

LE PORTAGE SALARIAL

APPARITION

Pratique d'origine anglo-saxonne, le portage salarial est apparu en France en 1985, à l'initiative d'un ingénieur centralien, dans le cadre d'une association d'entraide de cadres au chômage. Cette pratique est demeurée longtemps confidentielle en France. Mais le portage se généralise depuis 1990 et s'internationalise.

Une définition légale du portage salarial a été donnée par la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008.

Si les commentateurs de la loi du 25 juin 2008 ont largement débattu des thèmes relatifs à :

§ la période d'essai

§ le CDD à objet défini,

§ la rupture conventionnelle du contrat de travail.

Mesures phares de la loi sous le feu de l'actualité,

Ils ont en revanche été en revanche particulièrement discrets sur le thème de négociation relatif au portage salarial.

Il ne s'agit pas pour autant d'un sujet mineur puisqu'on évalue à 15.000, le nombre de salariés recourant à cette pratique.

LOCALISATION

Du point de vue de leur localisation, l'Ile de France constitue le pôle dominant des activités de portage (42 entreprises y ont leur siège social).

Après la région parisienne, la région Nord-Pas de Calais, Lyon, Bordeaux, Toulouse et Marseille s'imposent comme des pôles secondaires.

Il s'agit soit de sociétés commerciales qui pratiquent exclusivement le portage ou des structures associatives ou d'insertion pratiquant le portage sans but lucratif,

ORGANISATION DE LA PROFESSION :

Il existe trois Fédérations patronales :

• **le SNEPS** Œ créé en 1998 : regroupant 15 membres, essentiellement localisés en région parisienne, a élaboré dès 1998 une charte de déontologie formalisant les engagements des sociétés de portage à l'égard des salariés, des entreprises clientes et des institutions (URSSAF)

• **le FNEPS** Œ a été créé en 2004 et compte aujourd'hui quarante deux sociétés majoritairement implantées en région,

• **l'UNEPS** Œ créé en 2005 qui regroupe une dizaine de sociétés implantés en région qui ne partagent pas la même vision du portage;

La SNEPS défend une **conception strictement professionnelle du portage et cantonnée aux prestations intellectuelles** dans les secteurs du Conseil, de l'ingénierie, de l'informatique, de la formation et de la communication.

Les membres de la **FNEPS et l'UNEPS** sont des entreprises de taille plus restreinte par rapport à celles du SNEPS et **ont des activités plus hétérogènes**, Elles défendent une **conception** plus extensive du périmètre du portage et militent pour ouvrir le portage à d'autres secteurs que le conseil : bâtiment, immobilier etc,

LA PRATIQUE DU PORTAGE

On se trouve en présence d'une relation triangulaire :

- la société de portage,
- le porté, généralement un professionnel, cadre consultant
- l'entreprise cliente.

La particularité du portage est qu'un individu, qu'on appelle porté, vient proposer à un employeur de le salarier pour qu'il effectue une mission dont il a déjà négocié le contenu et le coût avec l'un de ses clients.

On voit tout de suite que le portage est particulièrement adapté à des professions intellectuelles, aux cadres, en particulier : les consultants, experts, ingénieurs, formateurs.

Dans les secteurs tels que le conseil, la presse, l'édition, l'audiovisuel

Les avantages

Cette forme d'activité correspond à un besoin social permettant notamment **le retour à l'emploi** de certaines catégories de demandeurs d'emploi **ou la création d'activité** notamment pour les seniors. Le portage leur permet de se réinsérer sur le marché du travail ou de le tester avant de se mettre à son compte, tout en bénéficiant du statut de salarié.

Les consultants peuvent ainsi enchaîner les missions, travailler pour plusieurs employeurs.

Actuellement, le portage connaît une double extension : il ne s'adresse plus seulement à des cadres seniors au chômage mais aussi à des jeunes actifs. Il ne concerne plus seulement des professionnels fortement qualifiés mais aussi des actifs beaucoup moins qualifiés et travaillant dans d'autres secteurs que ce ceux du Conseil et de la prestation intellectuelle.

