

N° 370986, 371062
Société Ventoris IT et autres

Confédération Générale du Travail
Force ouvrière, Fédération des employés
et cadres Force ouvrière

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 17 avril 2015
Lecture du 7 mai 2015

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Vous connaissez déjà le portage salarial, pour avoir statué récemment sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ce dispositif. Il s'agit d'une forme d'activité professionnelle hybride, entre salariat classique, intérim et profession indépendante. La personne portée est salariée d'une entreprise de portage, pour laquelle elle ne travaille pas, à proprement parler ; elle assure en effet, de manière autonome, des missions ponctuelles dans des entreprises clientes qu'elle a elle-même démarchées, clientèle qui lui appartient. L'entreprise de portage est seulement chargée de la facturation des prestations, au montant négocié entre le client et la personne portée, et du versement à la personne portée d'un salaire qui correspond au montant facturé à l'entreprise cliente, diminué des cotisations sociales et des frais de gestion qu'elle expose.

Faisant suite à un vœu exprimé par les partenaires sociaux dans un accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 a cherché à sécuriser ce montage, qui se coule assez mal dans le moule du code du travail. Il s'y est toutefois mal pris. Il s'est en effet borné à donner une définition du portage salarial, qui figure à l'article L. 1251-64 du code du travail, et à renvoyer pour le surplus à un accord national interprofessionnel étendu, qui est en fait celui de janvier, le soin de confier à la branche du travail temporaire la mission de l'organiser par un accord de branche étendu. A l'occasion du recours contre l'arrêté d'extension de cet accord de branche, le Conseil constitutionnel, saisi par vos soins d'une QPC portant sur l'article 8 de la loi du 25 juin 2008, a jugé que le législateur s'était indûment défaussé de sa compétence sur les partenaires sociaux dans des conditions affectant la liberté d'entreprendre et les droits collectifs des travailleurs (n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014). Vous devez maintenant vous prononcer sur la légalité de l'arrêté d'extension, attaqué par plusieurs sociétés de portage salarial appartenant au groupe Ventoris, qui se plaignent des restrictions apportées par l'accord, et par le syndicat CGT-FO, qui s'inquiète au contraire des risques de contournement du droit du travail par le portage salarial.

La principale difficulté de l'affaire tient à l'interprétation des motifs par lesquels le Conseil constitutionnel a modulé dans le temps les effets de sa décision : « *afin de permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité, il y a lieu de*

reporter au 1^{er} janvier 2015 la date de l'abrogation de la disposition contestée ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, avant cette même date, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité ».

Cette rédaction inédite, et dont on peut souhaiter qu'elle le reste, se distingue de celle par laquelle le Conseil proscrit purement et simplement toute remise en cause des effets passés produits par la mesure (V. par ex. : n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014). Elle diffère également de celle par laquelle, afin de « préserver l'effet utile » de sa décision, le Conseil oblige les juridictions à surseoir à statuer sur les litiges dont l'issue dépend de l'application des dispositions inconstitutionnelles, le temps que le législateur en tire les conséquences en adoptant des dispositions applicables aux instances en cours (n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 ; n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 ; n° 2013-343 QPC du 27 septembre 2013). Il semble que le juge constitutionnel ait, en l'espèce, entendu reconnaître la plus grande latitude au législateur pour décider ou non de régir les situations en cours, et au juge, pour statuer ou non avant le 1^{er} janvier 2015.

En l'occurrence, le législateur n'a pu, avant le 1^{er} janvier 2015, adopter qu'une habilitation à légiférer par ordonnance. C'est une ordonnance (n° 2015-380) du 2 avril 2015, entrée en vigueur le 4 avril, qui offre au portage salarial son nouveau cadre juridique, sans régir les situations en cours ou passées.

De votre côté, vous n'avez pas statué avant le 1^{er} janvier 2015, ce qui vous aurait nécessairement conduit à écarter comme irrecevable ou inopérant le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la base légale de l'arrêté. Statuant après cette date, vous pourriez envisager de faire subir le même sort au moyen, en interprétant la formule « *ne peuvent, avant cette même date, être contestées...* » comme s'attachant à la date d'introduction du recours. Le commentaire aux cahiers semble en effet n'envisager que les recours introduit à compter du 1^{er} janvier 2015, notamment contre un refus d'abroger la mesure. Il indique que l'arrêté d'extension litigieux « *pourra être contesté à compter du 1^{er} janvier 2015 s'il n'a pas été abrogé ou remplacé avant cette date* ».

