

Lexbase Hebdo édition sociale n°560 du 27 février 2014

[Question prioritaire de constitutionnalité] Jurisprudence

Le portage salarial devant le Conseil Constitutionnel

N° Lexbase : N1028BUM



par *Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse Capitole*

Réf. : CE 1° et 6° s-s-r., 6 février 2014, n° 371 062, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A6171MDW)

Il y a plusieurs années, après avoir longuement étudié la question du portage salarial dans le cadre d'une mission au service des pouvoirs publics, nous avons soulevé à plusieurs reprises la question de la constitutionnalité du processus de régulation de cette nouvelle forme d'emploi tel qu'envisagé par les partenaires sociaux d'abord (article 19 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008) par le législateur ensuite (article 8-III de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 N° Lexbase : L4999H7B) (1).

Depuis 2008, le processus a suivi son cours, malgré les appels à la prudence fondés sur les risques sous-évalués de dérégulation des relations de travail en France, liés notamment à l'instrumentalisation évidente du contrat de travail dans les relations de travail réalisées en portage, à la sollicitation opportuniste du régime d'assurance chômage par des professionnels qui sont avant tout des travailleurs indépendants (2), ou encore au manque de légitimité des acteurs désignés par la loi pour négocier le régime juridique du portage salarial. C'est sur ce dernier point que la question vient d'être soumise au Conseil constitutionnel, à la faveur d'une requête formulée devant le Conseil d'Etat par la Confédération générale du travail Force ouvrière et la Fédération des employés et cadres Force ouvrière, laquelle tend à l'annulation de l'arrêté du 24 mai 2013 portant extension du très critiquable accord national professionnel du 24 juin 2010, relatif au portage salarial (N° Lexbase : L9215IPY). La transmission de cette QPC donne l'occasion d'exprimer nos doutes sur la conformité de la disposition en cause -article 8-III de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail— aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe de la liberté syndicale garanti par l'alinéa 6 du Préambule de 1946 (N° Lexbase : L6821BH4) (I) et au principe de la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail garanti par l'alinéa 8 du même texte (N° Lexbase : L6821BH4) (II).

Résumé

Est renvoyée au Conseil constitutionnel en raison de son caractère sérieux, la QPC mettant en cause la constitutionnalité de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail en ce que cet article a renvoyé à la branche "*dont l'activité est considéré comme la plus proche du portage salarial*" la mission d'organiser le portage salarial par la voie d'un accord de branche étendu.

Commentaire

I — Les doutes sur la constitutionnalité de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 au regard du principe de la liberté syndicale

La disposition contestée. L'article 8-III de la loi portant modernisation du marché du travail (texte non codifié) prévoit que "*par exception aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 2261-19 du Code du travail (N° Lexbase : L2451H9N) et pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche 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*".

Le résultat d'une politique hésitante. Cette disposition n'est que le reflet de l'embarras des pouvoirs publics vis à vis de ce phénomène complexe, lesquels n'ont pas su clairement choisir l'angle sous lequel traiter la question du portage : frauduleux (pratiques illicites) ou vertueux (nouvelle forme d'emploi)... et s'en sont finalement remis à la "négociation" des partenaires sociaux : "*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*" (art. 19 de l'ANI du 11 janvier 2008, ajouté *in extremis* dans l'accord sans réelle négociation, de l'aveu même des négociateurs).

Au lieu de prendre de problème à bras le corps, le législateur a plutôt choisi de légiférer *a minima* sur le portage salarial en en donnant une définition (C. trav., art. L. 1251-64 (N° Lexbase : L8532IAA) : "*Le portage salarial est 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*") en mettant ces pratiques à l'abri du risque de condamnation pour prêt de main d'œuvre illicite (C. trav., art. L. 8241-1 (N° Lexbase : L8849IQS) en imposant aux employeurs d'informer les représentants du personnel des motifs du recours à des entreprises de portage (C. trav., art. L. 2323-47 (N° Lexbase : L2782IUL), L. 2323-51 (N° Lexbase : L6295ISX) et L. 2313-5 (N° Lexbase : L0828ICN)... et en renvoyant pour le reste (détermination du régime juridique des relations de travail en portage) à la négociation collective.

