

Démocratie sociale ou démocratie politique ?

Les exercices de transposition ne sont pas toujours faciles. Et réservent parfois quelques surprises qui malmènent l'idée pourtant au firmament de la démocratie sociale.

En dernier lieu, les énièmes assouplissements des 35 heures proposés par le gouvernement et immédiatement interprétés comme leur coup de grâce.

Une initiative qui a eu le don d'irriter tout à la fois

Laurence Parisot,

François Chérèque

et Bernard Thibault.

Pour une fois en osmose, le trio exige de l'exécutif

qu'il respecte le travail

des partenaires sociaux

dans le cadre de la Position

commune. La transposition de l'ANI sur la modernisation

du marché du travail

colle-t-elle davantage

à la lettre et à l'esprit du texte

concocté par les syndicats et

le Medef? Bonne question

à laquelle notre rubrique

actualités a pour objet

de répondre.

Lise Casaux-Labrunée et

Patrick Morvan s'insurgent

contre la confiscation

du portage salarial par

l'intérim, pas franchement

prévue par l'ANI. Gérard

Couturier pose les bonnes

questions sur le domaine

et le régime de la rupture

conventionnelle, new look

que ni les partenaires sociaux

ni le législateur n'avaient

soulevées. Excellente lecture.

Françoise Champeaux

MODERNISATION DU MARCHÉ DU TRAVAIL. À la veille de l'examen du projet de loi en Commission mixte paritaire, coup de projecteur sur l'article 8 relatif au portage salarial dans sa version votée par le Sénat.

Légalisation ou confiscation du portage salarial par l'intérim ?

Lise Casaux-Labrunée, Professeur à l'Université Toulouse I et Patrick Morvan, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Lorsque des auteurs ont des opinions sensiblement différentes sur un même sujet¹, il arrive parfois, au-delà des divergences, que leurs analyses se rejoignent. Et, lorsqu'un dossier législatif tel que celui du portage — dont l'importance est sous-estimée alors qu'il soulève de lourds enjeux au regard des principes fondamentaux du droit du travail et de la protection sociale² — évolue de façon erratique, il importe que des mots d'experts s'assemblent dans le but d'attirer l'attention sur des mesures singulières, adoptées à la va-vite, et d'inciter à faire marche arrière.

Il n'est plus temps aujourd'hui de se demander si le portage recouvre des pratiques frauduleuses ou s'il convient d'en faire l'« éloge ». Les partenaires sociaux ont pris acte de son utilité sociale (pour stimuler l'emploi des seniors, notamment) mais aussi de son illégalité, et ont confié à la branche du travail temporaire la mission d'organiser, par la négociation collective, cette relation de travail triangulaire (ANI 11 janv. 2008, art. 19, « Sécuriser le portage salarial »).

Le gouvernement, de son côté, a choisi d'intervenir pour mieux contrôler l'évolution du dossier (l'ANI ne l'imposait pas) et A présenté au Parlement une version différente du texte adopté par les partenaires sociaux (L. Casaux-Labrunée, « La légalisation risquée du portage salarial », *Semaine sociale Lamy* n° 1349, p. 7) mais sans remettre en cause l'essentiel : le mode de régulation des pratiques de portage fixé dans l'ANI, à savoir la négociation collective au sein d'une branche d'activité déterminée. Le projet de loi proposait également une définition du portage différente de celle formulée par les partenaires sociaux que le Parlement a adoptée telle quelle : « 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 » (C. trav., futur art. L. 1251-70).

Un processus de légalisation du portage salarial est donc en cours. L'entreprise est risquée et nécessite la plus grande vigilance dès lors qu'il s'agit aujourd'hui de valider ce qui hier pouvait être condamné pour fraude. Or, l'adoption au Sénat, le 7 mai dernier, d'un amendement furtif autorisant la branche du travail temporaire à exercer « l'activité de portage salarial prévue à l'article L. 1251-70 », donc dès l'entrée en vigueur de la loi, révèle que désormais ni le Parlement ni le gouvernement ne maîtrisent ce processus (amendement n° 14 complétant d'un 3° l'article L. 1251-4 du Code du travail qui énumère les activités que peuvent exercer les entreprises de travail temporaire).