Mais, pour notre part, nous n'avons pas beaucoup d'hésitation à vous proposer de faire droit au moyen. Si le Conseil constitutionnel avait entendu faire échec aux recours en annulation introduits contre ces mesures, et contraindre les requérants à demander leur abrogation à compter du 1^{er} janvier 2015, il se serait borné à abroger la disposition à cette date, le cas échéant en indiquant que cette abrogation serait sans incidence sur les instances en cours.

La difficulté porte plutôt à nos yeux sur les conséquences à tirer du bien-fondé du moyen :

- Soit on estime que le Conseil a entendu éviter toute remise en cause des effets produits avant le 1^{er} janvier 2015 par les mesures prises sur le fondement de la loi inconstitutionnelle : l'autorité de la chose jugée vous imposerait alors de moduler vous-même dans le temps les effets d'une annulation fondée sur la seule inconstitutionnalité de la base légale, afin de sécuriser les effets produits avant cette date. Autrement dit, vous procéderiez vous-même à une sorte d'abrogation de l'arrêté au 1^{er} janvier 2015 ;

- Soit on estime que le Conseil s'est borné à paralyser temporairement l'invocation de l'inconstitutionnalité, afin d'empêcher le juge d'annuler les mesures prises sur le fondement de la disposition censurée avant que le législateur ait pu intervenir, le cas échéant en adoptant des dispositions applicables aux situations en cours. Dès lors que la date du 1^{er} janvier 2015 est dépassée, rien ne vous empêcherait d'annuler rétroactivement l'arrêté d'extension pour ce motif, ou de procéder à une modulation différente en fonction des circonstances de l'espèce.

Après hésitation, nous vous proposons de retenir la seconde lecture, pour deux raisons :

- D'une part, nous pensons que le Conseil constitutionnel aurait plus simplement sécurisé les effets produits par les mesures litigieuses jusqu'au 1^{er} janvier 2015 si telle avait été son intention ;
- D'autre part, dans le doute, il convient de retenir l'interprétation la moins attentatoire au droit au recours, la plus proche de la règle, que rappelle le Conseil constitutionnel, selon laquelle la QPC doit en principe bénéficier à son auteur et, accessoirement, celle qui préserve le mieux l'office du juge administratif.

En tout état de cause, il vous faut examiner les autres moyens avant d'envisager une quelconque modulation. Or l'un d'entre eux nous paraît fondé.

L'article L. 2261-19 du code du travail impose que l'accord soit négocié et conclu en commission paritaire pour pouvoir être étendu. L'exigence d'une « négociation en commission », si elle ne fait pas obstacle à des consultations informelles entre organisations, exige que les étapes essentielles de la négociation se déroulent en présence de toutes les organisations représentatives. Les pouvoirs publics ne peuvent organiser des discussions séparées (CE, 4 juillet 2012, Fédération nationale des transports routiers, n° 337698, au Rec.). L'exigence d'une « conclusion en commission » fait quant à elle obstacle à ce que l'accord soit signé en-dehors de la commission ou, à tout le moins, qu'il évolue entre la dernière réunion de la commission et l'apposition matérielle des paraphes (CE, 26 octobre 1988, Fédération nationale des industries chimiques CGT, n° 64675). Vous réservez naturellement les modifications purement formelles ou déclaratives qui n'affectent pas les règles de fond posées par l'accord (CE, 17 juin 2002, Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers et autres, n° 226936, aux T. sur un autre point). Ce formalisme, propre à l'extension et qui conditionne la légalité interne de l'arrêté, est logiquement plus contraignant que celui qui préside à la seule validité des accords collectifs, et qui impose déjà que toutes les organisations syndicales intéressés soient mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature, en demandant le cas échéant, en cas de modifications apportées au projet, la poursuite des négociations (Cass. Soc., 10 octobre 2007, n° 06-42721, au Bull.). L'exigence d'approbation de l'accord au sein de la commission vise à garantir la collégialité et la transparence des conditions dans lesquelles sont conclus des accords extensibles, eu égard aux incidences majeures de l'extension. Vous êtes particulièrement bien placés pour apprécier les mérites propres d'une discussion collégiale *in situ*, par opposition à des échanges électroniques. Et c'est la raison pour laquelle, par analogie, vous n'admettez pas que les membres d'un organisme collégial soient consultés séparément, quand bien même le seraient-

ils tous¹. Au total, si une approche souple de la négociation en commission nous paraît s'imposer par réalisme, nous vous invitons à affirmer clairement que l'accord final doit, dans sa substance, être acté au cours d'une ultime réunion de la commission.

