

PORTAGE SALARIAL. Le débat sur la légalité du portage salarial a-t-il été définitivement clos en 2008 par l'intervention du législateur ? Les dernières décisions rendues par la Cour de cassation dans ce domaine permettent d'en douter et ne manquent pas de relancer la discussion à l'heure où les partenaires sociaux tentent d'encadrer conventionnellement cette pratique.

Le portage salarial au milieu du gué ?

Alexandre Fabre, Maître de conférences à l'Université de Rennes 2, Directeur de l'Institut des sciences sociales du travail de l'Ouest

Le portage salarial constitue une forme triangulaire d'emploi, faisant intervenir un « tiers employeur », comme le travail temporaire. Il s'en distingue toutefois sur un point essentiel : la société de portage n'embauche pas le travailleur porté à la demande d'une entreprise cliente, mais à la suite d'un démarchage que ce dernier a opéré pour se voir confier la réalisation d'une mission. La société de portage lui sert alors d'intermédiaire en concluant un contrat de prestation de service avec l'entreprise cliente, et en l'embauchant comme salarié. Si l'on retrouve, comme dans le travail temporaire, deux contrats imbriqués dans une même opération (un contrat commercial et un contrat de travail), cette pratique est originale en ce qu'elle repose entièrement sur l'initiative du travailleur porté.

Depuis l'origine, le portage salarial fait l'objet de nombreuses critiques quant à sa légalité. Croyant y voir un dispositif efficace pour lutter contre le chômage d'une partie de la population, les partenaires sociaux l'ont consacré dans l'ANI du 11 janvier 2008. Si le législateur a repris cette initiative dans la loi de modernisation du marché du travail, il s'est toutefois montré plus timide que les partenaires sociaux (*première partie*). Cette légalisation *a minima*¹, combinée aux dernières décisions de la Cour de cassation sur le portage², invite donc à scruter avec attention le projet d'accord collectif de branche actuellement en discussion (*seconde partie*).

1 RETOUR SUR LA CONSÉCRATION LÉGALE DU PORTAGE SALARIAL

Avant l'intervention législative, le portage salarial prêtait le flan à la critique au regard des dispositions prohibant la fourniture de main d'œuvre à but lucratif ainsi que des principes gouvernant la qualification de contrat de travail. La loi du 25 juin 2008 n'a cependant répondu que partiellement à ces deux critiques.

► Une dépenalisation incomplète

L'activité des entreprises de portage salarial pouvait être considérée comme illicite à la lumière de l'article L. 8241-1 du Code du travail alors en vigueur en ce qu'elle constituait une opération de fourniture de main d'œuvre à but lucratif non autorisée³. S'il est vrai que le portage salarial renvoie à des pratiques fort différentes d'une entreprise à une autre, et qu'il serait excessif de considérer qu'il est constitutif, par nature, de ce type d'infraction, il faut reconnaître qu'il apparaît parfois comme une forme de mise à disposition de personnel⁴. Il y a peu encore, ce mélange des genres exposait les entreprises de portage à un important risque pénal. Dès lors qu'elles poursuivaient un but lucratif en facturant à l'entreprise cliente plus que le paiement des salaires et des cotisations sociales, elles pouvaient se voir condamnées pour prêt de main d'œuvre illicite.

Cette critique a perdu son intérêt depuis la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008. Sous l'impulsion des partenaires sociaux, qui ont entendu « sécuriser » cette pratique dans l'ANI du 11 janvier 2008⁵, le législateur a modifié l'article L. 8241-1 du Code du travail pour soustraire le portage salarial à la prohibition du prêt de main d'œuvre illicite. Celui-ci prend désormais place, au côté du travail temporaire, du travail à temps partagé et de l'exploitation d'une agence de mannequin, parmi les activités de fourniture de main d'œuvre à but lucratif autorisées.

Cette modification a-t-elle définitivement mis les entreprises de portage à l'abri d'une condamnation pénale ? Si l'immunité est acquise au regard du prêt de main d'œuvre illicite, il n'en est pas, à l'évidence, de même s'agissant du délit de marchandage (*C. trav., art. L. 8231-1*). L'exclusion n'étant pas expressément prévue, plusieurs analyses sont donc possibles. Pour certains auteurs, le portage n'est pas constitutif d'un tel délit car les travailleurs portés ne souffrent d'aucun préjudice : non seulement ils bénéficient du ●●●

1. Soulignée à l'époque par plusieurs auteurs : v. not. Lise Casaux-Labranée, « La législation risquée du portage salarial », *Semaine sociale Lamy* n° 1349, p. 7; P. Morvan, « Le portage salarial face à son destin », *JCP S* 2008, 1363.