Quant aux entreprises utilisatrices, elles bénéficient d'une plus grande flexibilité dans la gestion de leur personnel. Elles peuvent ainsi disposer de collaborateurs extérieurs possédant un haut niveau de technicité pour accomplir une mission déterminée.

La formule réduit ainsi la gestion de ce personnel par la seule rémunération d'une prestation de service à l'entreprise de portage.

CADRE CONTRACTUEL DU PORTAGE DANS LA PRATIQUE

La relation tripartite du portage salarial implique la conclusion de plusieurs contrats qui vont régir les rapports entre les parties.

Généralement trois contrats distincts sont conclus :

- **une convention d'adhésion ou de portage** entre la société de portage et le porté : convention de partenariat précisant les conditions de recherche et d'exécution des missions par le porté. Il s'agit d'un accord préalable sur les modalités de leur future collaboration.
- **un contrat de mission** ou contrat de prestations entre la société de portage et le client. Il s'agit d'un contrat d'entreprise dont le contenu a été préalablement négocié entre le client et le porté. La société de portage ne fait qu'entériner un accord auquel elle n'a pas participé puisque le porté aura lui-même négocié sa mission : durée, coût.
- **un contrat de travail** entre la société de portage et le porté (à durée déterminé ou indéterminée, à temps partiel ou complet). La société de portage remplit toutes les obligations administratives incombant à l'employeur comme la déclaration préalable d'embauche.

La société de portage va gérer administrativement la mission et facturer à l'entreprise cliente la prestation de service et reverser un salaire au porté avec bulletin de paie, déduction faite des charges sociales, d'une commission dite « *de frais de gestion* » variant de 10 à 15 % en moyenne.

Les frais de gestion de la société de portage : c'est le prix du service rendu. Elle engage sa responsabilité civile professionnelle et financière lors de l'accomplissement de la mission par le porté.

L'AMBIVALENCE DU PORTAGE

Evidemment, la pratique fait immédiatement penser au prêt de main-d'œuvre dont on connaît le caractère illicite hors les cas prévus par la loi.

Toutes opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite **sauf** lorsque ce prêt de main-d'œuvre s'inscrit dans le cadre d'une entreprise de travail temporaire ou de travail à temps partagé (mode d'emploi créé par la loi du 2 août 2005).

L'ambiguïté, voire l'ambivalence du portage quant à la qualification du contrat liant les intervenants a été source d'insécurité pour les portés.

A L'ORIGINE : ABSENCE DE CADRE JURIDIQUE

La pratique du portage a évolué pendant de nombreuses années dans un vide juridique total.

L'incertitude concernait en particulier le statut du porté : était-il un salarié ou non ?

Le portage salarial allie à l'évidence des concepts par principe antinomiques, savoir :

- l'exercice d'une activité indépendante sous la forme du salariat.

Le sujet concerne la définition même du contrat de travail : dans quelle mesure des professionnels qui détiennent leurs propres clients et exécutent leur prestations en parfaite autonomie peuvent-ils être considérés comme des salariés dont la caractéristique est le lien de subordination ? C'est la raison pour laquelle il a longtemps été considéré comme **illicite** au regard du droit du travail.

Du point de vue du droit du travail : le porté qui est doté d'une grande autonomie dans l'exercice de ses fonctions faisait obstacle à la reconnaissance d'un lien de subordination, critère essentiel du contrat de travail.

En effet, la société de portage ne fournit aucune prestation de travail au porté qui seul a la charge de prospecter la clientèle, de négocier sa mission et d'en déterminer le coût.