Lors des débats parlementaires, le ministre du Travail a relevé le caractère prématuré de cette autorisation, en soulignant qu'elle devançait les négociations à venir et s'en est remis à la sagesse du Sénat... lequel sur ce point n'a pas été, à notre avis, suffisamment sage (ou attentif).

Si la branche du travail temporaire peut sans doute revendiquer avec une certaine légitimité le droit d'« organiser » l'activité de portage salarial, elle n'a en revanche aucun titre à obtenir tout de suite, par la loi, le droit exclusif d'exercer cette même activité et de s'affranchir ainsi de tout risque d'illégalité tandis que les autres acteurs (au premier chef, ceux qui ont inventé la formule) y resteraient exposés. Elle ne saurait, en résumé, obtenir la légalisation du portage salarial tout de suite et pour elle seule. Les partenaires sociaux ont confié à la branche de l'intérim la mission d'organiser le portage salarial. Le Parlement, par cet amendement, lui permet non seulement de faire main basse sur cette activité mais aussi, du

même coup, de maîtriser complètement le processus de régulation en cours.

LA LÉGITIMITÉ LIMITÉE DE L'INTÉRIM

Certes, l'intérim peut revendiquer le droit d'organiser, *via* une négociation collective de branche, le portage salarial. Ce que nous vivons aujourd'hui avec le portage ressemble à ce qui est advenu en France au début des années 1970, lors de l'apparition du travail temporaire : la naissance d'une nouvelle forme d'organisation du travail incompatible avec les cadres juridiques existants et fondée sur des pratiques litigieuses qu'il était nécessaire d'encadrer. La branche du travail temporaire bénéficie donc d'une expérience et d'un savoir-faire remarquables dans le domaine des relations de travail triangulaires.

L'argument tiré de la similitude entre les deux formes de travail est, en revanche, fallacieux. 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 (à défaut de réelle mise à disposition). Ces différences, négligées jusqu'à présent, referont certainement surface (et difficulté). Il semble impensable en effet 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 pénétreront déjà porteurs de missions qu'ils auront trouvées par eux-mêmes, prêts à les exécuter en toute autonomie, et ne seront à la recherche que d'une structure d'hébergement ouvrant le bénéfice du salariat.

En définitive, la branche de l'intérim tire avant tout sa légitimité de l'ANI du 11 janvier 2008 et des partenaires sociaux qui l'ont nommément désignée pour organiser le portage, sans réelle négociation cependant (affirmation de la directrice adjointe des relations sociales au Medef lors du colloque du 19 mai 2008 organisé par la CCI de Paris sur la modernisation du marché du travail).

LA MISSION : ORGANISER LE PORTAGE

L'accord national interprofessionnel et le projet de loi de modernisation du marché de travail confient tous deux aux négociateurs de branche une mission très précise : « *organiser le portage salarial* » avec un objectif : garantir à la « *personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de*

La branche du travail temporaire
peut sans doute revendiquer
avec une certaine légitimité
le droit d'« organiser »
l'activité de portage salarial,
ainsi que les partenaires sociaux
lui en ont confié la mission.
Elle n'a en revanche aucun titre
à obtenir la légalisation
du portage salarial tout de suite
et pour elle seule

portage» (en garantissant les droits du porté sur son « *apport de clientèle* » selon le projet de loi qui prend acte de l'indépendance des portés, et contrairement à l'ANI qui exige la « *rémunération [...] de son apport de clientèle* »). Le moyen est également imposé par les deux textes : un accord de branche étendu.

Le projet de loi soumet également cette négociation à des conditions : un délai de deux ans pour négocier à compter de la publication de la loi et une obligation de consulter les « *organisations représentant des [et non pas « les »...] entreprises de portage salarial* », qui s'inquiètent aujourd'hui de cette mainmise de l'intérim sur leurs activités.

