

N° 412051

Fédération des entreprises de portage salarial

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 18 octobre 2019

Lecture du 6 novembre 2019

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Apparu dans les années 1980, le « portage salarial » désigne la combinaison de la relation entre une « entreprise de portage salarial » qui effectue une prestation pour une entreprise cliente dans le cadre d'un « contrat commercial de prestation de portage salarial » et de la relation entre l'entreprise de portage salarial et un « salarié porté », rémunéré par cette entreprise, qui effectue la prestation en cause après l'avoir lui-même proposée et négociée avec l'entreprise cliente. Réservé aux salariés qui justifient d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui leur permettent de rechercher eux-mêmes leurs clients, le portage salarial se situe pour eux entre le travail indépendant et le salariat.

L'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, après avoir défini le portage salarial, avait prévu qu'un accord national interprofessionnel étendu pouvait « *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* ». Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, au motif qu'elle confiait à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi (cons. 6).

A la suite de cette censure, l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 a créé le chapitre IV « portage salarial », du titre V, du livre II de la première partie du code du travail. Elle a été ratifiée par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

C'est dans ce cadre qu'a été négociée, à compter de la fin 2016, la convention collective de la branche des salariés en portage salarial. Signée le 22 mars 2017 par le syndicat des Professionnels de l'Emploi en Portage Salarial (PEPS) ainsi que cinq organisations syndicales de salariés rattachées à la CFE-CGC, à la CGT-FO, à la CGT, à la CFDT et à la CFTC, la convention collective a été étendue par un arrêté du 28 avril suivant, sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 2261-15 du code du travail, lequel dispose que : « *Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel (...) peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective* ».

La Fédération des entreprises de portage salarial (FEPS), organisation d'employeurs non conviée aux négociations, attaque cet arrêté pour excès de pouvoir, qu'elle a intérêt pour contester dès lors qu'elle a selon ses statuts pour objet la défense d'intérêts professionnels d'entreprises de portage salarial (1/4 SSR, 28 juillet 1993, *Conseil national des organismes de formation professionnelle*, n° 107453, au Recueil).

La requérante critique d'abord la légalité externe de l'arrêté.

Contrairement à ce qui est en premier lieu soutenu, le directeur général du travail était bien compétent pour signer l'arrêté litigieux¹.

Il est ensuite soutenu que l'arrêté litigieux a été pris à l'issue d'une procédure irrégulière. L'article D. 2261-3 du code du travail, qui dispose que lorsqu'un arrêté d'extension ou d'élargissement est envisagé, il est précédé de la publication au Journal officiel d'un avis invitant les organisations et personnes intéressées à faire connaître leurs observations et précise qu'elles « *disposent d'un délai de quinze jours à compter de la publication de l'avis pour présenter leurs observations* ». La requérante soutient que ce délai n'a pas été respecté dès lors que l'avis prévu par ces dispositions a été publié en l'espèce le 13 avril 2017 et l'arrêté signé le 28 avril suivant, soit avant que le délai de 15 jours n'expire le 28 à minuit.

Certes comme le soutient le ministre en défense, en principe et sauf texte contraire, les délais de procédure administrative, à la différence des délais de procédure juridictionnelle, ne constituent pas des délais francs².

Vous ne l'avez encore jamais explicitement jugé s'agissant du délai ici en cause, même si vous avez déjà semblé l'admettre implicitement (1/6 CHR, 17 mars 2017, *SNPA*, n°396835 et 396837, aux Tables sur un autre point) mais il n'y a aucune raison qu'il en aille autrement.

Cependant, même non franc, donc s'achevant le jour d'échéance (*dies ad quem*) et non le lendemain, le délai de 15 jours, qui commençait à courir le lendemain du fait générateur

¹ L'article L. 2261-15 du code du travail prévoit que les arrêtés d'extension sont signés par le ministre chargé du travail. Toutefois, aux termes de l'article 1^{er} du décret n°2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement, les directeurs d'administration centrale « *peuvent signer, au nom du ministre ou du secrétaire d'Etat et par délégation, l'ensemble des actes, à l'exception des décrets, relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité* ». Pour un exemple d'arrêté portant extension de convention collective signé par le directeur général du travail : 4/5 CHR, 12 mai 2017, *Fédération CGT du commerce, des services et de la distribution*, n° 381870, aux Tables).

