

PORTAGE SALARIAL. La parution au *Journal officiel* de l'arrêté d'extension de l'avenant à la CCN du portage salarial complète son cadre juridique. Par-delà la question technique de la nature des prélèvements fiscaux et sociaux et des autres charges qui peuvent être déduites par l'entreprise de portage salarial, c'est le modèle spécifique du portage salarial qui est consacré par ce texte.

Le portage salarial sécurisé, une voie d'avenir entre travail indépendant et salariat

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat Associé, Responsable de la doctrine du département social, CMS Francis Lefebvre avocats, **Patrick Levy-Waitz**, Président de la Fondation Travailleur Autrement, Président de la CPPNI du portage salarial, **Franck Morel**, Avocat associé, Flichy Grangé avocats

Depuis 30 ans, la France cherche à donner un statut à la fois sûr et favorable au travail indépendant. Depuis 30 ans, elle multiplie également les formes d'emploi salarié pour répondre à divers besoins de souplesse et de sécurité de la part des acteurs économiques et sociaux.

Le travail indépendant représente un gisement d'emplois important compte tenu du poids des charges salariales, qui décourage bien souvent l'emploi.

Plusieurs tentatives ont été faites pour l'encourager :

- les contrats Madelin prévus par la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle qui ont pour objectif de permettre aux travailleurs non-salariés non agricoles de bénéficier de compléments de pensions de retraite et de compléments de garanties de prévoyance personnelle constitués par des cotisations déductibles du bénéfice imposable ;

- les contrats d'appui au projet d'entreprise (CAPE) organisés par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 permettant de fournir un cadre de garanties sociales à ceux qui créent leur activité ;

- les autoentrepreneurs dont le statut a été créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Ils ont connu un succès considérable avec près d'un million d'immatriculations dans un premier temps ;

- les coopératives d'activité et d'emploi organisées par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 ;

- en dernier lieu, l'organisation par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et par la loi d'orientation des mobilités n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 de garanties en faveur des travailleurs indépendants proposant leurs services par le truchement de plateformes numériques et l'ordonnance n° 2021-484 du 21 avril 2021 créant un cadre de représentation des travailleurs indépendants recourant pour leur activité aux plateformes avec des élections à venir et probablement le soutien, le cas échéant par voie législative, à la négociation d'un cadre juridique spécifique.

Mais par ailleurs, le besoin conjugué de souplesses et de garanties a motivé la mise en place de cadres juridiques spécifiques à diverses formes d'emploi comme par exemple le CDI intérimaire. Celui-ci a ainsi été organisé suite à un accord de branche du 10 juillet 2013 par la loi, d'abord de manière expérimentale dès 2014, puis définitivement *via* la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018.

Le portage salarial s'inscrit dans cette lignée de recherches d'un équilibre optimal entre la souplesse requise par une activité indépendante autonome et les garanties sociales nécessaires pour ceux qui l'exercent.

L'extension de l'avenant n° 2 du 23 avril 2018 à la convention collective du portage salarial est l'occasion de revenir sur la construction du cadre juridique l'organisant, l'étape que représente la publication de cet arrêté complétant l'édifice.

Le portage salarial se caractérise par une relation triangulaire entre une société de portage, une personne portée et une entreprise cliente. Cette relation triangulaire résulte de la combinaison de deux contrats :

- un contrat de prestation de services entre le client et la société de portage ;
- un contrat de travail entre la société de portage et la personne portée.

Il se caractérise également par :

- la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par la personne portée ;
- la fourniture de la prestation par la personne portée à l'entreprise cliente.

Cette pratique, née dans les années 1980, a été peu à peu sécurisée par la création d'un cadre légal qui a donné pleine portée à une régulation conventionnelle.

1 L'ÉMERGENCE PROGRESSIVE D'UN CADRE LÉGAL

Pendant longtemps le portage salarial n'a fait l'objet d'aucun cadre juridique, ni légal ni conventionnel. Comme l'ont écrit dans un rapport de l'IGAS Messieurs Christian Lenoir et François Schechter : il s'agissait « d'un dispositif d'opportunité confidentiel et destiné aux cadres très supérieurs ou dirigeants seniors dans un double but de maintien transitoire de rémunération avant l'âge de liquidation des droits à retraite et de complétion de ces derniers. [Le portage s'est ensuite progressivement] étendu à des populations et des activités toujours plus larges »¹.