Absence de légitimité des négociateurs désignés par la loi. Peu à dire jusque là... sauf que le législateur, plutôt que de confier cette négociation aux représentants du portage, *a priori* les mieux à même de l'assurer, a préféré la confier, cultivant l'art de l'ellipse, à la branche "*dont l'activité est la plus proche du portage salarial*", *id est* au travail temporaire lequel, malgré quelques similitudes apparentes, a en réalité peu à voir avec le portage salarial.

Au-delà de la triangulation, le portage se démarque nettement de l'intérim sur au moins deux points : l'autonomie professionnelle des portés (du démarchage de la clientèle à l'exécution des prestations) et l'absence de subordination vis-à-vis des clients utilisateurs. De fait, les négociations s'annonçaient compliquées et difficiles, étant impensable de soumettre à un même régime juridique ceux qui poussent la porte d'une agence d'intérim pour y trouver un travail, généralement de courte durée et peu qualifié, et ceux qui y pénètrent déjà porteurs de missions trouvées par eux-mêmes, prêts à les exécuter en toute autonomie, et seulement à la recherche d'une structure d'hébergement ouvrant le bénéfice du salariat (v. les études précitées).

Absence de représentativité des négociateurs désignés par la loi. Le législateur a pris en réalité un double risque : d'une part, celui de renvoyer la réglementation du portage à la négociation collective en l'absence d'organisations syndicales représentatives dans ce secteur d'activité émergent (au lieu d'en prendre lui-même la responsabilité)... et d'autre part, celui de pallier cette absence en confiant la négociation à des partenaires sociaux sans doute mieux identifiés (le PRISME) mais pas plus représentatifs des acteurs du portage, très motivés en revanche par la volonté non dissimulée de faire main basse sur le lucratif commerce du portage salarial (3). De fait, les relations entre acteurs de l'intérim et acteurs du portage étaient plutôt de nature concurrentielle.

Le législateur a agi en connaissance de cause : les négociateurs de l'intérim implicitement désignés par la loi (l'ANI du 11 janvier 2008 était plus clair) n'étant pas représentatifs du secteur du portage, il a pris soin de sécuriser les négociations à l'avance, en perspective de l'extension de l'accord (la loi conditionnant l'entrée en vigueur de l'accord à son extension). L'article 8 III, dont la constitutionnalité est discutée, prévoit ainsi, de façon tout à fait étonnante, de faire exception, pour l'accord à conclure, à l'article L. 2261-19, alinéa 2, du Code du Travail, relatif aux conditions d'extension des accords collectifs, notamment celle d'avoir été négociés en commission paritaire "*composée de représentants des organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré*".

Modernisation du marché du travail et rénovation de la démocratie sociale. L'analyse de la constitutionnalité de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 peut difficilement être menée sans considération de l'autre loi importante votée la même année : la loi du 20 août 2008 qui porte rénovation de la démocratie sociale et réforme des règles de représentativité syndicale. L'exigence de représentativité syndicale et de légitimité des acteurs de la négociation collective étant le point fort de la réforme, force est de constater que le législateur n'en a pas beaucoup tenu compte en votant l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008.

Les dispositions de l'alinéa 6 impliquent pourtant : "*le droit, pour tout syndicat régulièrement constitué, de participer à des négociations collectives sous réserve, le cas échéant, de conditions tenant à sa représentativité dans le champ de l'accord ou de la convention à négocier*" (CE Contentieux, 16 décembre 2005, n° 259 584, publié au recueil Lebon N° Lexbase : A0979DM9).

De fait, l'accord sur le portage salarial conclu le 24 juin 2010 en application de cet article prête le flanc à la critique en ne répondant à aucune des conditions posées aujourd'hui en termes de représentativité, pas plus côté syndical (aucune mesure d'audience, à notre connaissance, n'a jamais été effectuée dans les entreprises de portage salarial) que côté patronal. En tous cas, si les premiers syndicats de portage n'étaient pas représentatifs (la question de la représentativité patronale n'était pas encore d'actualité) (4), les représentants de l'intérim qui ont conclu ledit accord ne l'étaient pas davantage en matière de portage, s'agissant de réglementer une activité qu'ils ne pratiquent même pas.