2. Cass. soc. 17 février 2010, n° 08-45.298 (P + B + R + I) et n° 08-40.671 (P + B + R + I); Cass. soc. 16 décembre 2009, n° 08-17.852. Sur ces arrêts, H. Gosselin,

« Le portage salarial face au contrat de travail », *Semaine sociale Lamy*, n° 1434, p. 3.

3. On rappellera que cet article dispose que « Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite ».

4. Pour un exposé des situations dans lesquelles cette qualification est possible, v. J.-Y. Kerbourc'h, « Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main d'œuvre illicite ? », *Dr. soc.* 2007, p. 72.

5. L'article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 avait ce titre évocateur : « Sécuriser le portage salarial ».

Le portage salarial se heurte au principe d'indisponibilité de la qualification de contrat de travail. Ce n'est pas, en effet, parce que deux parties à un contrat affirment que leur relation est (ou n'est pas) un contrat de travail que cette qualification s'impose au juge

●●● régime légal du salariat, quand ils ne retrouvent pas un emploi par la même occasion, mais certains d'entre eux sont couverts par les dispositions conventionnelles applicables dans la branche dont relève leur activité⁶. Pour d'autres auteurs, le délit de marchandage n'est pas impossible à caractériser. Il suffirait de démontrer que les travailleurs portés n'ont pas bénéficié des mêmes avantages que ceux accordés aux salariés de l'entreprise cliente⁷. Ce préjudice aurait, d'ailleurs, d'autant plus de chance d'être établi que c'est précisément pour éviter d'embaucher que des entreprises décident de se tourner vers une société de portage.

Sauf à considérer que l'immunité résultant de la loi du 25 juin 2008 vise autant le prêt de main d'œuvre illicite que le marchandage, au motif que ces deux délits sont jumeaux, il est donc permis de penser que le portage salarial fait toujours l'objet d'un risque pénal⁸.

► Une qualification de contrat de travail incertaine

Pour les promoteurs du portage, le contrat conclu avec le travailleur porté est nécessairement un contrat de travail. Sans cette qualification, le dispositif n'aurait d'ailleurs aucun intérêt. C'est, en effet, afin d'obtenir la qualité de salarié que le porté propose ses services à une entreprise de portage. Bien que son activité s'apparente plus à celle d'un travailleur indépendant, il admet qu'une tierce personne prélève une part de son chiffre d'affaire et fasse office d'employeur pour pouvoir bénéficier du statut de salarié. Sans rouvrir le débat sur l'utilité économique et sociale de ce dispositif, débat dont les éléments sont désormais bien connus⁹, on rappellera que le portage salarial se heurte au principe d'indisponibilité de la qualification de contrat de travail¹⁰. Ce n'est pas, en effet, parce que deux parties à un contrat affirment que leur relation est (ou n'est pas) un contrat de travail que cette qualification s'impose au juge. Ce dernier est tenu par le caractère d'ordre public du droit du travail de vérifier l'exacte qualification de la relation contractuelle en analysant ses conditions réelles d'exécution.

Dans le cas du portage, deux éléments sont souvent invoqués pour contester la qualification de contrat de travail¹¹. D'abord, le travailleur porté ne serait pas subordonné à l'entreprise de portage. Les caractéristiques de son activité plaideraient en ce sens : comment pourrait-il être subordonné alors que c'est lui qui trouve ses propres clients et qu'il possède l'entière maîtrise technique des

prestations à exécuter ? L'entreprise de portage n'exerçant bien souvent aucun pouvoir de direction sur le contenu de sa mission, tout devrait donc logiquement conduire à penser que le travailleur porté n'est pas lié par un contrat de travail.

À cette critique s'en ajoute une autre, plus fondamentale : le portage salarial serait incompatible avec la qualification de contrat de travail car celle-ci exige de l'employeur qu'il fournisse du travail au salarié. Or, cette obligation est tout simplement renversée en matière de portage, puisque c'est le travailleur porté qui est tenu de rechercher lui-même ses missions. L'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié constituant une obligation essentielle du contrat de travail, d'aucuns considèrent même, qu'en son absence, on pourrait demander la nullité du contrat pour défaut de cause¹².