En l'occurrence, l'organisation patronale PRISME a proposé plusieurs modifications de fond par courriels envoyés à toutes les organisations syndicales intéressées postérieurement à la dernière réunion de la commission paritaire, et c'est le projet ainsi modifié qui a été entériné. Ce procédé garantit la validité de l'accord, puisque toutes les organisations ont été mises à même de solliciter la poursuite des négociations. Mais il ne répond pas aux exigences particulières de l'article L. 2261-19 telles que nous vous proposons de les réaffirmer. Le moyen est donc fondé.

Nous mentionnerons enfin plusieurs moyens qui peuvent faire hésiter mais qui ne nous paraissent pas justifier l'annulation. Précisons que vous êtes pleinement compétent pour contrôler la licéité de l'accord, sans qu'il y ait place pour une question préjudicielle, dès lors qu'il s'agit de mesures prises pour l'application de la loi et que l'entrée en vigueur de l'accord était subordonné à l'intervention de l'arrêté d'extension (CE, Section, 23 mars 2012, Fédération Sud Santé Sociaux, n° 331805, au Rec.).

Nous ne sommes pas convaincu par le moyen tiré de ce que l'accord étendu restreindrait illégalement le champ d'application de la loi en réservant le portage salarial aux cadres percevant une rémunération inférieure à 2900 euros bruts par mois. La loi définit le portage salarial, mais n'implique nullement que toute personne y serait éligible. C'est précisément l'objet de l'accord étendu que de l'« organiser ». Les travaux préparatoires de la loi de 2008 font clairement ressortir la volonté du législateur que ce dispositif comporte toutes les garanties permettant d'éviter les abus et contournements, qui pourraient l'ériger en mode de droit commun de l'activité professionnelle. Loin de la dénaturer, l'accord étendu permet de respecter cette volonté en précisant que le salarié porté doit disposer d'un niveau d'expertise et de qualification tel qu'il s'accompagne d'une autonomie dans la négociation de la prestation avec le client et dans l'exécution de cette prestation, ce dont l'accord déduit le statut de cadre. Il en est de même de la rémunération². Et si ces modalités affectent l'exercice de la liberté d'entreprendre, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, nous ne sommes pas convaincu, au vu du dossier, qu'elles méconnaîtraient cette liberté par leur caractère excessivement restrictif.

Ces restrictions sont également critiquées sous l'angle du principe d'égalité : mais il n'est pas démontré par les requérants, comme l'exige désormais la jurisprudence judiciaire, que la discrimination entre cadres et non-cadres serait fondée sur des raisons étrangères à toute considération de nature professionnelle (Cass. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179, au Bull.) ; et la condition de rémunération est justifiée, comme on l'a vu, par le souci de prévenir une généralisation de ce dispositif dérogatoire et un contournement massif du droit commun du travail. Il en est de même de l'exclusion des services à la personne. Vous noterez que ces deux dernières restrictions sont reprises dans l'ordonnance du 2 avril dernier.

¹ CE, 21 mars 1958, Syndicat départemental des pharmaciens du Morbihan, Rec. p. 186 ; CE, 17 mai 1999, Sté Smithkline Beecham Laboratoires Pharmaceutiques, n° 196475-200141-200145, aux T.

² Elle se présente d'ailleurs comme un minimum garanti par l'entreprise de portage et non comme une condition d'entrée dans le dispositif ; mais de fait, aucune de ces entreprises n'acceptera de porter un salarié dont les prestations ne justifieraient pas un tel niveau de rémunération

L'exigence que l'entreprise de portage n'ait pas d'autre activité ne nous paraît pas plus critiquable : l'objectif est d'assurer une complète transparence dans l'usage d'un dispositif extrêmement dérogatoire. Rien n'empêche une entreprise de créer une filiale dédiée.

