

La saisine pour avis de la Cour de cassation. Les avis rendus par la Cour de cassation sont trop rares pour ne pas être commentés. « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation » (COJ, art. L. 441-1, al. 1^{er}). Cette saisine pour avis connaît une application particulière en droit du travail. En effet, les juges du fond « peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » (COJ, art. L. 441-1, al. 2). L'alternative dont dispose ici les juridictions du fond place deux institutions interprétatives (la commission paritaire permanente de négociation et d'interprétation au niveau de la branche et la Haute juridiction) dans une situation de relative concurrence. L'objectif de la saisine pour avis de la Cour de cassation est de réduire les incertitudes liées à l'application de nouvelles règles de droit et de tarir le contentieux à venir (v. not. S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation*, 2019, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, spéc. n° 38). Depuis la création de cette procédure par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991, on dénombre en moyenne une dizaine d'avis par an (l'intégralité des avis sont disponibles sur le site internet de la Cour de cassation). Dernières précisions, la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois pour rendre son avis (CPC, art. 1031-3), lequel ne lie pas les juridictions du fond (COJ, art. L. 441-3), pas plus semble-t-il que la Cour de cassation elle-même.

La saisine pour avis de la Chambre sociale. À l'origine, la formation devait être nécessairement présidée par le premier président ou le président de chambre le plus ancien. Cette procédure a été modifiée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et permet désormais de solliciter directement l'avis de la chambre compétente de la Cour de cassation (COJ, art. L. 441-2, al. 1^{er}). Depuis cette modification procédurale, la Chambre sociale s'est prononcée uniquement sur trois avis recevables : 1) en matière d'incompatibilité entre les missions du comité d'entreprise et les besoins d'intérêt général au sens de la directive n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Soc., 4 avril 2018, avis n° 15005) ; 2) en matière de non-application de l'article 1126 du code civil à la prise d'acte de rupture du contrat de travail (Soc., 3 avril 2019, n° 15003 : *JCP S* 2019, 1140, note G. LOISEAU) 3) et, pour ce qui nous intéresse, en matière de congés pour événements familiaux dans le cadre du portage salarial (Soc., 11 février 2021, n° 15001 : *Dalloz actualité*, 4 mars 2021, note Cl. COUËDEL). On précisera que la demande d'avis peut être renvoyée devant les formations mixte et plénière de la Cour de cassation, lorsque la demande relève respectivement des attributions de plusieurs chambres ou qu'elle pose une question de principe (COJ, art. L. 441-2, al. 2 et 3). C'est la raison pour laquelle la demande d'avis relative à la conventionnalité du barème Macron a été portée par le premier président devant la formation plénière (Ass. Plén., 17 juillet 2019, avis n° 15012 et 15013).

La recevabilité de l'avis. Pour que la Cour de cassation puisse délivrer son avis, encore faut-il poser une question recevable et respecter la procédure. Dans un avis n° 15002 du 3 avril 2019,

la Chambre sociale a par exemple dit n'y avoir lieu à avis car la question posée ne conditionnait pas la solution du litige. Pour revenir à l'affaire qui nous intéresse, ce n'était pas la première fois que le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt saisissait la Haute juridiction pour avis. Le 9 janvier 2019, les conseillers prud'hommes avaient déjà formulé les trois mêmes questions suivantes :

- « Le congé exceptionnel de l'article L. 3142-1 du Code du travail est-il rémunéré dans le cadre du portage salarial au regard des articles L. 1254-1 et suivants du code du travail traitant du portage salarial ?
- Dans ce cas, n'est-ce pas en contradiction avec l'article L. 1254-21-II du code du travail qui précise que les périodes sans prestations (*sic*) à une entreprise ne sont pas rémunérées ?
- Dans le cas contraire, l'acquisition de congés payés prévue par l'article L. 3142-2 du code du travail est-elle compatible avec l'absence de rémunération des congés ? ».