► Des difficultés juridiques

Des difficultés juridiques de divers ordres entouraient l'exercice du portage salarial. Cette absence de tout cadre juridique exposait, d'abord, le portage salarial au risque de requalification en opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif.

La Cour de cassation juge que le prêt de main-d'œuvre n'est pas prohibé par l'article L 125-3 du Code du travail (aujourd'hui *C. trav.*, art. L. 8241-1) lorsqu'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre à l'entreprise prêteuse (*Cass. crim.*, 7 févr. 1984 n° 82-94.131). En revanche, si la prestation de service prévue par le contrat passé entre le client et la structure de portage est inconsistante ou inexistante, l'objet du contrat porte alors exclusivement sur une fourniture de main-d'œuvre, réalisée de surcroît dans un but lucratif puisque le prix payé par le client en contrepartie de la prestation dépasse le strict coût des salaires, charges et frais de gestion des salariés « prêtés ». L'infraction de prêt illicite n'est caractérisée que lorsque le

contrat a pour objet exclusif une fourniture de main-d'œuvre ou que le contrat de prestation qui sert de support à l'opération prévoit un service inconsistant. C'est le cas lorsque les tâches confiées ne comportent aucune spécificité particulière (*Cass. crim.*, 28 janv. 1997, n° 96-80.727), que les salariés ont les mêmes fonctions que ceux de l'entreprise cliente (*Cass. crim.*, 30 oct. 1995, n° 94-84.807) et que le personnel mis à disposition n'apporte aucun savoir-faire spécifique distinct de celui des salariés de l'entreprise cliente (*Cass. crim.*, 3 mai 1994, n° 93-83.104).

La qualification de contrat de travail de droit commun de la relation entre le salarié porté et l'entreprise de portage n'était pas non plus sans inconvénient. Dans la mesure où cette opération triangulaire comporte un contrat de travail entre l'entreprise de portage et le salarié porté, la Cour de cassation appliquait logiquement les règles régissant le contrat de travail au contrat liant l'entreprise de portage à la personne portée. En l'absence de cadre légal, elle en avait conclu que ce contrat ne peut pas mettre à la charge du salarié porté l'obligation de trouver lui-même le travail qu'il aura fourni : « Le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail aux salariés. » (*Cass. soc.*, 17 févr. 2010, n° 08-45.298) Elle avait même confirmé cette position quelques années tard (*Cass. soc.*, 4 févr. 2015, n° 13-25.627 P + B) alors même que le cadre juridique spécifique du portage était en cours d'élaboration, un accord de branche ayant été signé puis étendu.

De même, ce défaut de cadre légal a conduit la Cour de cassation à juger qu'il ne peut être dérogé par l'employeur à l'obligation de mentionner dans le contrat de travail à temps partiel la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois : à défaut, le contrat de portage à temps partiel est requalifié en contrat à plein temps (*Cass. soc.*, 17 févr. 2010, n° 08-40.671).

Mais, par ailleurs, à l'inverse durant de nombreuses années, l'accès à l'indemnisation par l'assurance chômage des salariés portés dont le contrat était rompu par l'entreprise de portage donnait lieu à des refus de la part des Assedic puis de Pôle emploi, le caractère autonome et indépendant de l'activité du salarié porté, sans lien de subordination avéré avec l'entreprise de portage salarial, conduisant à refuser de ●●●

Des difficultés juridiques de divers ordres entouraient l'exercice du portage salarial. Cette absence de tout cadre juridique exposait, d'abord, le portage salarial au risque de requalification en opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif

¹ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, IGAS, n° RM2011-128P, sept. 2011.

●●● les considérer pleinement comme des salariés dont le contrat de travail était rompu par l'employeur, l'une des conditions requises pour accéder à l'indemnisation.

Cet ensemble de circonstances malheureuses a peu à peu conduit les partenaires sociaux et les pouvoirs publics à chercher à poser un cadre juridique plus clair et sûr favorisant le développement de cette forme d'activité. À titre d'exemple, le plan de Gérard Larcher, alors ministre du Travail, en faveur de l'emploi des seniors en 2006 avait déjà vanté les mérites et souligné le besoin

d'être encouragé du portage salarial pour favoriser l'accès à une activité professionnelle de consultants âgés.

