

# 1176 Le portage salarial définitivement sécurisé

## Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015

Laurent CARRIÉ,

avocat au barreau de Paris,  
avocat associé, cabinet Deprez Guignot & Associés

L'ordonnance du 2 avril 2015 sécurise définitivement l'activité de portage salarial pour bon nombre d'entreprises de portages salarial et de salariés portés. Le travail atypique compte désormais et définitivement une nouvelle forme de travail. Pour y parvenir, il aura fallu près de quinze ans. Le portage salarial nous rappelle les opérations de mise à disposition de personnel que sont le travail temporaire, le travail à temps partagé etc. tout en s'en différenciant sur des points essentiels comme l'obligation pour le futur salarié porté de rechercher ses clients et l'absence d'obligation, pour l'entreprise de portage salarial, de lui fournir du travail. Un bon en avant vers une des formes possibles de la flexi-sécurité mais comme toujours avec cette manière très française de contrebalancer la souplesse (ou l'exception) accordée par un formalisme pointilleux doté d'un arsenal de sanctions qui, dans le cas du portage, fera l'objet de prochains textes.

1 - L'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial a été publiée au *Journal officielle* le 3 avril 2015. Très attendu par les professionnels du secteur, notamment le syndicat des professionnels de l'emploi en portage salarial (PEPS) <sup>1</sup> qui y a contribué, ce texte vient « sécuriser » durablement cette activité dont l'intérêt n'est plus à démontrer <sup>2</sup>. Le portage salarial répond en effet depuis plus de 30 ans à un besoin social jamais démenti si l'on en juge par la croissance de ce marché. Il s'inscrit par ailleurs dans une évolution des formes d'emploi liées aux changements dans la structure de l'emploi et aux modifications de comportement des acteurs <sup>3</sup>. Il est enfin conforme à la stratégie de « flexicurité » de la Commission européenne fixée depuis 2007 <sup>4</sup>. Mais il aura fallu près de 15 ans depuis les premiers appels à une intervention législative <sup>5</sup> pour que la question du portage salarial trouve une réponse durable. Que de réflexions <sup>6</sup>, de débats <sup>7</sup>, de

plaidoyers <sup>8</sup>, d'éloge <sup>9</sup>, de méfiance <sup>10</sup>, d'incertitudes <sup>11</sup>, de relectures <sup>12</sup>, d'états des lieux <sup>13</sup> avant d'y parvenir ! Pourtant, en 2008, les partenaires sociaux s'emparaient de cette question <sup>14</sup> conscients que « cette forme d'activité répond(ait) à un besoin social ». Le législateur lui emboîtait le pas <sup>15</sup> en imposant le régime du salariat au salarié porté (*C. trav.*, art. L. 1251-64), en ajoutant le portage salarial à la liste des exceptions au prêt illicite de main-d'œuvre (*C. trav.*, art. L. 8241-1, 1°) et en confiant la « mission d'organiser »

1. Le PEPS est issu du rapprochement la Fédération nationale du portage salarial (FeNPS) et du Syndicat national des entreprises de portage salarial (SNEPS).

2. B. Kantorowicz, *Le portage salarial* : LexisNexis, coll. Carré droit, 2013

3. COE, 8 avr. 2014, *L'évolution des formes d'emploi* : <http://www.coe.gouv.fr/Adoption-du-rapport-L-evolution-des-formes-d-emploi.html> – S. Robin-Olivier, *Les contrats de travail flexibles, une comparaison internationale* : Sciences-Po Les Presses, 2015.

4. E. Besson, *Flexisécurité en Europe*, 26 févr. 2008 : Doc. fr. ; <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000115/0000.pdf>

5. N. Côte, *Le portage salarial : entre innovation et dérives* : JCP E 2002, 1599.

6. M. Del Sol, *L'intermédiation de la relation salariale : de nouvelles modalités pour de nouveaux enjeux* : JCP S 2005, 1314.

7. J.-J. Dupeyroux, *Le roi est nu* : Dr. soc. 2007, p. 81. – P.-M. Menger, P. Costa, D. Hanet et C. Marchika, *Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage* : Dr. soc. 2007, p. 46. – L. Casaux-Labrunée, *Le portage salarial : travail salarié ou indépendant* : Dr. soc. 2007, p. 58. – J.-Y. Kerbouc'h, *Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main d'œuvre illicite ?* : Dr. soc. 2007, p. 72.

8. A. Bruder, *Plaidoyer en faveur de la reconnaissance juridique du portage salarial* : JCP S 2007, 1312.

9. P. Morvan, *Éloge juridique et épistémologique du portage salarial* : Dr. soc. 2007, p. 607. – Du même auteur, *Le portage salarial face à son destin* : JCP S 2008, 1363.

10. L. Casaux-Labrunée, *La légalisation risquée du portage salarial* : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1349, p. 7.

11. A. Fabre, *Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ?* : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1454, p. 2.

12. J.-J. Jarry, *Accord sur le portage salarial : une (re)lecture nécessaire* : *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1473, p. 7.

13. E. Lederlin, *Portage salarial : où en sommes-nous vraiment ? État des lieux d'un dispositif juridique toujours incertain* : JCP S 2013, 1333.