La Cour de cassation avait alors considéré la demande d'avis irrecevable, car elle ne revêtait pas la forme d'une décision judiciaire au sens de l'article L. 411-1 du Code de l'organisation judiciaire (Soc., 3 avril 2019, n° 15004). En l'espèce, il s'agissait d'une lettre signée par le directeur du greffe du conseil de prud'hommes à laquelle était joint un jugement avant dire droit. Qu'à cela ne tienne, les conseillers prud'hommes ont reformulé à l'identique les trois questions le 18 novembre 2020 (soit 1 an et demi (!) après l'irrecevabilité de la première demande d'avis). La seconde demande d'avis est cette fois-ci recevable car « ces questions de droit, qui sont nouvelles et qui présentent une difficulté sérieuse, sont susceptibles de se poser dans de nombreux litiges ». En l'espèce, la procédure d'avis a largement contribué à allonger les délais de procédure au détriment des parties. Ces dernières ne peuvent s'opposer à une telle initiative de la part des juges du fond, dans la mesure où les demandes d'avis sont insusceptibles de recours (COJ, art. L. 441-1, al. 1^{er}). Les parties au litige devront se satisfaire d'avoir participé à éclairer le régime juridique du portage salarial.

Le portage salarial sous le feu des projecteurs. Le portage salarial a été remis sur le devant de la scène avec le rapport dit FROUIN du 1^{er} décembre 2020, lequel a notamment proposé de recourir à ce dispositif pour garantir les droits des travailleurs de certaines plateformes numériques. Pour mémoire, le portage salarial est une opération tripartite entre une entreprise utilisatrice cliente, une entreprise de portage salarial et un salarié porté. La relation entre le client et l'entreprise de portage conduit à la conclusion d'un contrat commercial, tandis que la relation entre le salarié et l'entreprise de portage donne lieu à la conclusion d'un contrat de travail (C. trav., art. L. 1254-1). La particularité d'un tel dispositif est qu'il vise à faire bénéficier des avantages du statut salarié (sécurité sociale et chômage) à des travailleurs qui sont en réalité des indépendants très qualifiés qui disposent d'une grande autonomie et de leur propre clientèle (C. trav., art. L. 1254-2, I). Issue de la pratique, le portage salarial a entraîné de vifs débats doctrinaux, au cours desquels les auteurs se posaient (déjà) la question de savoir si ces travailleurs pouvaient revêtir ou non la qualité de salarié (v. not. L. CASAUX-LABRUNÉE, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ? », *Dr. soc.* 2007, p. 58 ; J.-J. DUPEYROUX, « Le roi est nu », *ibid.*, p. 81 ; P. MORVAN, « Éloge juridique et épistémologique du portage salarial », *ibid.*, p. 607 où, aux détours d'un droit de réponse peu classique, J.J. DUPEYROUX confesse avoir soufflé à la Cour de cassation la notion de service organisé). L'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 a tenté « sécuriser » le dispositif. Pour

d'autres, cette ordonnance a légalisé une pratique frauduleuse (G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 2021, 34^{ème} éd., Dalloz, spéc. n° 319). Quoiqu'il en soit, l'on aboutit à une entreprise de portage salarial qui ne possède que la figure d'un employeur car si elle rémunère le salarié porté et est débitrice des obligations relatives à la médecine du travail (C. trav., art. L. 1254-28), elle n'est pas tenue de lui fournir du travail (C. trav., art. L. 1254-2, III), et ce alors même qu'il s'agit de l'obligation principale de l'employeur (pour des hypothèses, avant la publication de l'ordonnance du 2 avril 2015, de requalification du travailleur porté en salarié pour défaut d'une telle obligation de fourniture, v. not. Soc., 17 février 2010, n° 08-45.298, publié ; 4 février 2015, n° 13-25.627, publié). La terminologie utilisée par le législateur est d'ailleurs symptomatique, lequel désigne la partie patronale comme une « entreprise de portage salariale » (C. trav., art. L. 1254-1, 1°) et non comme un « employeur de portage salarial ». Dépourvue du terme adéquat et de son obligation de fournir du travail, l'entreprise de portage salarial se mue en un « tiers-employeur ».