Est enfin invoquée la méconnaissance de l'accord national interprofessionnel, en ce qu'il plafonne à trois ans la durée du « contrat de portage ». Au sens habituel du terme, cette notion vise le contrat passé entre l'entreprise de portage et le salarié porté, assimilable à un contrat de travail, comme l'a d'ailleurs relevé l'IGAS dans un rapport de septembre 2011 (p. 24). Or l'accord de branche étendu applique ce plafond de 3 ans au contrat de prestations de service conclu entre le porté et chaque entreprise cliente pour une même prestation. Il permet en revanche à un salarié de bénéficiaire d'un portage « à durée indéterminée », par le biais d'un CDI. La contrariété entre les deux accords ne fait donc aucun doute. Mais nous pensons que ce moyen est inopérant. La loi, qui est d'interprétation stricte s'agissant d'un renvoi aux partenaires sociaux, s'est bornée à confier à l'ANI le soin de désigner une branche chargée de la mission d'organiser le portage salarial. Elle ne lui a pas permis de fixer lui-même des règles de fond s'imposant aux partenaires sociaux de la branche désignée.

Les autres moyens invoqués ne nous paraissent pas davantage pouvoir être retenus³.

Quelle conclusion faut-il en tirer sur une éventuelle modulation dans le temps des effets de l'annulation ?

Ni le ministre, ni les signataires de l'accord n'ont daigné vous éclairer sur les conséquences d'une annulation rétroactive ce qui, d'emblée, ne nous place pas dans une disposition d'esprit très favorable à la modulation.

Le problème porte sur les relations contractuelles nouées entre les entreprises de portage et les salariés entre l'entrée en vigueur de l'arrêté, en juin 2013, et celle de l'ordonnance du 2 avril 2015, soit le 4 avril. Depuis lors, en effet, les contrats peuvent être modifiés afin de se conformer au nouveau cadre juridique, qui est largement analogue, et même un peu moins restrictif que le précédent. Pour la période antérieure, l'annulation sèche aurait pour effet de soumettre rétroactivement la plupart des contrats de portage conclus dans le cadre de l'accord étendu au droit commun des contrats de travail, comme ils l'étaient en général avant l'intervention de l'arrêté d'extension litigieux. Il n'en résulte pas, *a priori*, de grands bouleversements, dans la mesure où l'accord étendu s'inscrit lui-même dans les formes de contrats de travail existantes. Il est ainsi prévu que le CDD de portage doit respecter les

³ Les requérants tirent argument de la rédaction défectueuse du III de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008, qui prévoit qu'un accord national interprofessionnel peut, pour une durée maximale de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de cette loi, confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial – il s'agit de la branche du travail temporaire - la mission de l'organiser. Les travaux préparatoires de la loi permettent de comprendre qu'en fait de durée, il s'agit d'un délai avant l'expiration duquel la branche désignée par l'ANI devait organiser, sans limitation de durée, le portage salarial, par accord de branche étendu. Et il ressort du rapport devant le Sénat que « *la branche de l'intérim disposera de deux ans au plus pour mener à bien la négociation* ». C'est dire que le délai de deux ans se rapporte à la délégation accordée aux partenaires sociaux de la branche, à qui il a été fixé un butoir pour parvenir à un accord, et non à l'extension de l'accord, même si celle-ci conditionne son entrée en vigueur. Par suite, l'arrêté d'extension a pu être pris après, et même bien après l'expiration de ce délai.

conditions posées par le code du travail, ce qui conduit à éviter toute requalification automatique en CDI. L'arrêté litigieux a à cet égard exclu de l'extension la stipulation qui prétendait créer un cas de recours *sui generis* au CDD. Qui plus est, l'article 17 de l'accord subordonne sa propre entrée en vigueur à l'adoption des dispositions législatives et réglementaires nécessaires à son application : l'applicabilité directe d'un certain nombre de clauses est donc sujette à caution. Paradoxalement, la modulation pourrait accroître l'incertitude à cet égard. En définitive, l'accord étendu a, pour l'essentiel, une double portée :