► Des réponses conventionnelles puis légales au terme d'un feuillet de près de dix ans

- **Un premier accord collectif a été conclu le 15 novembre 2007 en matière de portage salarial** mais il ne concerne que les entreprises qui ont adhéré au SNEPS (syndicat national des entreprises de portage salarial), fédération patronale ayant choisi de se rattacher à la branche

Syntec. Cet accord ne concerne donc que la conception restreinte du portage salarial.

Mais les partenaires sociaux dans l'article 19 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail ont entendu engager l'encadrement juridique de cette forme d'activité répondant « à un besoin social » et « considérée comme entachée d'illégalité ».

- **L'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail**, avait pour vocation de transposer cet accord national interprofessionnel, et a consacré au portage salarial un article comportant trois paragraphes :

- le législateur a tout d'abord inséré dans le Code du travail, à l'article L. 1251-64, une définition générale du portage salarial : il s'agit « d'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 » ;

- le législateur a ensuite écarté l'incrimination du délit de prêt de main-d'œuvre illicite en matière de portage salarial ;

- enfin, le législateur a prévu au paragraphe III de l'article 8 que « par exception aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 2261-19 du Code du travail et pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche dans l'activité considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial ».

Les partenaires sociaux de la branche de l'interim sont parvenus à un accord, la veille de l'expiration du délai de deux ans qui leur avait été imparti par l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 : il s'agit de l'accord du 24 juin 2010 relatif au portage salarial, qui a fait l'objet d'un arrêté d'extension du 24 mai 2013.

Le paragraphe III de l'article 8 a fait l'objet d'une QPC de la part de FO qui a conduit le Conseil constitutionnel à censurer ces dispositions.

Le Conseil en effet estimé qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; « que ressortissent en particulier aux principes fondamentaux de ces obligations civiles et commerciales les dispositions qui mettent en cause les conditions essentielles de l'exercice d'une profession ou d'une activité économique ; qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et en particulier son article 34 ».

Il a estimé qu'en prévoyant qu'un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche professionnelle la mission « d'organiser » cet ensemble de relations contractuelles, « les dispositions contestées confient à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; que, par suite, en les adoptant, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ».

Le Conseil a estimé que cette méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial affectait, par elle-même, l'exercice de la liberté d'entreprendre (*Cons. const.*, 11 avr. 2014, n° 2014-388 QPC).

- Cette déclaration d'inconstitutionnalité dont les effets ont été reportés au 1^{er} janvier 2015, a créé un vide juridique, qui a été comblé par l'**ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial**.

Cette ordonnance a été prise en application de la loi d'habilitation n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises.

Elle a intégré dans le Code du travail toute une série des dispositions précises permettant de sécuriser le portage salarial, en cohérence et en complément de l'accord du 24 juin 2010.

L'ordonnance du 2 avril 2015 a intégré dans le Code du travail toute une série des dispositions précises permettant de sécuriser le portage salarial, en cohérence et en complément de l'accord du 24 juin 2010

À la suite de la chambre sociale de la Cour de cassation qui avait finalement considéré que les salariés portés pouvaient avoir accès à une indemnisation par l'assurance chômage en cas de rupture de leur contrat (Cass. soc., 16 déc. 2009, n° 08-17.852), l'Unédic avait finalement par une circulaire du 7 novembre 2011 indiqué dans quelles conditions, se référant à des prescriptions de l'accord du 24 juin 2010, les salariés portés pouvaient bénéficier de cette indemnisation.

La définition du portage salarial reprend celle de l'accord du 24 juin 2010. Le salarié porté doit justifier d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix (C. trav., art. L.1254-2).