² Voyez sur ce point : 1/5 SSR, 10 avril 1970, *Ville de Bordeaux*, p. 244, pour le délai de garantie décennale ; 6/2 SSR, 25 octobre 1978, *SA Louis Borghèse*, n° 03809, aux Tables, pour un délai d'examen d'une offre prévu par le cahier des clauses administratives générales ; 4/1 SSR, 20 octobre 1993, *P...*, n°146136, au Recueil, pour le délai de dépôt d'un compte de campagne ; 10/9 SSR, 28 avril 2006, *F...*, n° 288593, aux Tables, s'agissant du délai prévu pour l'information préalable des représentants à l'Assemblée de la Polynésie française sur les affaires débattues en séance ; 1/6 SSR, 23 janvier 2008, *Commune de Romainville*, n° 308995, pour le délai de l'avis du service des domaines prévu par l'article R. 213-21 du code de l'urbanisme dans le cadre d'une procédure de préemption ; 8/3 SSR, 17 septembre 2010, n° 316259, *Commune de Saint-Baudille-de-la-Tour*, aux Tables, s'agissant du délai d'opposition à une déclaration de travaux).

(*dies a quo*)³, donc le 14 avril, expirait bien le 28 avril à minuit, si bien que l'arrêté a été signé avant son expiration.

Vous pourrez néanmoins écarter le moyen sur le fondement de votre jurisprudence *Danthony* selon laquelle un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. L'organisation requérante a en effet présenté ses observations dès le 24 avril et il ne ressort pas des pièces du dossier et n'est d'ailleurs même pas soutenu, ni que des observations auraient été formulées entre la signature de l'arrêté attaqué le 28 avril et l'expiration du délai, le soir même, ni que cette signature anticipée aurait pu dissuader des organisations ou personnes intéressées de faire valoir leurs observations, étant relevé que l'arrêté n'a été publié au JORF que le 30 avril (cf. décision *SNPA* déjà mentionnée).

Quant à la circonstance que les observations présentées par l'organisation requérante le 24 avril 2017 n'auraient pas été communiquées à la sous-commission des conventions et accords de la commission nationale de la convention collective qui s'est réunie le lendemain, à la supposer établie, elle n'est en tout état de cause pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure d'adoption de l'arrêté attaqué dès lors que ces observations n'ont pas à être communiquées aux membres de cette instance avant la séance (1/6 SSR, 29 juin 2011, *CGPME de la Réunion*, n° 332562), ce qui est parfaitement logique dès lors que dispositions de l'article D. 2261-3 n'ont ni pour objet ni pour effet d'obliger la CNNC à se prononcer après expiration du délai de 15 jours qu'il fixe, la commission pouvant donc le faire le cas échéant avant d'avoir connaissance de toutes les observations produites (1/4 SSR, 11 mai 1979, *Union syndicale des artisans et des petites entreprises de la Martinique*, n° 04136, au Recueil ; 1/2 SSR, 30 juin 2003, *MEDEF*, n° 248347, au Recueil sur un autre point).

Venons-en maintenant à la légalité interne de l'arrêté, qui est subordonnée à la validité de la convention collective qu'il a pour objet d'étendre (5/3 SSR, 14 novembre 1980, *T...*, n°19957, aux Tables ; 1/4 SSR, 23 décembre 1981, *Syndicat de la presse parisienne et autres*, n° 22110, aux Tables ; 1/2 SSR, 21 février 2000, *Association de défense des cadres retraités et autres*, n° 165041, au Recueil ; 1/2 SSR, 28 avril 2000, *Organisation nationale de la coiffure française*, n° 197537, aux Tables).

Il est d'abord soutenu que le ministre ne pouvait sans méconnaître les articles L. 2261-15 et L. 2261-19 du code du travail étendre la convention collective en cause faute que la FEPS ait été conviée à négocier, alors qu'elle affirme être représentative dans son champ d'application, le portage salarial. Si cette affirmation était exacte, nul doute que l'arrêté serait entaché d'illégalité (1/4 SSR, 20 mai 1988, *Syndicat national pour le développement des travaux aériens*, n° 74551 ; 1/6 SSR, 6 décembre 2006, *Chambre nationale des professions libérales*, n° 273773). Mais elle ne l'est pas dès lors que la FEPS, dont les statuts ont été déposés le 19 décembre 2015, ne remplissait pas à la date de signature de la convention le critère d'ancienneté minimale de 2 ans dans le champ professionnel et géographique couvrant