14. ANI 11 janv. 2008, art. 19.

15. L. n° 2008-596, 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, art. 8.

cette activité à la négociation collective<sup>16</sup>. Le 24 juin 2010, un accord relatif au portage salarial était conclu qui organisait dans le détail cette activité. Mais très vite la rumeur circula qu'il ne serait jamais étendu. Il faut dire que le portage salarial ne comptait pas que des amis. L'UNEDIC tout d'abord qui organisait la chasse aux portés pour les exclure systématiquement du champ d'application de l'assurance chômage. Il faudra d'ailleurs des dizaines de condamnations par le tribunal de grande instance de Paris<sup>17</sup> avant que le bureau de l'UNEDIC ne fasse évoluer sa position avec une circulaire ouvrant les droits au chômage aux salariés portés sous certaines conditions<sup>18</sup>. L'IGAS ensuite qui, dans son rapport de septembre 2011 sur l'Avenir et les voies de régulation du portage salarial, recommandait de ne pas étendre l'accord du 24 juin 2010, ce qui emportait une vision assez sombre de l'avenir du portage ! Pendant ce temps, la Cour de cassation était saisie des premiers contentieux en matière de portage salarial. Elle prenait un parti assez clair : celui d'inscrire le portage salarial dans le droit du travail en prenant une position très favorable au porté pour que le statut de salarié lui soit reconnu pour le meilleur – lui permettre de bénéficier de droits au chômage<sup>19</sup> – mais aussi pour le pire – en niant les particularités du portage salarial, notamment en imposant à l'entreprise de portage salarial l'obligation de fournir du travail<sup>20</sup>.

Néanmoins contre toute attente, l'accord du 24 juin 2010 fut étendu par un arrêté du 24 mai 2013 publié le 8 juin 2013. Le portage salarial semblait alors définitivement sorti des limbes. Malheureusement, une QPC de la Confédération générale du travail Force ouvrière vint tout remettre en cause. Le Conseil constitutionnel rendit une décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 déclarant le paragraphe III de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, sur lequel se fondait la négociation qui avait permis la conclusion de l'accord du 4 juin 2010, contraire à la Constitution (art. 1<sup>er</sup>) avec un effet différé au 1<sup>er</sup> janvier 2015 (art. 2), et ce afin de permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité. Le résultat fut la disparition prématurée de l'accord du 24 juin 2010, dont le coup de grâce a très récemment été porté par le Conseil d'Etat qui en a annulé l'arrêté d'extension du 24 mai 2013<sup>21</sup>. Mais très vite les partenaires sociaux prirent une position commune pour marquer leur attachement à cet accord<sup>22</sup> malgré la décision du Conseil constitutionnel. Le Gouvernement se remit au travail en concertation avec les professionnels du secteur. Il se fit habiliter par le législateur<sup>23</sup> pour prendre par une ordonnance visant à fixer les conditions essentielles du portage salarial. Voilà qui est désormais fait avec l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 qui transpose l'accord du 24 juin 2010, tout en le complétant notamment sur certains points essentiels. Cette ordonnance abroge les dispositions sur le portage salarial issues de la loi du 25 juin 2008 et crée un chapitre IV consacré au portage salarial dans le titre V du livre II de la première partie du Code du travail. Enfin, elle modifie en les adaptant plusieurs disposi-

tions existantes. Cette ordonnance doit être complétée par des décrets en Conseil d'Etat et surtout par une loi qui fixera le dispositif des sanctions civiles et pénales destinées à en garantir l'application.

## 1. Définition et champ d'application du portage salarial

2 - Jusqu'à présent, le portage salarial n'avait jamais été précisément défini. L'article 19 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, toujours en vigueur, n'en avait posé que certaines caractéristiques<sup>24</sup>. L'article L. 1251-64 du Code du travail issu de la loi du 25 juin 2008 et abrogé par l'ordonnance relative au portage salarial, en était resté à une définition sommaire : un « ensemble de relations contractuelles »<sup>25</sup>. Quant à l'accord du 24 juin 2010 relatif au portage salarial, dont les effets ont cessé le 1<sup>er</sup> janvier 2015 à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité, il l'avait « organisé » sans vraiment le définir suivant, en cela, la mission qui lui avait été confiée par le législateur. Quant à la Cour de cassation, elle en avait certes saisi le sens et la portée dans son communiqué<sup>26</sup> sur les deux arrêts du 17 février 2010<sup>27</sup> mais refusé d'en admettre toutes les spécificités.

On en était donc resté à une définition vague et imprécise aux contours mais surtout à l'essence mal définis, le portage salarial se distinguant mal, pour beaucoup et notamment pour la Cour de cassation, du travail temporaire. En effet, en refusant l'économie du portage salarial, la Cour de cassation avait, *volens nolens*, ramené le portage salarial à une forme de travail temporaire, ce qu'il n'est pas.

3 - Un texte dont l'ambition est de régler durablement la question du portage salarial ne pouvait se dispenser de donner une définition.

Voilà qui est fait avec la section I du chapitre IV « Portage salarial » qui consacre deux articles (*C. trav.*, art. L. 1254-1 et L. 1254-2) à la définition et au champ d'application du portage salarial avec comme première conséquence que, désormais, toute entreprise ayant une activité de portage salarial au sens de l'ordonnance doit être dénommée « entreprise de portage salarial » et que seules les entreprises de portage salarial au sens de l'ordonnance peuvent être dénommées

16. L. n° 2008-596, 25 juin 2008, art. 8-III.

17. V. TGI Paris, 26 janv. 2010, RG n° 09/14328 et TGI Paris, 4 mai 2010, RG n° 09/18458, non publiés.

18. Circ. n° 2011-33, 7 nov. 2011.

19. P. Morvan, *Heurs et malheurs jurisprudentiels du portage salarial* : JCP S 2010, 1147.

20. J. Mouly, note ss Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298 et n° 08-40.671 : Dr. soc. 2010, p. 799, ob. J. Mouly. – Sur l'obligation de fournir du travail, confirmation avec Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.627 : *JurisData* n° 2015-001606 ; *infra* JCP S 2015, 1179, note H. Guyot.