L'ordonnance du 2 avril 2015 fixe un régime très précis et très complet du CDD et du CDI du salarié porté. En particulier, elle permettait d'accéder au CDD. En effet, l'arrêté d'extension du 24 mai 2013 (JO 8 juin) de l'accord du 24 juin 2010, excluait de ses effets les dispositions de l'accord ayant créé « un cas de recours sui generis au contrat à durée déterminée [...], en tant qu'il contrevient aux dispositions de l'article L. 1242-2 du Code du travail ». À ce stade, le contrat de travail de portage salarial ne pouvait donc plus être conclu que pour une durée indéterminée... La création d'un cas de recours au CDD lié au portage salarial a permis de lever cette restriction.

Elle régleme le compte d'activité. Elle sécurise l'activité des entreprises de portage en écartant à la fois l'incrimination de prêt de main-d'œuvre illicite et de marchandage. Surtout, elle met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation privant d'effet la clause contractuelle prévoyant que le salarié porté devait rechercher lui-même ses missions (Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298), en énonçant expressément que « l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté » (C. trav., art. L. 1254-2).

2 LA CONSTRUCTION D'UN CADRE CONVENTIONNEL SPÉCIFIQUE

Afin de « parachever la sécurisation de cette nouvelle forme d'emploi », le PEPS (le syndicat des professionnels de l'emploi en portage salarial) et les cinq organisations syndicales de salariés (CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT et FO) ont conclu le 22 mars 2017 la convention collective nationale des salariés en portage salarial étendue par arrêté du 28 avril 2017.

Les stipulations de cette convention de branche sont adaptées à la situation atypique des salariés en portage salarial notamment en matière de rémunération avec la mise en place d'une réserve d'un montant de 10 % de sa rémunération brute

utilisable par le salarié porté en cas de période d'inactivité ainsi qu'en matière de lieu et de répartition de la durée du travail qui ne sont pas fixés par l'entreprise de portage salarial mais par le salarié porté lui-même.

Il convient de remarquer que dans un contexte marqué par la restructuration des branches professionnelles, la nécessité absolue de disposer d'un cadre adapté et complet pour que le portage salarial continue à se développer conduit à la reconnaissance de fait de la branche du portage salarial qui bénéficiera en 2021 d'un arrêté fixant la liste des organisations syndicales et patronales représentatives, le périmètre ayant été ouvert à la candidature des organisations patronales.

L'ordonnance de 2015 avait permis également de lever un risque lié aux dispositions de l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale qui dispose qu'en matière de charges sociales patronales « la contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit ».

La Cour de cassation jugeait en effet que la clause contractuelle selon laquelle les commissions revenant au salarié étaient diminuées des charges patronales, bien que cette retenue porte sur la part de la rémunération excédant le minimum conventionnel, était contraire à l'article L. 241-8 du Code de la sécurité sociale (Cass. soc. 17 oct., 2000, n° 98-45.669; 22 mai 2002, n° 99-46.306). Elle avait cassé un arrêt de cour d'appel qui n'avait pas vérifié si les conditions de la rémunération d'un porté, et notamment les prélèvements opérés par la société de portage, étaient conformes aux dispositions légales (Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298).

La mention légale selon laquelle le prix de la prestation convenu entre la personne portée et son client comprend notamment le montant de la rémunération, de l'indemnité d'apport d'affaires, des charges sociales et fiscales, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels réduit également ce risque.

Les dispositions des articles L. 1254-15 et L.1254-21 du Code du travail distinguent les frais de gestion des prélèvements sociaux et fiscaux pour opérer une déduction sur le prix encaissé.

Mais l'avenant n° 2 du 23 avril 2018 désormais étendu a précisé de manière plus détaillée ce qu'il convient d'entendre par ces prélèvements sociaux, fiscaux et autres charges, auxquels est soumise l'entreprise de portage salarial, et ●●●

L'ordonnance du 2 avril 2015 fixe un régime très précis et très complet du CDD et du CDI du salarié porté. En particulier, elle permettait d'accéder au CDD

●●● qui étant liés à l'activité directe du salarié porté, ne sont donc pas couvertes par les frais de gestion versés à l'entreprise de portage salarial. Il s'agissait très précisément d'exclure certains types de frais comme par exemple les frais de loyer ou les dépenses d'eau et d'électricité et à l'inverse de bien expliciter ce qui peut être déduit.

Ces précisions techniques sont, en réalité, essentielles car elles concernent le cœur même du mode de fonctionnement du portage salarial. C'est pourquoi l'extension de l'avenant constitue une étape significative dans la construction du

cadre juridique encadrant le portage salarial.