³ Voyez par exemple : 5/3 SSR, 16 novembre 1998, *Elections régionales d'Ile-de-France*, n° 195648, aux Tables.

le niveau de négociation exigé par le 4° de l'article L. 2151-1 du code du travail, lequel précise que cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts. Si la Cour de cassation, ainsi que le soutient la requérante, juge – s'agissant de la représentativité des organisations représentatives de salariés, mais on voit mal pourquoi il en serait autrement pour les organisations représentatives d'employeurs – que l'appréciation de certains des critères cumulatifs fixés par l'article L. 2121-1 du code du travail doit être faite de manière globale, elle n'admet cependant pas que cette appréciation globale conduise à neutraliser une condition prévue par la loi. S'agissant de l'ancienneté, si elle doit faire l'objet d'une appréciation globale avec les critères relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations et à l'audience électorale, c'est dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans (Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-13.748, Bull. 2012, V, n° 83 ; Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-29.984, Bull. 2013, V, n° 268). La circonstance que la Fédération européenne du portage salariale ait été créée dès 2013 est sans incidence sur ce point dès lors qu'il s'agit d'une organisation internationale dont le siège est situé à Bruxelles, ne pouvant donc être regardée comme représentative dans le champ géographique couvrant le niveau de négociation.

La FEPS soutient également que la seule organisation patronale signataire de la convention, le syndicat des Professionnels de l'Emploi en Portage Salarial (PEPS), n'était pas représentative, si bien que la convention ne pouvait légalement être étendue. Elle invoque d'abord la circonstance qu'aucun arrêté de représentativité patronale n'avait encore été pris pour la branche du portage salarial à la date de l'arrêté d'extension de la convention. C'est parfaitement exact et logique dès lors qu'en application du VI de l'article 29 de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 ayant créé l'article L. 2151-1, la première mesure de l'audience des organisations patronales et, par conséquent, la première déclaration de représentativité ne devait intervenir qu'à compter de l'année 2017 et qu'au niveau des branches professionnelles, elle est intervenue, de manière égrenée, de juillet à décembre 2017. Mais ni cette circonstance ni celle qu'aucune demande d'enquête de représentativité n'ait été formée avant l'arrêté d'extension, également mise en avant par la requérante, ne suffisent à établir que le PEPS ne serait pas représentatif (voyez 1/6 SSR, 30 décembre 2013, *Union des syndicats de l'immobilier*, n° 352901, aux Tables) et la requérante n'apporte absolument aucun élément de nature à accréditer cette assertion.

La requérante critique ensuite le contenu des stipulations de la convention collective et l'un des moyens qu'elle soulève pose une question d'interprétation de cette convention qui nous apparaît quelque peu délicate.

La requérante soutient que l'arrêté qu'elle attaque viole la liberté d'entreprendre reconnue par la Constitution en ce qu'il étend des stipulations de la convention collective restreignant l'accès de certains travailleurs au portage salarial et excluant certaines activités de son champ d'application.

En vertu de l'article L. 2261-25 du code du travail, le ministre du travail peut exclure de l'extension les clauses qui seraient en contradiction avec les dispositions légales. La méconnaissance, par un accord collectif étendu, d'une liberté reconnue par la Constitution, entache ainsi cet arrêté d'illégalité (par exemple : décision *MEDEF* du 30 juin 2003 déjà mentionnée).

La FEPS donne une portée qu'elle n'a pas à la convention en soutenant qu'en stipulant, dans son article 1^{er}, que « *les conditions requises pour exercer son activité professionnelle en tant que salarié porté conduisent les partenaires sociaux à considérer la présente convention collective comme étant catégorielle, les salariés portés ne relevant pas du premier collègue ouvriers employés* », et dans son chapitre IX, que la branche du portage salarial ne comprend que des cadres, des techniciens et des agents de maîtrise, la convention collective exclut de son champ les ouvriers et employés, alors que ces stipulations n'ont nullement pour effet d'exclure les ouvriers et employés de l'accès au portage salarial mais seulement de conférer aux salariés portés la qualité de technicien, d'agent de maîtrise ou de cadre.