21. Cons. const., 11 avr. 2014, déc. n° 2014-388, QPC : *JurisData* n° 2014-007160 : JCP S 2015, act. 166. – CE, 1<sup>er</sup> et 6<sup>e</sup> ss-sect., 7 mai 2015, n° 370986 et n° 371062 : *JurisData* n° 2015-010201.

22. Position commune, 14 avr. 2014.

23. L. n° 2014-1545, 20 déc. 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, art. 4.

24. « Le portage salarial se caractérise par :

– une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente ;

– la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté ;

– la fourniture des prestations par le porté ;

– 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 » (ANI 11 janv. 2008, art. 19).

25. « Le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage salarial, 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 » (*C. trav.*, art. L. 1251-64 issu de L. n° 2008-596, 25 juin 2008, art. 8).

26. « Le portage salarial est une opération juridique impliquant trois parties : il permet à un actif qui trouve une ou plusieurs missions à accomplir pour le compte d'entreprises clientes de devenir le porté salarié d'une entreprise de portage qui fait office d'intermédiaire. L'entreprise de portage encaisse les honoraires versés par les clients et en reverse une partie à l'actif sous forme de salaire, après retenue des frais de gestion et de la charge intégrale des cotisations sociales, salariales et patronales. » (communiqué relatif à Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298 : *JurisData* n° 2010-051638 et Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-40.671 : *JurisData* n° 2010-051640 ; JCP S 2010, 1147, note P. Morvan, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> esp.).

27. Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298, préc. note 26, sur l'obligation de fournir du travail et Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-40.671, préc. note 26, sur l'obligation d'indiquer dans le contrat de travail souscrit à temps partiel la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail et sa répartition entre les jours de la semaine ou du mois.

« entreprises de portage salarial ». Autrement dit l'activité de portage salarial ne peut plus exister en dehors du cadre légal.

## A. - Le genre

4 - La section I du chapitre IV « Portage salarial » est située dans le livre II de la première partie du Code du travail consacré aux « Contrat de travail temporaire et autres contrats de mise à disposition » du titre V aux côtés du contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire (chapitre 1<sup>er</sup>), du contrat conclu avec une entreprise de travail à temps partagé (chapitre 2) et des contrats conclus avec un groupement d'employeurs (chapitre 3). Le portage salarial est donc d'abord conçu par le législateur comme une opération entrant dans le genre « opérations de mise à disposition de personnel », même s'il ne se réduit pas à une telle opération. L'article L. 1254-1 du Code du travail dispose en effet que le portage salarial désigne « l'ensemble organisé constitué » par deux relations :

- la « relation entre une entreprise dénommée « entreprise de portage salarial » effectuant une prestation au profit d'une entreprise cliente, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial » (C. trav., art. L. 1254-1 1<sup>o</sup>) ;

- le « contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage et un salarié désigné comme étant le « salarié porté », lequel est rémunéré par cette entreprise ».

Jusqu'à là, le portage salarial ne se distingue pas nettement des autres formes de contrats de mise à disposition. Tel est le cas avec le travail temporaire qui a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission qui donne lieu à la conclusion d'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur ainsi que d'un contrat de travail entre le salarié temporaire et son employeur, l'entreprise de travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-1). Tel est également le cas du travail à temps partagé qui a pour objet la mise à disposition d'un salarié par une entreprise de travail à temps partagé au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission, opération qui donne lieu à la conclusion d'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail à temps partagé et le client utilisateur ainsi que d'un contrat de travail entre le salarié et l'entreprise de travail à temps partagé (C. trav., art. L. 1252-1).

On relèvera toutefois deux différences. Dans le portage salarial, le client n'est pas un « utilisateur » de personnel, comme dans les deux cas précités, il est un « client ». Par ailleurs, ce client ne conclut pas un « contrat de mise à disposition » mais un « contrat commercial de prestation de portage salarial » dont l'objet ne se réduit pas à la simple mise à disposition de personnel mais en est un accessoire plus ou moins important. Dans la pratique, il n'est en effet pas rare de trouver dans ce contrat commercial d'autres clauses (ex : cession de droits de propriété intellectuelle, etc.).

5 - Pour terminer sur ce point, il faut relever une absence : la convention d'adhésion. Elle était déjà absente dans les textes précédents sur le portage salarial. Cette convention qui, en pratique, connaît des appellations assez diverses, est en général conclue lors des premiers contacts entre le futur salarié porté et l'entreprise de portage salarial. Elle est antérieure au contrat commercial de prestation de service et au contrat de travail. Elle définit le cadre général de la relation et comporte des dispositions purement informatives et des obligations. L'ordonnance n'en fait pas une condition du portage salarial mais elle ne l'exclut pas non plus.

## B. - La différence spécifique

### 1<sup>o</sup> Le salarié porté recherche lui-même ses clients

6 - C'est l'article L. 1254-2 du Code du travail qui livre la première différence du portage salarial en disposant, au paragraphe I, que « la

personne portée justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix ». C'est donc le futur salarié porté qui recherche ses clients – et non l'entreprise de portage salarial – là où dans la simple mise à disposition de personnel c'est l'entreprise qui recherche le client et non le futur travailleur temporaire ou travailleur à temps partagé. La dynamique est donc radicalement différente puisque le futur porté recherche des clients avec lesquels il va convenir des prestations à accomplir (objet, modalité d'exécution et prix).

Cette recherche de clients constitue pour le salarié porté une obligation essentielle de son contrat de travail.