Un résultat de négociation critiquable. Malgré tout, les représentants de l'intérim ont réussi à conclure *in extremis* (à l'expiration du délai de deux ans impartis par la loi de 2008) un accord du 24 juin 2010 relatif au portage salarial. Cet accord, conclu en dépit ou en méconnaissance des principes fondamentaux du droit du travail et de la Sécurité sociale sur lesquels le droit français est bâti, n'a pas manqué d'être critiqué. Sceptique sur les résultats, le ministre du Travail de l'époque a même demandé à deux inspecteurs de l'IGAS (Inspection générale des affaires sociales) un rapport sur l'avenir et les voies de régulation du portage salarial, qui a rendu un avis clairement défavorable à l'extension de l'accord, barrant ainsi son entrée en vigueur (5). Mais contre toute attente, le ministre du Travail Michel Sapin a finalement décidé au printemps 2013 d'étendre l'accord du 24 juin 2010 (arrêté du 24 mai 2013, portant extension de l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial).

La question prioritaire de constitutionnalité. C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat a décidé dans sa décision du 6 février 2014 de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC suivante, jugée suffisamment sérieuse : les dispositions de l'article 8-III de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 sont-elles conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment à la liberté syndicale proclamée par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et au principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail résultant du huitième alinéa du même Préambule ?

Le doute sérieux sur la constitutionnalité de la disposition contestée. Il y a de quoi émettre de sérieux doutes sur la conformité de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 à l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : "*Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix*".

Les syndicats de portage existants ont, en effet, été privés de leur droit d'agir, écartés de la négociation par le législateur lui-même, au profit de négociateurs ne bénéficiant pas d'une plus grande légitimité. Ce dernier a simplement imposé aux négociateurs de l'intérim de consulter les représentants des entreprises de portage salarial, ce qui était bien la moindre des choses. L'article 8-III contrarie donc d'abord la liberté d'agir en tant que syndicat reconnue par l'alinéa 6 du Préambule de 1946 (aspect collectif de la liberté syndicale).

II — Les doutes sur la constitutionnalité de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 au regard du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail

D'autres doutes peuvent être émis au regard de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel : "*Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions*

de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises". Ceux-là conduisent à remettre en cause la constitutionnalité du processus même de régulation du portage salarial tel qu'envisagé par le législateur et les partenaires sociaux.

Condition de mise en œuvre de la loi par la négociation collective. Si en vertu de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 (N° Lexbase : L0863AHG), il revient au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre les lois, le Conseil constitutionnel a admis, par une construction originale, que le législateur pouvait renvoyer l'exécution des lois aux conventions et accords collectifs de travail plutôt qu'au règlement (Cons. const., décision n° 89-257 DC, du 25 juillet 1989 N° Lexbase : A8199ACN). Seulement, la fonction réglementaire des conventions collectives semble être elle aussi subordonnée à la condition de représentativité à laquelle est attachée le Conseil constitutionnel : "*Il est loisible au législateur [...] de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte en matière de droit du travail*" (Cons. const., décision n° 2004-507 DC, du 9 décembre 2004 N° Lexbase : A3244DEU). La négociation collective ne peut, par ailleurs, porter sur n'importe quelle matière, mais uniquement sur les "conditions de travail". Or, au vu de son résultat, la mission d' "organiser le portage salarial", confiée par le législateur aux partenaires sociaux dans l'article 8-III va bien au-delà de la simple détermination des conditions de travail.

Obligation de respecter la réserve de compétence législative. C'est certainement sur ce point que les doutes sur la constitutionnalité de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 sont les plus forts. Il paraît, en effet, constitutionnellement impossible que le législateur s'en remette entièrement aux partenaires sociaux pour "organiser le portage", *id est* définir le régime juridique du portage salarial, dès lors que celui-ci implique des choix qui mettent en cause les "principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale" énoncés à l'article 34 de la Constitution (N° Lexbase : L0860AHC) qui relèvent comme chacun sait du domaine de la loi.