La FEPS critique ensuite l'article 2 de la convention portant sur les « *critères définissant le salarié porté* » et plus précisément son article 2.2, lequel stipule que « *le salarié porté dispose au minimum d'une qualification professionnelle de niveau III [soit BTS ou DUT] (...) ou d'une expérience significative d'au moins 3 ans dans le même secteur d'activité* ». Cette critique nous semble soulever une question plus délicate.

L'article 2 de la convention peut s'interpréter de deux manières.

Soit il a pour seul objet et pour seul effet de déterminer le champ d'application de cette convention, en le réservant aux salariés portés qui remplissent les conditions qu'elles fixent, comme l'y autorise l'article L. 2222-1 du code du travail, lequel dispose que : « *Les conventions et accords collectifs de travail (...) déterminent leur champ d'application territorial et professionnel* ». La conséquence en serait qu'un salarié remplissant les conditions légales pour être porté mais pas les conditions conventionnelles serait bien un salarié porté mais ne serait pas couvert par la convention de branche. Le moyen soulevé est alors inopérant. Précisons que le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité serait opérant mais n'est pas soulevé.

Soit cet article a pour objet de préciser les conditions permettant d'être un salarié porté et il fait effectivement obstacle à ce qu'un travailleur qui ne disposerait pas d'une qualification professionnelle de niveau III au moins – ou d'une expérience de 3 ans au moins – puisse devenir salarié porté. Il faut alors vérifier si ces stipulations sont légales.

De nombreux éléments convergent vers la seconde des deux interprétations que nous venons d'exposer : en premier lieu, l'intention des auteurs de la convention, qui ne nous semble pas faire de doute, en deuxième lieu, la rédaction impérative de ses stipulations et la circonstance que l'article 2 intitulé « *critères définissant le salarié porté* » soit distinct de l'article 1^{er} relatif au champ d'application de la convention, enfin la défense devant vous tant des signataires de la convention que de la ministre, qui tous admettent que la convention a bien entendu fixé des règles applicables à tous les salariés portés. Cette convergence nous semble devoir vous conduire à retenir vous aussi cette interprétation.

Examinons maintenant la contestation de la légalité de telles stipulations.

Certes la convention de branche définit, en vertu de l'article L. 2253-1 du code du travail, les « *classifications* ». Mais le non-respect des deux conditions alternatives ici posées empêche tout simplement d'être salarié porté.

L'article L. 1254-2 du code du travail dispose à son I que « *Le salarié porté justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permettent de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix* ». Les défendeurs soutiennent que la convention ne fait que décliner et préciser cette exigence légale. Son article 2.1 stipule ainsi que « *le salarié porté, dans le respect des normes en vigueur, dispose d'une autonomie dans la prise de décisions qui relèvent de son domaine de compétence. Elle se traduit par l'aptitude à démarcher les entreprises clientes de son choix, de définir avec elles le cadre et l'étendue de la prestation, de convenir avec elles du prix, de décider lui-même de l'organisation de son emploi du temps pour la réalisation de ses prestations, de répartir ses tâches en organisant ses temps de travail et de repos (...)* ».

Il est certain que l'esprit comme la lettre des dispositions législatives reposent sur l'idée d'une forme d'autonomie et de qualification du salarié porté qui lui donne la compétence pour se comporter *de facto* comme une forme d'auto-entrepreneur. Le II de l'article L. 1254-2, qui prévoit une rémunération minimale pour le salarié porté, fixée à défaut d'accord de branche étendu à 75% du plafond de la sécurité sociale, soit plus de 2 500 euros par mois, et son III disposant que l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté, supposent également une qualification et une autonomie élevées. L'intention du législateur semble aussi en ce sens : en témoigne le rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 ayant créé les dispositions législatives, qui justifiait cette définition du champ d'application du portage salarial en estimant qu'elle répondait à un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet du texte : « *elle vise à sécuriser les entreprises de portage salarial en les assurant que leurs salariés portés sont bien à même de rechercher eux-mêmes leurs prestations. Cette définition offre également un cadre protecteur pour les personnes portées. En effet, seules celles qui disposent d'une autonomie suffisante seront éligibles au dispositif. Pour les autres, les règles du salariat définies par le code du travail doivent rester la voie privilégiée de la relation de travail* ».

Les critères posés par l'article 2.2 de la convention, de qualification ou d'expérience, paraissent donc cohérents avec les dispositions législatives en vigueur.