### 2<sup>o</sup> L'entreprise de portage salarial n'a pas d'obligation de fournir du travail

7 - Selon l'article L. 1254-2 du Code du travail, paragraphe III, « l'entreprise de portage salarial n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté ». L'obligation pour le salarié porté de rechercher lui-même ses clients a en effet ce corollaire : l'entreprise de portage salarial n'a pas d'obligation de lui fournir du travail, c'est-à-dire des clients.

C'est cette différence essentielle que, par deux fois, la Cour de cassation a refusé de reconnaître, d'abord dans un arrêt du 17 février 2010<sup>28</sup> rendu sur des faits antérieurs à la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, ensuite dans un arrêt du 4 février 2015<sup>29</sup> rendu sur des faits postérieurs à cette loi, en soumettant sans nuance les contrats de portage salarial aux règles d'ordre public du droit du travail et en refusant d'en reconnaître la principale spécificité. La cour a probablement estimé qu'il ne lui appartenait pas de dispenser les entreprises de portage salarial de l'obligation de fournir du travail, obligation essentielle du contrat de travail, et du reste jurisprudentielle.

Avec l'article L. 1254-2, III, du Code du travail, la situation des entreprises de portage salarial est désormais claire puisqu'elles ne sont pas tenues de fournir du travail au salarié porté. En conséquence, lorsque le salarié porté, embauché dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, arrivé en fin de mission, n'aura pas recherché de nouvelles prestations à accomplir ou que, en ayant recherché, il n'en aura pas trouvé, l'entreprise de portage salarial sera fondée à le licencier sans que puisse lui être reproché un manquement à l'obligation de fournir du travail et sans avoir à appliquer les dispositions en matière de licenciement pour motif économique : l'absence de prestation ou de client n'est plus une cause liée à l'entreprise mais une cause liée à la personne du salarié qui manque à une obligation essentielle de son contrat de travail.

### 3<sup>o</sup> La personne portée justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie

8 - Si tout salarié peut être porté – à l'exception des salariés des services à la personne – encore faut-il que l'intéressé puisse justifier « d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix » (C. trav., art. L. 1254-2, I).

L'expertise n'est pas définie par l'ordonnance. Elle doit s'entendre d'un savoir-faire spécifique au salarié porté qui est antérieur à l'entrée en relation contractuelle avec l'entreprise de portage salarial. Elle n'implique pas que le salarié porté ait le statut de cadre.

Le terme de qualification est plus incertain<sup>30</sup>. La qualification est en principe indissociable de la notion de classification

28. Cass. soc., 17 févr. 2010, préc. note 26.

29. Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.627, préc. note 20.

30. J. Mouly, Qualification professionnelle et fonctions réellement exercées : quelques précisions : Dr. soc. 2014, p. 959.

professionnelle ; elle est déterminée par les caractéristiques de la fonction mais également par la catégorie du salarié (employé, agent de maîtrise, cadre).

Quant à l'autonomie, elle doit être appréciée *in concreto* au regard de l'ensemble des étapes de l'opération de portage salarial : elle doit permettre au salarié porté de rechercher lui-même ses clients, de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix dispose l'article L. 1254-2, I et d'exécuter la prestation. À cette fin, le salarié porté doit fournir à l'entreprise de portage salarial tous les éléments permettant d'établir, dans un premier temps, le contrat de prestation de service et le contrat de travail, puis, dans un second temps, le bulletin de paie, notamment par la fourniture de comptes rendus d'activité réguliers, c'est-à-dire au minimum mensuels. Il doit plus généralement informer l'entreprise de portage salarial de tout événement de nature à influencer sur le bon déroulement de la prestation.

Le rôle de l'entreprise de portage salarial se limite donc à l'établissement du contrat de travail, du contrat de prestation de service et au paiement de la rémunération.

### C. - La garantie d'une rémunération minimale

9 - Le salarié porté bénéficie d'une rémunération minimale définie par accord de branche étendu. À défaut d'un tel accord, le montant de la rémunération mensuelle minimale est fixé à 75 % de la valeur mensuelle du plafond de la sécurité sociale prévu à l'article L. 241-3 du Code de la sécurité sociale pour une activité équivalant à un temps plein (C. trav., art. L. 1254-2, II). Il s'agit d'un minimum légal, une sorte de « SMIC » du salarié porté.

Ce minimum légal est fixé par référence à la valeur mensuelle du plafond de cotisations en matière d'assurance sociales obligatoires (CSS, art. L. 241-3). Ce plafond mensuel est, pour l'année 2015, de 3 170 euros<sup>31</sup>. Ce plafond est fixé chaque année civile à partir du plafond applicable au cours de l'année antérieure, de l'évolution moyenne estimée des salaires au cours de cette année et des perspectives économiques, sociales et financières de la Nation. La rémunération minimale s'élève donc à 2.377,50 euros bruts.

## 2. Conditions et interdictions de recours

### A. - Cas de recours : tâches occasionnelles et prestations ponctuelles

10 - Il n'existe que deux cas de recours (C. trav., art. L. 1254-3).

L'entreprise cliente ne peut en effet avoir recours à un salarié porté que : 1) « pour l'exécution d'une tâche occasionnelle ne relevant pas de son activité normale et permanente » ; 2) « pour une prestation ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas ».

Le premier cas rappelle l'un de ceux prévus par la circulaire DRT n° 90-18 du 30 octobre 1990 en matière de travail temporaire et de contrat de travail à durée déterminée : l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable, c'est-à-dire une tâche ponctuelle qui ne relève pas de l'activité principale de l'entreprise mais peut se reproduire. Il s'agit par exemple de l'informatisation d'un service, d'une action de formation, d'un audit, etc. Bien que commun au travail temporaire, il n'y a pas de confusion possible dans le recours à ce cas : en matière de travail temporaire le client s'adresse à l'entreprise de travail temporaire qui va rechercher le travailleur pourvu de la compétence requise sur le marché du travail ; dans le cas du portage salarial, le client a déjà fait le choix de la prestation, des modalités d'exécution et du prix de l'intervenant avec lequel il est en contact, qui va alors se rapprocher de l'entreprise de portage salarial.