Ces deux obstacles, les partenaires sociaux ont bien cherché à les lever dans l'ANI du 11 janvier 2008. Dans le souci de sécuriser le portage salarial, ils ont souligné l'originalité de la mission dévolue au travailleur porté (« *Le portage salarial se caractérise par [...] la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté* ») et l'ont considéré lié à l'entreprise de portage par un « *contrat de travail* », lui ouvrant, dès lors, le « *régime du salariat* ». Si, pour les partenaires sociaux, les choses étaient donc claires quant à la qualification de contrat de travail, il restait toutefois à préciser le régime du portage salarial. Par manque de temps sans doute, ils ont cependant décidé de renvoyer cette tâche à une négociation ultérieure, dont la conduite a été confiée à la branche du travail temporaire¹³.

Ce renvoi à la négociation collective explique sûrement en partie le choix du législateur au moment de traduire l'accord. Relayant la volonté des partenaires sociaux, il aurait pu décider de présumer l'existence d'un contrat de travail, comme c'est le cas pour nombre de professions¹⁴. L'applicabilité du régime du salariat aurait, alors, été totale. Mais cela était-il tout simplement raisonnable ? Ce choix n'aurait-il pas lié les négociateurs de branche, ces derniers ne pouvant faire autre chose qu'adapter la législation du travail au portage ? Si l'on voulait donner quelque liberté à cette négociation, il fallait donc éviter de fermer la discussion. C'est certainement pour cette raison que le législateur a opté – dans l'immédiat – pour une autre technique, consistant moins à présumer l'existence d'un contrat de travail, qu'à soumettre la personne portée au régime du salariat¹⁵. Cette technique est sensiblement plus ouverte, puisqu'elle ne conduit pas automatiquement à faire application de toutes les dispositions du droit du travail, mais à rechercher celles qui ont vocation à s'appliquer à la place, ou parfois même à côté, des dispositions du droit commercial ou du droit civil¹⁶. Le contexte qui vient d'être décrit laisse cependant supposer que le choix du législateur

6. P. Morvan, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », *Dr. soc.* 2007, p. 607, spéc. p. 609, n° 8.

7. J.-Y. Kerbourc'h, *précit.*, spéc. p. 78.

8. Selon un auteur, la loi du 25 juin 2008 n'a opéré qu'« une petite dépenalisation », P. Morvan, « Le portage salarial face à son destin », *précit.*

9. Sur ce point, v. not. L. Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.* 2007, p. 58 ; J.-J. Dupeyron, « Le roi est nu... », *Dr. soc.* 2007, p. 81 ; P. Morvan, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », *précit.*

V. également le numéro spécial de la *Semaine sociale Lamy*, n° 1332.

10. « L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », *Cass. soc.* 19 décembre 2000, *Bull. civ. V. n° 437* ; *Grands arrêts de droit du travail*, 4^e éd. Dalloz, 2008, n° 3 ; *Dr. soc.* 2001, p. 227, note A. Jeammaud.

11. Pour un exposé plus complet de ces éléments, v. Lise Casaux-Labrunée, ○○○

n'est pas définitif. Au fond, celui-ci n'a peut-être fait que repousser à plus tard la décision de faire du travailleur porté le titulaire d'un contrat de travail par détermination de la loi.

Ainsi, plutôt qu'une consécration, c'est un renvoi de l'encadrement du portage salarial vers la négociation collective, que le législateur a opéré dans la loi du 25 juin 2008. On pourrait attendre la fin des négociations pour analyser le contenu de l'accord qui en résultera. Mais l'actualité jurisprudentielle de ces dernières semaines invite à faire preuve d'une curiosité plus immédiate, les décisions rendues ravivant le débat sur plusieurs aspects.

2 LES NÉGOCIATIONS EN COURS CONFRONTÉES À LA JURISPRUDENCE RÉCENTE

La négociation de branche sur le portage salarial a débuté il y a environ dix-huit mois. Plusieurs pistes commencent à émerger au fil des projets d'accords. Sans trahir la volonté des partenaires sociaux et, surtout, sans préjuger de ce à quoi ils aboutiront, il peut être intéressant d'analyser le contenu de certaines stipulations à la lumière des positions récentes de la Cour de cassation¹⁷.