- d'une part, il restreint, directement ou indirectement, les cas de recours au portage salarial tel qu'il est défini par l'article L. 1251-64 du code du travail : sur ce point, l'annulation rétroactive ne soulève pas de difficulté. La définition législative demeure, notamment en ce qu'elle garantit le régime du salariat au salarié porté. Par ailleurs, le fait de relever du portage salarial légalement défini permet d'échapper à l'incrimination de prêt illicite de main d'œuvre (Cass. crim., 17 janvier 2012, n° 11-81669) ;
- d'autre part, l'accord étendu implique nécessairement que, par dérogation au droit commun du travail, l'entreprise de portage n'a pas à fournir du travail au salarié porté, ce dernier devant démarcher lui-même les entreprises clientes. C'est sur ce point que l'annulation rétroactive ne serait pas sans incidence. Comme le montrent plusieurs arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation (V. 4 février 2015, n° 13-25627, à publier au Bull. ; 17 février 2010, n° 08-45298 et n° 08-40671, au Bull.), les salariés portés qui auraient été licenciés faute d'avoir eux-mêmes prospecté leur clientèle pourraient obtenir des rappels de salaires et d'indemnités en arguant de ce que, en application du droit commun, c'était à l'employeur que constitue l'entreprise de portage de lui fournir du travail.

Ce seul effet ne nous paraît toutefois pas justifier une modulation. D'abord, les licenciements faisant l'objet d'un recours contentieux pendant ne pourraient en être affectés, puisque vous devez réserver les actions en cours à la date de votre décision. Ensuite, il serait tout à fait contestable de sécuriser les contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2015, alors que l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel avait produit ses effets et que l'environnement juridique était donc très incertain. A cet égard, l'habilitation à légiférer par ordonnance adoptée en décembre 2014 ne prévoyait nullement la possibilité pour le Gouvernement de régir les situations en cours, ce qui devait inciter les entreprises de portage à une grande prudence. Restent les licenciements intervenus sur la base de contrats conclus entre l'entrée en vigueur de l'arrêté d'extension et le 1^{er} janvier 2015. Le délai de contestation du licenciement étant de deux ans en vertu de l'article L. 1471-1 du code du travail, il n'est pas exclu qu'une annulation sèche suscite quelques vocations contentieuses. Il faut toutefois rappeler que les contrats de portage concerneraient quelques 30 000 personnes représentant de l'ordre de 15 000 équivalents temps plein, dont une partie n'entre pas dans les prévisions de l'accord étendu – c'est précisément ce dont se plaint Ventoris. Pour celles qui en relèvent, on peut supposer que les licenciements prononcés à raison des insuffisances du salarié porté ne sont pas légion, ce dernier ayant tout intérêt à démarcher activement sa clientèle. Au demeurant, ce sont les entreprises de portage qui pourraient se plaindre de cette situation. Or précisément, l'annulation vous est demandée, entre autres, par un groupe de portage salarial, qui n'a pas l'air de s'en

émouvoir et qui plaide au contraire vigoureusement pour une annulation rétroactive. Il n'est d'ailleurs pas certain que la charge soit très lourde pour ces entreprises, alors que l'absence de modulation permettrait aussi de supprimer la clause de rémunération minimale de 2900 €. Et cette suppression n'a rien de choquant, au contraire : il ne s'agit nullement d'un SMIC majoré comme le garantissent certains accords collectifs afin de limiter la précarité des travailleurs les moins qualifiés, mais d'une condition indirecte d'entrée dans le dispositif du portage salarial. Il n'y a certainement pas lieu de sécuriser la rémunération d'un salarié porté qui s'était engagé dès le départ, conformément à la logique du portage qu'il aurait dû respecter, à assurer des prestations suffisamment rémunératrices auprès des clients. La condamnation d'une entreprise de portage pourrait du reste donner lieu à une action récursoire contre l'Etat à raison de l'illégalité fautive de l'arrêté d'extension de sorte qu'*in fine*, c'est l'auteur des illégalités qui en subiraient les conséquences financières.

Enfin, nous relevons que le législateur n'a pas cru devoir lui-même intervenir pour sécuriser le passé, ce qui ne nous incite pas à consentir un quelconque effort.

Face à cela, l'annulation que nous vous proposons serait motivée par une double illégalité interne, touchant aux conditions de conclusion de l'accord et, surtout, à l'incompétence des partenaires sociaux. Il faut d'ailleurs rappeler que ces derniers ne sont pas représentatifs de la branche du portage salarial, mais de celle du travail intérimaire : c'est d'ailleurs cette forme de stipulation pour autrui qui vous avait conduit à renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel, lequel a préféré se placer sur le terrain plus radical de l'incompétence négative.

Au total, nous estimons que les conditions de la modulation, qui doit rester l'exception, ne sont pas réunies.

PCMNC à l'annulation de l'arrêté d'extension et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat dans chaque affaire au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.