Le second cas de recours est centré sur le caractère ponctuel de la prestation, le fait que l'entreprise cliente ne dispose pas de l'expertise nécessaire à l'exécution de la tâche visée.

### B. - Les interdictions de recours

11 - Elles sont de deux sortes :

– la prestation dans l'entreprise cliente « ne peut avoir pour objet : « de remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail » (C. trav., art. L. 1254-4, I, 1°) ; il s'agit de la règle classique applicable en matière de travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-10, 1°) et de contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-6) qui a pour objet de protéger les salariés grévistes dans l'exercice de leur droit de grève. Nul doute que la jurisprudence rendue sous le visa de ces deux articles a vocation à s'appliquer en matière de portage salarial ;

– la prestation dans l'entreprise cliente ne peut avoir pour objet « d'effectuer certains travaux particulièrement dangereux figurant sur la liste prévue à l'article L. 4154-1 sauf dérogation prévue au même article » (C. trav., art. L. 1254, I, 2°). Cette fois encore il s'agit d'une règle connue en matière de travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-10) et de contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-6), destinée à éviter toute dérive dans l'utilisation de cette forme d'emploi pour des travaux exposant à des agents chimiques dangereux (C. trav., art. D. 4154-1). La jurisprudence rendue sur cette question a vocation à s'appliquer au portage salarial.

### C. - Limitation de durée

12 - L'article L. 1254, II du Code du travail dispose que « la durée de cette prestation ne peut excéder la durée de trente-six mois ». Cette règle n'interdit pas à un salarié porté de recourir aux services d'une entreprise de portage salarial plus de trente-six mois. Elle peut être pour ce dernier une forme normale et permanente de travail. En revanche, une entreprise cliente ne peut avoir recours au portage salarial pour une prestation donnée que dans la limite de trente-six mois. Autrement dit, une entreprise cliente et une entreprise de portage salarial ne peuvent convenir dans le cadre d'un contrat commercial d'une prestation de service dont la durée initiale ou par l'effet de renouvellements serait portée au-delà de trente-six mois. Mais cette limitation de durée s'appréciant par prestation, rien n'interdit à une entreprise cliente de recourir plusieurs fois, pour une durée totale supérieure à trente-six mois, au même salarié porté ou de recourir à plusieurs salariés portés pour des durées cumulées supérieures à trente-six mois dès lors que les prestations sont différentes.

Compte tenu de son caractère général, cette règle a, semble-t-il, vocation à s'appliquer à tous les types de contrats de travail en portage salarial. Toutefois, le contrat de travail à durée déterminée étant limité à 18 mois (ou, en cas de dérogation, à 21 mois), cette règle ne concernera en pratique que les prestations accomplies dans le cadre de contrats de travail à durée indéterminée.

### D. - Les activités exclues du portage salarial

13 - Les « activités de services à la personne mentionnées à l'article L. 7231-1 ne peuvent faire l'objet d'un contrat de travail en portage salarial » (C. trav., art. L. 1254-5, al. 4), ce qui est la reprise de la règle énoncée à l'article 1<sup>er</sup> de l'accord national du 24 juin 2010. Cette exception doit être interprétée strictement. Toutes les autres activités peuvent être exercées dans le cadre du portage salarial.

### E. - Prêt illicite de main-d'œuvre et délit de marchandage

14 - Les dispositions des titres III relatif au marchandage et IV relatif au prêt illicite de main d'œuvre du livre II de la huitième partie

31. A. 26 nov. 2014.

du Code du travail ne sont pas applicables au portage salarial exercé dans les conditions définies au chapitre consacré à cette technique (*C. trav., art. L. 1254-6*).

### 3. Les contrats de travail

#### A. - Dispositions communes

##### 1° Contrat à durée déterminée ou indéterminée

**15** - Le contrat de travail est conclu entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté pour une durée déterminée ou indéterminée (*C. trav., art. L. 1254-7*) là où l'entreprise de travail temporaire ne peut opter que pour des missions à durée déterminée et où l'entreprise de travail à temps partagé ne peut conclure que des contrats à durée indéterminée.

##### 2° La rupture du contrat commercial et le sort du contrat de travail

**16** - L'article L. 1254-8 du Code du travail dispose que la seule rupture du contrat commercial de prestation de portage salarial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié. Cette disposition est le corollaire de l'obligation, pour le salarié porté, de rechercher lui-même ses clients (*C. trav., art. L. 1254-2, I*) lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée. En effet, dès lors que le salarié est tenu de rechercher des clients, encore faut-il que l'entreprise de portage salarial lui en laisse le temps postérieurement à la rupture du contrat commercial de prestation, que cette rupture soit le fait de l'arrivée du terme convenu ou d'une résiliation décidée par l'une ou l'autre des parties à ce contrat.

**17** - Dans tous les cas, l'entreprise de portage salarial est redevable de la rémunération due au salarié porté correspondant à la prestation réalisée selon les modalités de calcul et versement prévues aux articles L. 1254-15 et L. 1254-21 du Code du travail, ce qui doit s'entendre de la rémunération due jusqu'à la rupture du contrat commercial.