► Sur la qualification de contrat de travail

Au niveau interprofessionnel, la qualification du contrat liant l'entreprise de portage au travailleur porté ne faisait pas l'ombre d'un doute; il ne pouvait s'agir que d'un contrat de travail. Qu'en est-il dans le cadre de la négociation en cours? *A priori*, la question n'a guère de sens : dès lors que l'ANI du 11 janvier 2008 y voyait un contrat de travail, comment les négociateurs de branche pourraient-ils faire autrement? C'est en vérité sur la forme que la question se pose. Dès lors que la qualification de contrat de travail n'est, à cette heure, pas complètement acquise dans le Code du travail, les négociateurs de branche ne devraient-ils pas la revendiquer plus fermement? Certes, plusieurs formules du projet d'accord suggèrent une telle qualification : le préambule reprend la définition donnée dans l'ANI du 11 janvier 2008, les relations entre les parties sont présentées de telle sorte qu'elles donnent lieu à la conclusion de deux contrats (un contrat de prestation de service et un contrat de travail), l'expression « *contrat de travail en portage salarial* » est systématiquement utilisée... Mais ces éléments sont-ils vraiment suffisants pour garantir la qualification de contrat de travail au travailleur porté?

La question mérite d'autant plus d'être posée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2009. En l'espèce, une consultante s'était vue refuser le bénéfice du régime d'assurance chômage par l'ASSEDIC, au motif qu'elle n'était pas subordonnée à l'entreprise de portage. Pour approuver la cour d'appel, qui avait annulé cette

décision, la Cour de cassation a relevé que l'entreprise de portage « *s'était réservée la faculté d'accepter ou de refuser un client apporté par le consultant, lequel devait lui adresser ses comptes rendus d'activité pour lui permettre de suivre l'exécution de la mission, exigeait la communication de la correspondance entre ce dernier et le client et pouvait mettre fin à son contrat s'il n'apportait pas de nouvelles missions et avait licencié l'intéressée* ».

Le raisonnement des juges apporte une précision fort intéressante sur la manière dont l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié peut jouer sur la qualification du contrat de la personne portée. On pourrait penser que l'absence de cette obligation – ou, plus exactement, son renversement – fait obstacle à l'existence d'un contrat de travail. Si l'arrêt du 16 décembre 2009 n'écarte pas véritablement cette analyse, il montre qu'une autre est possible. Loin de fonder la requalification du travailleur porté en travailleur indépendant, le fait que celui-ci soit obligé de rechercher de nouvelles missions, et qu'il puisse être sanctionné en cas de manquement, semble pouvoir constituer, pour les magistrats, un indice de sa subordination. Toute requalification du contrat de travail sur le fondement de cette obligation n'est cependant pas à exclure, comme le montre l'un des arrêts du 17 février 2010. En affirmant, au visa de l'article L. 1211-1 du code, que « *le contrat de travail comporte l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié* », la Cour de cassation n'indique-t-elle pas implicitement que cette obligation conditionne la qualification de contrat de travail?

Quelle incidence ces décisions peuvent-elles avoir sur les négociations en cours? *A priori*, aucune, puisque les litiges portaient sur des affaires antérieures à la loi du 25 juin 2008. Mais étant donné que cette loi ne contient aucune disposition expresse permettant de présumer que le travailleur porté est lié par un contrat de travail, ces décisions ont peut-être une portée plus grande qu'il n'y paraît. Elles pourraient laisser entendre que le portage salarial se traduit par un contrat de travail... si, et seulement si, il résulte des conditions réelles d'activité que le travailleur porté est subordonné à l'entreprise de portage. Sans disposition plus explicite dans le Code du travail, ces décisions, que l'on pourrait penser obsolètes de prime abord, pourraient donc en annoncer d'autres.

Depuis l'adoption de ces arrêts, plusieurs formules du projet d'accord prennent d'ailleurs un tout autre sens. On songe, par exemple, à la ●●●

Loin de fonder la requalification du travailleur porté en travailleur indépendant, le fait que celui-ci soit obligé de rechercher de nouvelles missions, et qu'il puisse être sanctionné en cas de manquement, semble pouvoir constituer, pour les magistrats, un indice de sa subordination

○○○ « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », précit. ; V. également, T. Pasquier, « L'économie du contrat de travail », Thèse Paris Ouest - Nanterre - La Défense, 2008, p. 381 et s.