L'avenant précise que « ces prélèvements sociaux et fiscaux et autres charges, intégralement financés par le salarié porté, se composent notamment de :

– autres contributions sociales obligatoires diverses réglées par l'entreprise de portage salarial notamment la médecine du travail et l'Agefiph ;

– prélèvements sociaux et fiscaux notamment la CVAE (contribution sur la valeur des entreprises), C3S (contribution sociales de solidarité des sociétés) ;

– autres charges qui couvrent les salariés portés, leurs activités, leurs biens et leurs

avoirs, et tout autre risque et service lié à l'activité du salarié porté ».

D'une manière générale, l'histoire récente de la construction de cadres spécifiques pour diverses formes d'activités émergentes montre que l'organisation d'une démarche structurée de dialogue social qui produit des équilibres et contribue à produire des règles de droit constitue un facteur essentiel de stabilité du droit. Cela s'est vérifié pour le CDI intérimaire ou le portage salarial et pourrait sans doute l'être aussi pour les travailleurs indépendants des plateformes.

3 LE PORTRAIT-ROBOT DU SALARIÉ PORTÉ

Depuis le début de l'activité du portage salarial, un débat sur son champ d'application a eu lieu :

– cette activité concerne-t-elle exclusivement des cadres et les consultants ?

– ou concerne-t-elle tous les salariés ?

La photographie de la réalité permet de répondre sans ambiguïté à cette question : en effet,

79 % des salariés portés accomplissent des prestations intellectuelles qu'il s'agisse :

- d'informatique ou d'ingénierie (35 %) ;
- de communication ou de marketing (23 %) ;
- d'audit ou de stratégie (11 %) ;
- de formation ou de *coaching* (10 %).

Le portrait-robot du salarié porté est maintenant bien établi :

– c'est un homme de 45 ans : en effet 58 % des portés sont des hommes ;

– le portage représente pour lui une solution stable de travail : 52 % des salariés portés ont entre un et trois ans d'ancienneté dans leur entreprise de portage et 37 % plus de trois ans ;

– il a un statut de cadre, comme 55 % des salariés portés ;

– il a signé un CDD ou un CDI avec sa société de portage comme 51 % des portés qui signent un CDD ;

– il évolue dans de nombreux métiers : les activités privilégiées par les portés sont la formation, l'informatique, les métiers d'Internet et de l'infographie, l'expertise technique, la communication et les ressources humaines ;

– son salaire mensuel brut est supérieur à 2 452 euros, comme 91 % des salariés portés ;

– en plus de la gestion administrative, sa société de portage lui fournit des séances de formation et un accompagnement dans son développement d'activités.

Selon une étude récente de l'APEC et du PEPS, le portage salarial s'impose comme l'une des formes d'emploi alternatives au salariat classique. En effet, 75 % des cadres interrogés estiment que le recours au portage salarial « sera à l'avenir aussi fréquent ou plus fréquent qu'aujourd'hui »².

Dans une économie qui se cherche, et qui cherche un statut aux diverses formes de travail indépendant ou de salariat, le portage salarial apparaît comme un modèle :

– c'est un statut qui offre aux portés une très grande sécurité en matière de protection sociale et en cas de perte d'emploi puisqu'ils ont le statut de salarié ;

– ils exercent le plus souvent une activité de haut niveau en ayant le statut de cadre ;

– enfin, ils exercent cette activité de façon indépendante, c'est-à-dire avec toute la liberté et l'autonomie que leur procure ce statut.

Ce n'est pas un hasard si le rapport de Jean-Yves Frouin au Premier ministre du 1^{er} décembre 2020 visant à réguler les plateformes numériques propose de poser les bases d'un statut pour des travailleurs indépendants de plateformes qui part du cadre du portage salarial, en l'adaptant. C'est la reconnaissance du caractère socialement et économiquement équilibré et porteur de sens et de progrès de cette forme d'activité. ■

Dans une économie qui se cherche, et qui cherche un statut aux diverses formes de travail indépendant ou de salariat, le portage salarial apparaît comme un modèle

2. APEC/PEPS, Les cadres et le portage salarial, avr. 2019.