ELABORATION D'UN CADRE CONVENTIONNEL

A partir de **2004**, on note parmi les partenaires sociaux une volonté d'encadrer la pratique du portage :

- Ø **accord d'entreprise en 2004** signé entre le Syndicat national des entreprises de portage, le SNEPS et la CFDT
- Ø en mars 2006 , à l'initiative du SNEPS : création de « l'Observatoire du portage salarial entre syndicats de salariés (CFDT , CFTC etc...) et syndicat patronal du SNEPS
- Ø **Accord collectif du 15 novembre 2007**, signé par le SNEPS et les fédérations syndicales pour encadrer la pratique du portage dans le domaine du Conseil, de l'ingénierie et de l'informatique en vue d'apporter des garanties pour les salariés portés. Cet accord est connu sous le nom de SYNTEC.

VERS LA LEGALISATION

L'ACCORD NATIONAL INTERPROFESSIONNEL du 11 janvier 2008 – article 19 a visé notamment à :

« sécuriser le portage salarial : considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors, Il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service

Mais il a fallu une décision du **Tribunal de Grande Instance de Paris du 18 mars 2008** pour clarifier véritablement la question relative au statut du porté.

La jurisprudence antérieure à la loi

Un jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris a condamné l'UNEDIC et L'ASSEDIC à rétablir les droits de l'assurance chômage pour cinq anciens salariés licenciés par la plus importante société de portage salarial (ITG).

Pour la première fois en France un Tribunal a jugé que le contrat liant le porté et la société de portage est un contrat de travail.

Les faits

Cinq consultants avaient conclu un contrat de travail avec la société de portage ITG. Ils s'étaient vus refuser par l'ASSEDIC de Paris le bénéfice des allocations chômage au motif que la relation contractuelle qui les liait avec cette société ne constituait pas un contrat de travail.

Devant ce refus, ils ont assigné L'ASSEDIC devant le TGI de Paris afin de **faire reconnaître leur statut de salarié.**

Les ASSEDIC ET L'UNEDIC réfutaient cette argumentation et soutenaient que ces contrats de travail étaient fictifs et s'apparentaient à un prêt de main-d'œuvre illicite ou à du travail dissimulé.

C'est dire qu'au début de l'année 2008, le portage salarial constitue encore une « nébuleuse » porteuse d'une grande insécurité juridique.

Or, le TGI de Paris va préciser que « l'examen approfondi des rapports créés entre ITG et ses consultants fait apparaître qu'ils s'inscrivent dans de réels liens de subordination juridique et économique tels que recherchés pour caractériser l'existence d'un contrat de travail.

Conscient de la complexité des questions soulevées par le portage, le TGI de Paris s'est livré à un examen minutieux de la relation existant entre le porté et la société de portage.

Reprenant les critères du contrat de travail et la définition de la subordination juridique posée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 16 novembre 1996 (Sté générale), le TGI relève :

« *la similitude des contrats examinés à ceux pratiqués dans d'autres professions de nature commerciale ou intellectuelle :*

- *le nécessaire respect des dispositions du règlement intérieur par les consultants ;*
- *la fixation d'objectifs par la société ITG et son pouvoir de sanctionner les consultants en cas de non-respect de ceux-ci ou encontre pour faute grave ;*
- *la signature des contrats de prestations uniquement par la société ITG, celle-ci se réservant le droit de refuser l'accomplissement de la prestation ;*
- *la nécessité pour les consultants de recueillir l'aval préalable de la société ITG avant tout commencement de la prestation de travail ;*
- *le contrôle par ITG du contenu et du suivi de l'activité des consultants qui devaient fournir chaque mois un rapport d'activité pour l'établissement de la paie.*

De plus, le TGI de PARIS souligne l'appartenance des consultants à un service organisé du fait de l'adhésion de la société ITG à la convention collective SYNTEC. C'est ainsi que le TGI a ordonné à l'ASSEDIC de Paris de faire bénéficier les demandeurs du régime des allocations chômage.

Cette décision est intervenue dans un contexte particulier :

- division de la doctrine,
- jurisprudence hétérogène en l'absence de décision de la Cour de Cassation
- volonté des partenaires sociaux de sécuriser le portage salarial via l'Accord interprofessionnel (A.N.I. du 11 janvier 2008).