12. Argumentation contestée par certains auteurs qui estiment que l'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié peut être écartée par les parties (P. Morvan, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », précit.) et, qu'en plus, elle ne vaut qu'autant que le salarié se met véritablement à la disposition de l'employeur (S. Brissy, « L'obligation pour l'employeur de donner du travail au salarié », Dr. soc. 2008, p. 434).

13. Sur ce choix, v. Lise Casaux-Labrunée, « La législation risquée du portage salarial », précit. ; v. également, P. Morvan, « Le portage salarial face à son destin », précit. ○○○

L'option entre CDI et CDD interroge : qu'est-ce qui pourrait justifier que des salariés portés puissent être liés, certains par CDI et alors qu'ils effectuent le même type de mission ?

●●● première phrase du préambule qui stipule que « le présent accord a pour finalité d'organiser l'activité du portage salarial et s'applique aux personnes titulaires d'un contrat de travail en portage salarial [...] ». Cette formule pourrait être comprise comme réservant l'application de l'accord aux seuls travailleurs portés ayant la qualité de salarié. Tous les travailleurs portés ne le seraient donc pas nécessairement pour les négociateurs ? L'ambiguïté du projet d'accord sur ce point se renforce dans la dernière version, puisqu'il fait de nombreuses fois référence à l'obligation pour le travailleur porté de faire des comptes rendus réguliers sur son activité. Nul doute que les négociateurs ont été sensibles à l'arrêt du 16 décembre 2009, d'où il ressort que cette

admettre qu'une entreprise de portage puisse proposer des CDI sur ces mêmes emplois ? Qu'est-ce qui pourrait justifier que des salariés portés soient liés, certains par CDD et d'autres par CDI, alors qu'ils effectuent le même type de mission ?

S'agissant du cas de recours au CDD, les négociateurs ont envisagé successivement plusieurs pistes. Après avoir songé au début au CDD d'usage, ils se sont repliés sur le CDD pour accroissement temporaire d'activité. Mais, avec le temps, ce motif a montré ses limites : peut-on raisonnablement l'utiliser alors que l'entreprise de portage n'a aucune activité propre et qu'elle vit de l'activité que lui apportent les travailleurs portés ? En somme, l'activité des entreprises de portage n'est-elle pas, par nature, en accroissement temporaire permanent ? En dernier lieu, les négociateurs de branche ont choisi de s'inspirer du « CDD à terme incertain conclu pour la réalisation d'un objet défini » (art. 6 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 de modernisation du marché du travail). Cette inspiration se vérifie à plusieurs niveaux. Le CDD conclu dans le cadre d'une opération de portage devra décrire la prestation à réaliser ainsi que sa durée prévisible et l'événement qui en constitue le terme. Comme le CDD à objet défini, il devra comporter une période minimale, déterminée par référence à la durée prévisible de la prestation envisagée, et il pourra comporter une période d'essai. Cette dernière possibilité est cependant fort discutable dès lors que l'entreprise cliente « est réputée avoir vérifié et validé les compétences » du travailleur porté. On voit mal alors quel motif l'entreprise de portage pourrait bien invoquer pour rompre la période d'essai.

Les négociateurs ont prévu, en outre, que ce contrat devra être établi par écrit et comporter pas moins de 14 mentions obligatoires. Particularité du portage salarial oblige, ils n'ont envisagé la rupture du contrat de travail qu'à travers le prisme du contrat de prestation de service. Soucieux de résoudre une difficulté que l'on a pu relever s'agissant du contrat de travail en temps partagé²¹, ils ont prévu que « la rupture du contrat de prestation de service n'est pas un motif de rupture du contrat de travail pendant la période minimale, sauf lorsque cette rupture est directement liée à une faute grave ou lourde de la personne portée ». Mais qu'en est-il alors de la force majeure et, surtout, de l'accord de volontés des parties ? Sont-ils impuissants à justifier la rupture anticipée du contrat de travail ?