Au-delà, la marge de manœuvre des négociateurs est très grande. Ils sont libres d'organiser le portage selon des modalités proches de celles de l'intérim (orientation la plus vraisemblable selon les indications données par le Prisme — syndicat des entreprises de travail temporaire — au rapporteur au Sénat ; *Rapport n° 306 de M. P. Bernard-Reymond*) ou d'inventer une autre voie plus respectueuse de l'indépendance des portés et facilitant la distinction entre portage salarial et mise à disposition de travailleurs temporaires (ainsi que le laisse supposer la lettre d'intention de X. Bertrand, ministre du Travail, adressée à la CFTC le 14 avril dernier, selon laquelle : « *L'activité de portage sera régulée par la branche de l'intérim, sans que les personnes portées ne deviennent pour autant des intérimaires* », source AEF).

1. L. Casaux-Labrunée, « *Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ?* », *Dr. soc.* 2007, 58 ; J.-Y. Kerbourc'h, « *Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre illicite ?* », *ibid.*, 72 ; J.-J. Dupeyroux, « *Le roi est nu* », *ibid.*, 81. Contra : P. Morvan, « *Eloge juridique et épistémologique du portage salarial* », *Dr. soc.* 2007, 607.
2. V. Semaine sociale Lamy suppl., n° 1332, 10 déc. 2007, « *Le portage salarial : fraude ou nouvelle forme d'organisation du travail ?* ».

Est-il réellement nécessaire, pour exécuter cette mission de négociateur, que l'intérim obtienne dès maintenant l'autorisation d'exercer l'activité de portage salarial qui lui était jusqu'à présent interdite selon un principe légal d'exclusivité (*C. trav., art. L. 1251-2*)? Cette initiative excède la mission de l'intérim telle qu'elle avait été définie par les partenaires sociaux.

LE DÉPASSEMENT DE LA MISSION : LE « HOLD-UP » DU PORTAGE SALARIAL

L'amendement qui autorise les entreprises de travail temporaire à exercer l'activité de portage salarial a été présenté par le rapporteur au Sénat comme un « *amendement de cohérence* ». « *Il serait en effet singulier que la branche du travail temporaire organise le portage salarial sans que les entreprises de la branche aient le droit d'exercer cette activité* ». Cette autorisation est, en réalité prématurée. Elle est de nature à contrarier singulièrement le processus de régulation imaginé par les partenaires sociaux et que le Parlement lui-même s'appête à consacrer.

► Une bonne affaire pour l'intérim

En apparence, la demande de l'intérim semble cohérente : « *comment organiser le portage alors que nous ne le pratiquons pas nous-mêmes ?* ». En réalité, alors que les partenaires sociaux et les pouvoirs publics ont invoqué l'utilité sociale du portage à l'appui de sa légalisation, les représentants de l'intérim ont surtout relevé son intérêt économique et entrepris de récupérer par tout moyen ce marché prometteur. La manœuvre leur permet de capter une clientèle de cadres (qui leur avait largement échappé) plus lucrative, plus valorisante que leurs publics habituels et qui leur ouvre plus largement le marché des prestations de services (notamment dans le secteur de l'informatique).

Un autre argument avancé était celui de la concurrence déloyale causée à l'intérim par le portage salarial. Là encore, l'argument est de pure façade : intérim et portage ne concernent ni les mêmes publics ni les mêmes marchés, ce qui explique que depuis vingt ans le portage prospère sans qu'aucune action fondée sur le droit de la concurrence n'ait été intentée.

► Une autorisation prématurée

L'autorisation qui serait accordée aux entreprises de travail temporaire d'exercer l'activité de portage est prématurée en ce sens qu'elle est concédée avant qu'on ait la moindre idée de la façon dont le portage sera organisé par la branche de l'intérim. Or, les questions encore en suspens sont considérables. ●●●

●●● L'activité va-t-elle être réservée aux seules entreprises de travail temporaire, qui pourront décider au cours d'une négociation « endogamique » de s'en attribuer le monopole ; ou bien va-t-elle être ouverte à la concurrence, en particulier celle des entreprises de portage ?

L'intérim va-t-il généraliser le portage salarial (*généralisation comportant un risque important de dérégulation du marché du travail souligné à maintes reprises*; v. les réf. précit.) ou bien le cantonner à certains secteurs d'activités (ce que s'était efforcé de faire le principal syndicat d'entreprises de portage, le Sneps, au sein de la branche Syntec) ? Va-t-il réserver le portage aux seniors qui ont ouvert la voie de la législation ou tout au moins à certaines catégories de demandeurs d'emploi ainsi que l'article 19 de l'ANI du 11 janvier 2008 le laisserait supposer ? Comment le régime du salariat va-t-il être garanti aux portés : via le contrat de travail ou via les techniques d'assimilation de travailleurs indépendants aux salariés utilisées dans la partie VII du nouveau Code du travail ?