##### 3° L'indemnité d'apport d'affaire

**18** - Le salarié porté perçoit une indemnité d'apport d'affaires dont on devrait considérer qu'elle entre dans l'appréciation de la garantie minimale fixée par l'article L. 1254-2, II du Code du travail. Son montant est défini par accord de branche étendu ou, à défaut d'un tel accord, est fixé à 5% de la rémunération due au salarié porté et de l'indemnité (*C. trav., art. L. 1254-9*). Mais quelle est l'« indemnité » qui entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité d'apport d'affaires ? Il ne peut logiquement s'agir de l'indemnité d'apport d'affaires. Il ne peut s'agir non plus de l'indemnité de précarité qui a pour assiette l'ensemble des rémunérations y compris l'indemnité d'apport d'affaires, non plus de l'indemnité de congés payés. S'agit-il alors d'une erreur ?

#### B. - Dispositions relatives au contrat de travail à durée déterminée

##### 1° Une prestation, un terme une durée

**19** - Le contrat de travail à durée déterminée est conclu entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté pour la réalisation d'une prestation dans une entreprise cliente (*C. trav., art. L. 1254-10*), ce qui laisse supposer qu'un contrat doit être conclu lors de chaque prestation. Ce contrat peut être conclu soit avec un terme précis fixé dès sa conclusion soit sans terme précis lorsque le terme de l'objet pour lequel il a été conclu n'est pas connu. Il est alors conclu pour une durée minimale et il a pour terme la réalisation de l'objet pour lequel il a été passé (*C. trav., art. L. 1254-11*). Sa durée totale ne peut en

principe excéder dix-huit mois compte tenu, le cas échéant, du renouvellement (*C. trav., art. L. 1254-12*).

Toutefois, pour permettre la prospection de nouveaux clients, le terme du contrat peut être reporté par accord entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté pour une durée maximale de trois mois (*C. trav., art. L. 1254-13*), ce qui porte sa durée maximale à 21 mois.

##### 2° Forme, contenu et transmission du contrat

**20** - Le contrat de travail est établi par écrit avec la mention : « *contrat de travail en portage salarial à durée déterminée* » (*C. trav., art. L. 1254-14*). Il comporte un certain nombre de clauses et mentions énumérées à l'article L. 1254-15 qui sont de deux sortes.

En premier lieu, il y a celles qui sont relatives à la relation entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté : la date du terme et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsque le contrat comporte un terme précis, les modalités de calcul et de versement de la rémunération, de l'indemnité d'apport d'affaire, des charges sociales et fiscales, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels ; sont également fixées, s'il y a lieu, les modalités de déduction des frais professionnels, le descriptif des compétences, des qualifications et des domaines d'expertise du salarié porté, la durée de la période d'essai, les modalités d'acquisition, de prise et de paiement des congés payés conformément aux dispositions des articles L. 3141-1 et suivants du Code du travail, la périodicité de l'établissement par le salarié porté de comptes rendus d'activité ; l'identité du garant financier de l'entreprise de portage salarial.

En second lieu, il y a les clauses et mentions relatives à la réalisation de la prestation de service de portage salarial : l'identité et l'adresse de l'entreprise cliente, le descriptif de l'objet de la prestation et ses conditions d'exécution par le salarié porté, la durée de la prestation, le cas échéant, la durée minimale de la prestation et la nature de l'événement ou du résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle, lorsque le terme est incertain et lié à la réalisation de la prestation, le prix de la prestation convenu entre le salarié porté et l'entreprise cliente comprenant notamment le montant de la rémunération, de l'indemnité d'apport d'affaire, des prélèvements sociaux et fiscaux, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels, la responsabilité de l'entreprise cliente relative aux conditions d'exécution du travail du salarié porté, en particulier les questions liées à sa santé, à sa sécurité et à la durée du travail, pendant l'exécution de sa prestation dans ses locaux ou sur son site de travail ; sont également fixés, s'il y a lieu, la nature des équipements de protection individuelle mis à disposition par l'entreprise cliente, l'identité de l'assureur et le numéro du contrat d'assurance garantissant la responsabilité civile souscrite pour le compte du salarié porté pour les dommages provoqués dans l'entreprise cliente pendant l'exécution de la prestation.

Le contrat doit être transmis au salarié porté au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant sa conclusion (*C. trav., art. L. 1254-16*).

##### 3° Renouvellement du contrat

**21** - Seul le contrat de travail à durée déterminée à termes précis est renouvelable une fois pour une durée déterminée qui, ajoutée à la durée du contrat initial, ne peut excéder la durée maximale de 18 mois ou, en cas de dérogation, de 21 mois (*C. trav., art. L. 1254-17, al. 1*). Ce renouvellement est soit prévu dans le contrat initial, soit convenu par voie d'avenant avant le terme fixé (*C. trav., art. L. 1254-17, al. 1*).

##### 4° Exclusion

**22** - Les dispositions du titre IV du livre II de la première partie du Code du travail relatives au contrat à durée déterminée ne sont pas applicables, à l'exception des articles L. 1242-10 (période d'essai), L. 1242-16 (indemnité compensatrice de congés payés), L. 1243-1 à

L. 1243-6 (rupture anticipée, échéance du terme et poursuite après échéance) et L. 1243-8 (indemnité de précarité) (*C. trav., art. L. 1254-18*).

### C. - Dispositions relatives au contrat de travail à durée indéterminée

**23** - Le contrat de travail à durée indéterminée entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté pour la réalisation de prestations dans une ou plusieurs entreprises clientes (*C. trav., art. L. 1254-19*) doit être constaté par écrit avec la mention : « *contrat de travail en portage salarial à durée indéterminée* » (*C. trav., art. L. 1254-20*). Les dispositions des titres I<sup>er</sup>, II et III du livre II de la première partie du Code du travail en matière de champ d'application, de condition de formation, d'exécution et de rupture du contrat de travail à durée indéterminée lui sont applicables, sous réserve des dispositions spécifiques au portage salarial.