► Sur la rupture du contrat de travail à durée indéterminée

C'est peut-être sur ce point que la jurisprudence récente de la Cour de cassation contredit le plus fortement l'économie du portage salarial et interpelle assez directement les négociations en cours. Ce dispositif se caractérise depuis l'origine

obligation peut constituer un indice de subordination. Mais apporter ce type de précision peut aussi donner le sentiment que les choses ne sont pas tout à fait claires. Pourquoi prévoir cette obligation si ce n'est pour renforcer le sentiment de contrôle, donc, faciliter la caractérisation d'un lien de subordination ? N'est-ce pas le signe, alors, que les négociateurs ne sont pas totalement sûrs de l'existence d'un contrat de travail¹⁸ ? Ils s'évitent ainsi bien des problèmes s'ils invitaient plus explicitement le législateur à prévoir que le portage salarial se traduit *nécessairement* par la conclusion d'un contrat de travail¹⁹.

► Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée

Au préalable, il convient de noter que les négociateurs de branche font du CDD la figure normale du portage salarial : « La durée et les caractéristiques de la prestation de travail à réaliser justifient que le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et la personne souhaitant être portée, soit d'une durée déterminée. » Mais cette priorité n'est pas absolue, le projet d'accord admettant également que le travailleur porté puisse être lié par un CDI. Cette possibilité a de quoi surprendre. L'ANI du 11 janvier 2008 n'avait-il pas expressément prévu que « la durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois années » ?²⁰ En outre, cette option entre CDD et CDI interroge. En principe, il est interdit de conclure des CDD pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Les travailleurs portés étant embauchés pour réaliser des missions par nature temporaire, la conclusion de CDD serait donc possible. Mais dans ce cas, comment

○○○ 14. Par ex., les journalistes professionnels (C. trav., art. L. 7112-1), les artistes du spectacle (C. trav., art. L. 7121-3), les mannequins (C. trav., art. L. 7123-3), les voyageurs, représentants et placiers (C. trav., art. L. 7313-1)...

15. C'est en tout cas ce que l'on peut déduire de la formule succincte de l'article L. 1251-64 du Code du travail, qui présente le portage salarial comme « un ensemble de relations contractuelles [...] comportant pour la personne portée le régime du salariat [...] ».

16. V. par ex. les règles applicables aux gérants non salariés (C. trav., art. L. 7321-1 et s.) et aux travailleurs à domicile (C. trav., art. L. 7411-1 et s.).

17. Dans l'ensemble de l'article, le projet d'accord est celui qui sera discuté en commission mixte paritaire le 9 mars 2010.

18. Sentiment qui se renforce lorsqu'ils indiquent que « La nature de la relation de portage salarial et les responsabilités respectives de la personne portée, de l'entreprise de portage et du client, nécessitent de créer des conditions contractuelles permettant à la personne portée de conclure un contrat de travail garantissant ainsi son statut de salarié ». ○○○

par le fait que c'est le travailleur porté qui a l'obligation de démarcher ses clients, de négocier avec eux le contenu et le prix de la prestation, et de les mettre en relation avec l'entreprise de portage. Les partenaires sociaux avaient nettement mis en évidence cette particularité dans l'ANI du 11 janvier 2008. Sans surprise, les négociateurs de branche font de même en prenant le soin de l'indiquer à plusieurs endroits : dans le préambule d'abord, lorsqu'ils présentent le mécanisme du portage²² ; dans le corps de l'accord ensuite, lorsqu'ils montrent sa spécificité par rapport à d'autres formes triangulaires d'emploi²³ et, surtout, lorsqu'ils décrivent les obligations de la personne portée²⁴.

L'obligation faite au travailleur porté de trouver les missions qu'il doit accomplir n'intéresse pas seulement la qualification de son contrat ; elle peut également servir à justifier son licenciement, comme l'a montré l'un des arrêts rendus par la Cour de cassation le 17 février 2010. En l'espèce, un salarié porté – maçon de son état – avait été licencié au motif, qu'étant resté deux mois sans activité alors pourtant que la charte de collaboration paraphée lors de son embauche lui faisait obligation de rechercher des missions, il n'avait pas réalisé l'objectif fixé dans son contrat (réaliser la somme de 500 euros de marge par mois). Faute d'avoir travaillé ces deux mois, il n'avait, en outre, pas été payé. Pour casser l'arrêt d'appel qui avait débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes, la Cour de cassation affirme que « le contrat de travail comporte l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié ». Et d'en conclure que la cour d'appel ne pouvait pas se fonder sur le fait que le salarié n'avait pas travaillé faute d'avoir trouvé des missions, « alors que c'était à la société de portage, en sa qualité d'employeur, de lui fournir du travail ».

