonomes ou de travailleurs autonomes économiquement dépendants ou encore les syndicats, et les entreprises utilisatrices. Ces accords peuvent fixer les conditions de travail. Ces accords s'imposent aux parties et les dispositions contractuelles qui seraient contraires à l'accord seront considérées comme nulles dès lors que le travailleur autonome est affilié à une « organisation » signataire et qu'il aura donné son consentement à l'application de l'accord.

2.4.2. Dispositions spécifiques aux travailleurs autonomes économiquement dépendants

[270] A ces dispositions communes s'ajoute une série de mesures qui ne concernent que les travailleurs autonomes économiquement dépendants et rapprochent leurs droits de ceux des salariés. La loi espagnole les définit de la manière suivante : « Les travailleurs autonomes économiquement dépendants exercent une activité économique ou professionnelle à but lucratif, de manière habituelle, personnelle, directe, et de manière prépondérante, au profit d'une personne physique ou morale, dénommée cliente, dont ils dépendent économiquement pour percevoir au moins 75 % des revenus de leur activité professionnelle ». Le législateur espagnol a fait le choix d'exclure les travailleurs autonomes exerçant leur activité dans le cadre d'une société commerciale ou civile.

[271] Les conditions pour être reconnu économiquement dépendant sont les suivantes :

- ne pas être soi-même employeur de salariés et ne pas sous-traiter une partie de son activité ;
- ne pas exercer son activité d'une manière qui ne permette pas de la distinguer de celle qu'exercent d'autres personnes au bénéfice du client ;
- disposer d'une infrastructure productive et matérielle propre, distincte de celle du client ;
- déterminer soi-même l'organisation du travail, sans préjudice des indications techniques éventuellement fournies par le client ;
- percevoir une contrepartie économique en fonction du résultat de l'activité, conformément à la convention passée avec le client, en assumant les risques de l'activité.

[272] Il faut souligner que le contrat liant le travailleur autonome et le client doit constater expressément la qualité de travailleur autonome économiquement dépendant.

[273] Droits accordés au travailleur autonome économiquement dépendant :

Conditions d'exercice de l'activité :

- droit au repos droit à congé, détermination d'un nombre de jours de congés
- durée maximale du travail fixée au contrat, limitation des heures supplémentaires à 30 % de la durée prévue au contrat.

Rupture du contrat :

Aux motifs traditionnels (décès, faute, inexécution, notamment) s'ajoutent :

- la rupture à la demande du travailleur mais avec un préavis,
- la rupture à la demande du client mais pour cause justifiée. En l'absence de cause justifiée le travailleur a le droit au versement d'une indemnité. La loi en fixe le mode de calcul de manière supplétive à la volonté des parties.