Relèvent notamment de la compétence du Parlement en matière de portage salarial : la détermination de la nature des relations contractuelles susceptibles d'encadrer les opérations de portage (le droit du travail étant dominé par un important principe d'indisponibilité de la qualification qui interdit aux partenaires sociaux de décider, indépendamment de la réalité des faits, d'instrumentaliser comme bon leur semble le contrat de travail) ; la détermination des obligations et responsabilités issues de ces relations ; les modifications des règles d'ordre public du droit de la Sécurité sociale (notamment le principe selon lequel les cotisations sociales dues par l'employeur doivent rester exclusivement à sa charge, principe posé à l'article L. 241-1 du Code de la Sécurité sociale (N° Lexbase : L4931ADY), particulièrement malmené par les partenaires sociaux), etc...

Nécessité d'une intervention législative. La régulation des pratiques de portage salarial ne peut être sérieusement abandonnée à la négociation collective ainsi que le fait l'article 8-III de la loi de modernisation du marché du travail, dès lors qu'elle relève essentiellement du domaine de compétence de la loi. A défaut, le risque est important, comme le laisse entrevoir l'accord du 24 juin 2010, de démantèlement de principes fondamentaux autant dans le champ du droit du travail que dans celui de la Sécurité sociale (6).

L'invalidation par le Conseil constitutionnel de l'article 8-III de la loi du 25 juin 2008 vaudrait comme un signal fort donné au Gouvernement de la nécessité de reprendre la main sur ce dossier qui lui a échappé. Elle permettrait, après les premiers errements, de repartir sur de bonnes bases, d'encadrer les pratiques de portage salarial dans le respect des principes garantis par la Constitution, au lieu de les laisser se développer au mépris de ces derniers.

(1) V. Dr. Soc., 2007, p. 1 et s., pour les premiers résultats de l'étude réalisée pour le ministère du Travail par des juristes et des sociologues du travail ; Semaine sociale Lamy n° 1332, 10 décembre 2007, pour les résultats finaux (*Le portage salarial : fraude ou nouvelle forme d'organisation du travail*) ; nos obs., *La légalisation risquée du portage salarial*, SSL n° 1349, 14 avril 2008.

(2) Nos obs., *Le contrat de travail au défi du portage salarial*, Dr. Ouvrier, 2011, 424.

(3) L. Casaux-Labrunée et P. Morvan, *Légalisation ou confiscation du portage salarial par l'intérim*, SSL n° 1356, 2 juin 2008, p. 2 (l'amendement contesté a finalement été retiré en commission mixte paritaire)

(4) A l'époque : SNEPS (Syndicat national des entreprises de portage salarial), FeNPS (Fédération nationale du portage salarial), UNEPS (Union nationale des entreprises de portage spécialisées). Depuis, le syndicat des Professionnels de l'Emploi en Portage Salarial (PEPS) issu du rapprochement de la FeNPS et du SNEPS, semble avoir acquis une certaine représentativité côté patronal.

(5), Ch. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, Inspection générale des affaires sociales, La Documentation française, octobre 2011, 112 pages ; Ch. Lenoir et F. Schechter, *Le portage*

salarial doit sortir de ses ambiguïtés, Dr. Social, 2012, 771.

(6) Nos obs., *Le contrat de travail au défi du portage salarial*, Dr. Ouvrier, 2011, 424.

Décision

CE 1° et 6° s-s-r., 6 février 2014, n° 371 062, inédit au Recueil Lebon (N° Lexbase : A6171MDW).
Transmission (QPC).

Texte visé : loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, art. 8-III
(texte non codifié) (N° Lexbase : L4999H7B).

Mots-clés : QPC, portage salarial, liberté syndicale, droit à la négociation collective, principe de
participation, représentativité syndicale et patronale.

Lien base : (N° Lexbase : E2232ETT)