Cet arrêt signe-t-il la mort du portage salarial en stigmatisant l'une de ses principales contradictions avec le droit commun du contrat de travail ? En l'état actuel des textes, la réponse ne peut être qu'affirmative. L'article L. 1251-64 du Code du travail, introduit par la loi du 25 juin 2008, ne permet pas de dire que le portage salarial fait exception à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié. Il en aurait été sans doute autrement si le législateur avait repris la description du portage faite par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008. Si rien ne vient modifier la législation actuelle, le portage salarial, tel qu'il est conçu depuis l'origine, est donc condamné²⁵.

Cette vision pessimiste a toutefois peu de chance de se réaliser. La série d'arrêts de la Cour de cassation aura, vraisemblablement, une portée plus constructive que destructive. En pointant les principales causes d'incompatibilité du portage salarial par rapport au droit commun, la Haute Juridiction prépare le travail des négociateurs en listant les domaines dans lesquels une intervention législative est indispensable²⁶. L'obligation faite au travailleur porté de rechercher ses missions en fournit une nouvelle illustration. Loin de la remettre en cause, le projet d'accord la réaffirme fermement. Lorsque le travailleur porté est engagé à durée indéterminée, au plus vient-il contrebalancer l'obligation qui lui est faite de « *prospection active de clients* » en mettant à la charge de l'entreprise de portage une obligation d'« *accompagnement* » et de « *développement de ses prestations* ».

Qui a dit que la Cour de cassation créait de l'insécurité juridique à travers sa jurisprudence ? Ses arrêts sur le portage salarial montrent qu'elle peut, aussi, contribuer à « *sécuriser* » des dispositifs en cours d'élaboration. ■

19. Sauf à considérer que le dernier article (Entrée en application) contient déjà une interpellation de ce type : « La validité du présent accord est subordonnée à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application et traduisant la volonté des partenaires sociaux ». Volonté des partenaires sociaux de faire de tous les travailleurs portés des salariés ?

20. Certains auteurs estiment toutefois, que la loi du 25 juin 2008 n'ayant pas repris cette condition, les négociateurs de branche peuvent librement s'en affranchir, P. Morzan, « Le portage salarial face à son destin », précit.

21. J. Pélessier, A. Supiot, A. Jeammaud, avec la coll. de G. Auzéro, *Droit du travail, Précis*, Dalloz, 24^e éd. p. 476-477, n° 368.

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

23. « La relation de portage salarial se caractérise à titre principal par le fait que la personne portée est à l'origine de la prestation qu'elle aura à effectuer pour le compte d'une entreprise cliente » (art. 1 : Périmètre).

24. « La personne portée assure la prospection de ses clients et négocie directement avec ces derniers le prix de la prestation à accomplir » (art. 1.1 : La personne portée) ou encore « Les personnes portées titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée conclu en vue de la réalisation de prestations de portage s'engagent à respecter une obligation de prospection active de clients » (art. 2.1.2 : Contrat à durée indéterminée).

25. Certains négociateurs ne paraissent pas avoir été particulièrement troublés par les décisions rendues par la Cour de cassation. Passant complètement sous silence le problème de l'obligation de fournir du travail, l'UGICA-CFTC préfère y voir la condamnation des entreprises, non membres du SNEPS, qui profitent du vide juridique actuel pour faire une utilisation abusive du portage (Dépêche AEF, Dépêche n° 127715, 19 février 2010).

26. V. not. les propos du Conseiller H. Gosselin : « On peut dès lors s'interroger sur le point de savoir s'il ne sera pas nécessaire, à l'issue de la négociation en cours, que le législateur intervienne à nouveau afin de déterminer les principales caractéristiques de ce nouveau contrat, car, compte tenu de l'indisponibilité de la qualification du contrat de travail et des difficultés à faire « rentrer » le portage salarial dans ce cadre, il est à craindre que ce mode d'activité ne bénéficie pas, sinon, d'une sécurité juridique suffisante », « Le portage salarial face au contrat de travail », *Semaine sociale Lamy* n° 1434, p. 5.