LEGALISATION MINIMALE DU PORTAGE ÷ **Loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail :**

Le portage salarial a connu un début de réglementation depuis la loi du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail qui reprend, dans ses grandes lignes, la solution posée dans l'A.N.I. du 11 janvier 2008 et a ainsi défini les seuls contours du statut juridique de cette forme d'emploi dans l'article **1251-64** du code du travail.

Rappelons que jusqu'à cette date, seuls le travail temporaire et le travail à temps partagé étaient les seules formes de prêt de main d'œuvre admises par le code du travail.

DEPENALISATION :

La loi a modifié l'article L 8241-1 du Nouveau Code du Travail de façon à ce que les pratiques de portage échappent désormais au risque de condamnation pénale pour prêt de main-d'œuvre illicite qui avait déjà frappé certaines d'entre elles (par exemple TGI de Grenoble, Chambre correctionnelle du 19 mars 2001).

Cet article interdit « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre à l'exception des opérations réalisées dans le cadre des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, au portage salarial, aux entreprises de travail à temps partagé* »

LA DEFINITION LEGALE DU PORTAGE ð Article L 1251-64 :

« *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.* »

La loi prévoit que par exception aux dispositions de l'article L 2261-19 alinéa 2 du code du travail et pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche, dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial, la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu le portage salarial.

LES PERSPECTIVES :

Les partenaires sociaux dans l'A.N.I. puis le législateur ont à peine esquissé les contours du futur régime juridique du portage salarial.

L'ANI du 11 janvier 2008 attribue à la **branche du travail temporaire**, considérée comme la branche la plus proche, la mission d'organiser, **PAR ACCORD COLLECTIF ETENDU** l'activité du portage salarial, dans un délai de deux ans après consultation des organisations représentant des entreprises de portage (par exception à l'art. L 2261-19 du Code du Travail).

LE PORTAGE SALARIAL DANS « L'ORBITE » DE L'INTERIM

Ainsi la loi renvoie à une négociation de branche et non à une intervention législative, le soin d'organiser et de sécuriser les pratiques du portage salarial. Les partenaires sociaux deviennent ainsi des co-législateurs.

En d'autres termes, la négociation se fera avec le syndicat des entreprises de travail temporaire, lequel s'est engagé à consulter les entreprises de portage salarial,

Selon Lise Cazaux Labrunée, Professeur à l'Université de Toulouse, on peut voir dans le résultat de cette loi le jeu des lobbies où le plus fort semble l'avoir emporté :

C'est la **Branche du travail temporaire** qui est ainsi chargée, par accord collectif étendu, d'organiser la relation triangulaire en garantissant au porté le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client et de son apport de clientèle.

L'intérim y trouve ainsi son compte puisque cette branche récupère le marché du portage avec possibilité d'attirer vers lui une nouvelle population de cadres plus rentable que celle des intérimaires habituels.

En revanche les entreprises de portage qui, on l'a vu, avaient fait des efforts pour structurer leurs activités refusent leur mariage avec l'Intérim qu'elle considère comme une activité radicalement différente.

? LE RISQUE DE DEVELOPPEMENT NON MAITRISE DU PORTAGE SALARIAL

Le portage salarial progresse dans un contexte où l'entreprise cherche à limiter ses charges fixes de personnel et à externaliser un maximum de fonctions.

On peut s'interroger sur le fait que la sécurisation du portage salarial est susceptible d'entraîner un développement non maîtrisé du portage, jusqu'à ce jour cantonné à un public de seniors oeuvrant dans le domaine du conseil, mais demain ouvert à tous publics et à tous secteurs d'activité ainsi que l'y invite l'intérim et certaines entreprises de portage...

On peut craindre une généralisation de la formule « tiers employeur qui pourrait **éviter** plus facilement aux entreprises **la fonction patronale** et encourager ainsi le développement du travail par missions aux lieux et place d'emplois permanents.

AFFAIRE A SUIVRE !