Les entreprises de portage salarial, des entreprises de droit privé comme les autres. Les dispositions relatives à la durée du travail, au repos et aux congés sont applicables « aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés » (C. trav., art. L. 3111-1, al. 1^{er}). Pour savoir si la réglementation en matière de congés payés, et plus particulièrement celle relative aux congés pour événements familiaux (C. trav., art. L. 3142-1), s'appliquent aux entreprises de portage salarial, il convient au préalable de savoir si ces dernières revêtent la qualité d'« employeur de droit privé ». Quiconque ne peut pas développer une activité d'entrepreneur de portage salariale. Il faut disposer d'une solide garantie financière (C. trav., art. L. 1254-26) et procéder à une déclaration préalable auprès de l'autorité administrative (C. trav., art. L. 1254-27), au sein de laquelle est notamment mentionnés le nom, le siège, le caractère juridique de l'entreprise ainsi que, le cas échéant, la localisation de la succursale, de l'agence ou du bureau annexe (C. trav., art. R. 1254-3, 2°). Ainsi, les entreprises de portage salariale paraissent bien relever de la législation en matière de congés. Selon l'avis de la Cour de cassation, « en l'absence de dispositions légales contraires, [les dispositions relatives aux congés] sont applicables aux entreprises de portage salarial ainsi qu'aux salariés portés ». La terminologie réservée aux entreprises de portage contraint la Haute juridiction à substituer les termes d'« entreprise de droit privé » à ceux d'« employeur de droit privé » issus de l'article L. 3111-1 du code du travail.

Différence de traitement selon que le salarié porté effectue ou non une prestation de travail. Tout salarié bénéficie, sur justification et à l'occasion de certains événements familiaux (mariage, pacs, naissance, adoption, décès ou annonce d'un handicap d'un enfant), d'une autorisation exceptionnelle d'absence (C. trav., art. L. 3142-1). Les jours d'absence pour événements familiaux n'entraînent pas de réduction de la rémunération et sont assimilés à du temps de travail effectif pour la détermination de la durée du congé annuel (C. trav., art. L. 3142-2). Ces congés pour événements familiaux découlent des droits au repos et à disposer d'une vie personnelle. Ce droit à congés procède de la qualité même de salarié, de sa subordination, à la limite du fait qu'il se tienne à la disposition de l'employeur, mais n'est pas conditionné par la fourniture d'une prestation de travail. Cette attribution déconditionnée entre en contradiction avec une disposition spécifique du portage salariale selon laquelle « les périodes sans prestation à une entreprise cliente ne sont pas rémunérées » (C. trav., art. L. 1254-21, II). Pas le temps de chômer pour le salarié porté ! En tentant de combiner les dispositions relatives aux congés pour événements familiaux et celles relatives au portage

salarial, la Cour de cassation institue une différence de traitement, selon que le salarié porté effectue ou non une prestation de travail. Ainsi, l'avis de la Cour de cassation énonce que « les jours d'absence prévus pour certains événements familiaux dont est susceptible de bénéficier un salarié porté qui effectue une prestation pour une entreprise cliente lorsque surviennent ces événements ne peuvent pas entraîner une réduction de la rémunération de celui-ci et sont pris en compte pour la détermination de la durée du congé annuel ». Par contraste, il est précisé que « le salarié porté ne pouvant prétendre à un congé à l'occasion d'un événement familial que si cet événement survient alors qu'il effectue une prestation pour une entreprise cliente, les dispositions de l'article L. 1254-21 II du code du travail n'ont pas vocation à s'appliquer dans cette hypothèse ». Autrement dit, seul le salarié porté réalisant une prestation de travail peut bénéficier des congés pour événements familiaux. Le salarié porté qui ne réalise pas une telle prestation peut certes prendre un congé, mais il ne sera ni rémunéré, ni décompté pour la détermination du congé annuel. Le droit aux congés du salarié porté pour événements familiaux est conditionné à l'obligation de fournir une prestation de travail, laquelle n'est pourtant pas une obligation imputable au salarié mais à l'employeur. Cette solution particulière au portage salarial en matière de congés pour événements familiaux découle du fait que le salarié porté est un salarié particulier mais surtout que l'entreprise de portage n'est pas un employeur *stricto sensu* (tout dépend du point de vue où l'on se situe). Moralité de l'avis : si le salarié porté désire se marier, qu'il se débrouille à trouver une prestation de travail pour une entreprise cliente entre les préparatifs et la cérémonie...