Cette autorisation équivaut finalement à un blanc-seing délivré à l'intérim (la critique vaudrait pour quelque branche que ce soit) risqué et injustifié.

► Un blanc-seing risqué et injustifié

Si l'amendement critiqué est adopté au dernier stade de la procédure législative, la branche du travail temporaire sera libre de bloquer la future négociation collective sur

le portage, qu'elle refuse de l'engager ou fasse semblant de discuter. Pourquoi conduire une négociation qui pourrait ouvrir cette chasse (désormais) gardée à des entreprises autres que de travail temporaire ?

Qu'advient-il si aucune négociation n'aboutit dans le délai de deux ans imposé par le projet de loi ? La réponse est simple : il restera en tout et pour tout dans le Code du travail trois dispositions relatives au portage : la première qui en donne une définition générale (*futur art. L. 1251-70*), la deuxième qui écarte l'incrimination du délit de prêt de main-d'œuvre illicite (*futur art. L. 8241-1*), la troisième qui autorise les entreprises de travail temporaire à exercer l'activité de portage... comme bon leur semble (*futur art. L. 1251-4 3°*) ! Libre à ces dernières d'exploiter toutes les ressources de la liberté contractuelle, rendant de fait totalement inefficaces les deux « verrous » posés par les pouvoirs publics en vue de garder le contrôle du mode de régulation conventionnelle du portage (durée limitée à deux ans de la négociation collective et exigence d'un arrêté ministériel d'extension de l'accord de branche conclu).

► Une erreur réparable dans le processus législatif

L'objectif n'est ici ni de diaboliser le secteur de l'intérim ni de défendre les entreprises de portage. Il est d'abord d'observer que sur une question aussi sensible que celle du portage salarial, qui soulève des enjeux immenses (*redéfinition du contrat de travail, extension du domaine du prêt de main-*

d'œuvre à but lucratif, équilibre des régimes de sécurité sociale, financement de la protection sociale, champ d'application de la convention d'assurance chômage... v. les réf. précit.), la précipitation n'est pas de mise. Il est ensuite de rappeler que les principes fondamentaux (du droit du travail et de la sécurité sociale, du régime des obligations civiles et commerciales) relèvent du domaine de la loi (*Constit., art. 34*) et que le législateur ne peut s'en remettre exclusivement aux partenaires sociaux pour définir le droit applicable à une forme d'organisation du travail aussi inédite que le portage.

Quoiqu'en décident les partenaires sociaux de la branche de l'intérim, une nouvelle intervention législative sera nécessaire. Elle pourra s'inspirer du résultat de la négociation de branche attendue dans les deux ans et elle nécessitera vraisemblablement (c'est en tout cas une mesure de prudence que nous conseillons !) une étude d'impact du régime négocié sur les comptes sociaux (sécurité sociale, assurance chômage). Il sera alors temps de décider qui peut ou non exercer l'activité de portage et, le cas échéant, d'accorder à l'intérim le monopole d'exercice qu'elle réclame avec ardeur.

En toute hypothèse, l'État doit veiller à ne pas perdre la main sur le processus de régulation du portage salarial qui, selon toute vraisemblance, est en train de lui échapper... sauf sursaut salutaire devant la Commission mixte paritaire qui doit se réunir le 3 juin prochain. ■

Projet de loi portant modernisation du marché du travail

I. Portage salarial. Article L. 1251-70 du Code du travail

« 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. »

II. Dans le 1° de l'article L. 8241-1 du Code du travail

Après les mots : « au travail temporaire », sont insérés les mots : « au portage salarial ».

II bis. L'article L. 1251-4 du même code

Est complété par un 3° ainsi rédigé : « 3° L'activité de portage salarial prévue à l'article L. 1251-70. »

III. Par exception aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 2261-19 du Code du travail et pour

une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi « Un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche 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. »