Le contrat comporte la plupart des clauses et mentions relatives à la relation entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté déjà citées pour le contrat à durée déterminée, à l'exception de celles relatives au terme et au renouvellement.

Il est de règle que « *les périodes sans prestation à une entreprise cliente ne sont pas rémunérées* » (*C. trav., art. L. 1254-21, II*).

## 4. Le contrat commercial de prestation de portage salarial

**24** - L'entreprise de portage salarial conclut avec l'entreprise cliente du salarié porté un contrat commercial de prestation de portage salarial au plus tard dans les deux jours ouvrables suivant le début de la prestation. Ce contrat est transmis au salarié porté dans le même délai (*C. trav., art. L. 1254-22*). Ce contrat commercial n'est pas un simple contrat de mise à disposition de personnel. Il reprend les éléments essentiels de la négociation de la prestation entre le salarié porté et l'entreprise cliente : l'identité du salarié porté, le descriptif des compétences, des qualifications et des domaines d'expertise du salarié porté, le descriptif de la prestation et ses conditions d'exécution par le salarié porté, la date du terme de la prestation et, le cas échéant, la durée minimale de la prestation lorsque le terme est incertain et lié à la réalisation de la prestation, le prix de la prestation convenu entre le salarié porté et l'entreprise cliente, la responsabilité de l'entreprise cliente relative aux conditions d'exécution du travail du salarié porté, en particulier les questions liées à sa santé, à sa sécurité et à la durée du travail, pendant l'exécution de sa prestation dans ses locaux ou sur son site de travail ; sont également fixés, s'il y a lieu, la nature des équipements de protection individuelle mis à disposition par l'entreprise cliente, l'identité du garant financier de l'entreprise de portage salarial, l'identité de l'assureur et le numéro du contrat d'assurance garantissant la responsabilité civile souscrite pour le compte du salarié porté pour les dommages provoqués dans l'entreprise cliente pendant l'exécution de la prestation (*C. trav., art. L. 1254-23*).

## 5. L'entreprise de portage salarial

### A. - Une activité exclusive

**25** - L'entreprise de portage salarial exerce à titre exclusif cette activité (*C. trav., art. L. 1254-24, al. 1*). Le caractère exclusif comporte deux aspects. Il interdit tout d'abord à toute entreprise, autre que les entreprises de portage salarial, de pratiquer cette activité. Cette interdiction a pour corollaire que « *seule une entreprise de portage salarial peut conclure des contrats de travail en portage salarial* » (*C. trav., art. L. 1254-24, al. 2*). Il interdit ensuite à une entreprise de portage salarial d'avoir une autre activité, que ce soit dans la catégorie des

intermédiaires en matière de personnel (entreprise de travail temporaire, de travail à temps partagé, etc.) ou en matière industrielle, commerciale ou de service.

**26** - En revanche, l'exclusivité n'interdit pas à une entreprise de portage salarial d'avoir, indirectement, une autre activité dès lors que cette autre activité s'exerce dans le cadre d'une entité juridique distincte (filiale, société mère, société sœur).

### B. - Le compte d'activité

**27** - Le compte d'activité est un dispositif clé du portage salarial. Il se présente sous la forme soit d'un document écrit soit d'un système d'information doté d'une interface utilisateur auquel le salarié porté a accès à distance *via* un identifiant et un mot de passe. L'entreprise de portage salarial met en place et gère pour chaque salarié porté un compte d'activité (*C. trav., art. L. 1254-25*).

Le salarié porté est informé une fois par mois des éléments inscrits sur ce compte, notamment de tout versement effectué par l'entreprise cliente à l'entreprise de portage au titre de la réalisation de sa prestation, du détail des frais de gestion, des frais professionnels, des prélèvements sociaux et fiscaux, de la rémunération nette, du montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

**28** - Est désormais sécurisée la pratique consistant pour les entreprises de portage salarial à prélever sur le prix de la prestation versé par l'entreprise cliente les frais de gestion qui correspondent à la rémunération de l'entreprise de portage salarial et les prélèvements sociaux et fiscaux (parts salariales et patronales des cotisations sociales, contributions sociales, diverses taxes telles que CVAE, CET, AGEFIPH, etc.), ce qui devrait mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait jusque-là discuté cette pratique<sup>32</sup>.

### C. - La garantie financière et l'attestation des organismes de sécurité sociale

**29** - Créé à l'origine par les entreprises de portage salarial membres du SNEPS (aujourd'hui le PEPS), la garantie financière avait été généralisée par l'article 13 de l'accord national du 24 juin 2010 pour assurer le paiement des salaires et des cotisations sociales. Cette garantie s'impose selon des modalités identiques à celles applicables en matière de travail temporaire (*C. trav., art. L. 1251-49*). Elle couvre, en cas de défaillance de l'entreprise de portage salarial, le paiement des salaires et de leurs accessoires et indemnités dues en matière de portage salarial, des cotisations obligatoires dues à des organismes de sécurité sociale ou à des institutions sociales et des remboursements qui peuvent, le cas échéant, incomber aux employeurs à l'égard des organismes de sécurité sociale et institutions sociales dans les conditions prévues à l'article L. 244-8 du Code de la sécurité sociale (*C. trav., art. L. 1254-26, I*). Elle ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par une société de caution mutuelle, un organisme de garantie collective, une compagnie d'assurance, une banque ou un établissement financier habilité à donner caution. Elle est calculée en pourcentage de la masse salariale annuelle de l'entreprise intéressée, sans pouvoir être inférieure à un minimum fixé annuellement par décret, compte tenu de l'évolution moyenne des salaires (*C. trav., art. L. 1254-26, II*).

**30** - Afin d'éviter tout travail dissimulé, l'entreprise de portage salarial doit fournir à l'entreprise cliente du salarié porté, sur sa demande, une attestation des organismes de sécurité sociale précisant sa situation au regard du recouvrement des prélèvements dus à ces organismes (*C. trav., art. L. 1254-26, III*). Il doit s'agir de l'attestation de vigilance délivrée par l'URSSAF.

32. V. sur ce point, *Cass. soc.*, 17 févr. 2010, n° 08-40.671, *préc. note* 20, 3<sup>e</sup> moyen.

## D. - Une activité soumise à déclaration

31 - Les entreprises de portage salarial ne peuvent exercer leur activité qu'après déclaration faite à l'autorité administrative (ce qui est nouveau) et obtention de la garantie financière (*C. trav., art. L. 1254-27*), ce qu'un décret en Conseil d'État viendra préciser.

## E. - Médecine du travail

32 - Les obligations relatives à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise de portage salarial (*C. trav., art. L. 1254-28*).

## F. - Calcul des effectifs de l'entreprise de portage salarial

33 - Pour calculer les effectifs d'une entreprise de portage salarial, il est tenu compte des salariés permanents fonctionnels de cette entreprise déterminés conformément à l'article L. 1111-2 ; par dérogation à cet article, il est tenu compte des salariés portés qui ont effectué des prestations de portage salarial dans le cadre de contrats de travail conclus avec cette entreprise pendant une durée d'au moins trois mois au cours de la dernière année civile (*C. trav., art. L. 1254-29*), ce qui abaisse le seuil de prise en compte de ces salariés.

## G. - Ancienneté

34 - Pour l'application aux salariés portés des dispositions légales qui se réfèrent à une condition d'ancienneté dans l'entreprise de portage salarial, l'ancienneté s'apprécie en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont effectué des prestations de portage salarial dans le cadre de contrats de travail conclus avec cette entreprise (*C. trav., art. L. 1254-30*).

## H. - Congé de formation

35 - Le salarié qui n'est pas titulaire d'un diplôme professionnel, ou qui n'est pas lié par un contrat de travail prévoyant une formation professionnelle, a droit, jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de vingt-cinq ans révolus, à un congé de formation s'il justifie d'une certaine durée de présence (*C. trav., art. L. 6322-59*). La durée minimum de présence dans l'entreprise de portage salarial des salariés portés s'apprécie en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont effectué des prestations de portage salarial dans le cadre de contrats de travail conclus avec cette entreprise (*C. trav., art. L. 1254-31*).

## 6. Le statut du salarié porté

### A. - Éligibilité et électorat dans l'entreprise de portage salarial

36 - Les conditions d'éligibilité et d'électorat dans les entreprises de portage salarial sont fixées les mêmes que celles applicables aux entreprises de travail temporaire : il faut justifier d'une ancienneté de

trois mois pour être électeur et de six mois pour être éligible pour les élections des délégués du personnel (*C. trav., art. L. 2314-17-1*) et pour les élections au comité d'entreprise (*C. trav., art. L. 2324-16-1*) et effectuer une prestation de portage au moment de la confection des listes (*C. trav., art. L. 2314-18-2 et L. 2324-17-2*).

Ces conditions sont appréciées en totalisant les périodes pendant lesquelles ces salariés ont effectué des prestations de portage salarial dans le cadre de contrats de travail conclus avec ces entreprises au cours des douze mois ou des dix-huit mois précédant l'élection, selon qu'il s'agit d'électorat ou d'éligibilité.

### B. - Participation, intéressement et épargne salariale

37 - Pour l'appréciation du seuil de cinquante salariés déclenchant la mise en place d'une participation aux résultats, l'effectif des salariés employés habituellement par les entreprises de portage salarial est calculé en ajoutant au nombre des salariés permanents le nombre moyen par jour ouvrable des salariés qui ont effectué des prestations de portage salarial dans le cadre d'un contrat de travail conclu avec cette entreprise au cours de l'exercice (*C. trav., art. L. 3322-4-1*).

Tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions dès lors qu'ils ont trois mois d'ancienneté (*C. trav., art. L. 3342-1, al. 3*).

### C. - Information et consultation du comité d'entreprise des entreprises clientes

38 - Lorsque le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, ont connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de portage salarial, l'inspecteur du travail peut être saisi par eux (*C. trav., art. L. 2323-17*).

### D. - Contribution au financement de la formation professionnelle

39 - Un accord de branche étendu peut prévoir, pour les salariés portés, l'adaptation du montant et de la répartition de la contribution versée par les employeurs de dix salariés et plus au titre de leur participation au financement de la formation professionnelle continue, sans pouvoir être inférieur à 1,6 % du montant des rémunérations versées pendant l'année en cours<sup>33</sup>.

40 - Concluons sur un souhait : que le portage salarial soit durablement inscrit dans la législation française afin de permettre à ce secteur économique de connaître l'essor qu'il mérite.

MOTS-CLÉS : Portage salarial - Régime

TEXTES : Ord. n° 2015-380, 2 avr. 2015. - *C. trav., art. L. 1254-1 et s.*

JURISCLASSEUR : Travail Traité, Fasc. 3-22, par Guillaume Blanc-Jouvan

33. Ord. n° 2015-380, 2 avr. 2015, art. 8.