Mais en réalité la question qui vous est posée n'est pas celle de la légalité des stipulations conventionnelles, dès lors que le moyen tiré d'une méconnaissance directe de la loi n'est pas soulevé, mais de leur constitutionnalité. Il est en effet seulement soutenu que les stipulations en cause méconnaissent la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Si les critères définis par la convention étaient regardés comme précisant une exigence posée par la loi, le moyen tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel de liberté d'entreprendre ne pourrait qu'être écarté en l'absence de QPC mettant en cause la constitutionnalité de l'article L. 1254-2 lui-même, la loi faisant écran, selon votre jurisprudence *Arrighi* de 1936 (Section, 6 novembre 1936, *Arrighi*, p. 966).

Nous vous proposons de retenir cette solution, qui paraît à bien des égards opportune tant les stipulations conventionnelles apparaissent conformes à l'intention du législateur.

Certes, la convention définit des conditions précises qui n'existent pas expressément dans la loi. Mais il nous semble que cela n'empêche pas l'écran législatif de jouer, à condition de faire l'effort de considérer que le législateur a bien entendu fixé sur le principe des conditions de qualification, d'autonomie et d'expertise que la convention est venue préciser.

La loi écran joue certes bien entendu quand les dispositions du décret attaqué découlent nécessairement de la loi ou se bornent à en tirer les conséquences (voyez par exemple : 6/2 SSR, 10 février 1997, *Syndicat de la magistrature*, n° 105469, aux Tables sur un autre point ; Section, 30 juillet 2003, *D...*, n° 237720, au Recueil) mais pas seulement. Vous avez par exemple fait jouer l'écran constitué par des dispositions législatives permettant de subordonner la délivrance d'un permis de construire à la cession gratuite de dix pour cent au plus de la superficie du terrain au titre de la contribution du bénéficiaire aux dépenses d'équipements publics pour écarter comme inopérants les griefs d'inconstitutionnalité adressés à une disposition réglementaire disposant que l'autorité qui délivre le permis de construire ou l'autorisation de lotissement ne peut exiger la cession gratuite de terrains qu'en vue de l'élargissement, du redressement ou de la création des voies publiques, alors même que cette disposition réglementaire, précisant les conditions de mise en œuvre de la disposition législative, ne nous semble pas nécessairement induite par cette dernière (5/4 SSR, 11 février 2004, *S...*, n° 211510, au Recueil sur un autre point). Plus topique encore, vous jugez que la constitutionnalité d'un décret subordonnant le bénéfice du revenu de solidarité active pour les jeunes de moins de vingt-cinq ans à un certain nombre d'heures de travail ne peut être utilement contestée dès lors que le législateur a lui-même posé le principe d'une condition d'activité à laquelle est subordonné le bénéfice de cette prestation (1/6 SSR, 27 octobre 2011, *CFDT et autres*, n° 343943, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette affaire, Claire Landais justifiait cette solution en soulignant que « sauf lorsqu'il se borne à reprendre au mot près les termes de la loi, ce qui reste heureusement rare, un décret d'application d'une loi a forcément une valeur ajoutée par rapport à celle-ci au sens où il en précise les conditions d'application. Mais si cela suffisait à rendre possible le contrôle de constitutionnalité c'est qu'il ne resterait rien de la théorie de la loi écran ». Elle refusait cette perspective et proposait à la formation de jugement, qui l'a suivie, de constater qu'en l'espèce le décret attaqué ne faisait que préciser la règle de fond posée par la loi, que cette dernière faisait donc écran et qu'ainsi le moyen d'inconstitutionnalité du décret était inopérant. Cette solution, retenue pour un recours dirigé contre un décret, peut tout aussi bien être transposée à un recours dirigé contre un arrêté portant extension d'une convention collective.

Précisons que nous ne sommes pas dans un cas où pourrait jouer la théorie de « l'écran transparent »⁴, qui s'applique quand la loi renvoie à l'autorité réglementaire le soin de définir certaines règles, sans contenir elle-même aucune règle de fond⁵. Pour reprendre les mots de certains commentateurs, « l'écran est opaque, parce qu'il y a de la "matière" législative »⁶,

⁴ Expression employée par certains commentateurs à la suite de la décision *Société Smanor* du 19 novembre 1986 (1/4 SSR, n° 41852, p. 260).

⁵ Par exemple : 2/6 SSR, 17 mai 1991, *Q...*, n° 100436, bien éclairée par les conclusions de R. Abraham.

⁶ J.-F. Lafaix et D. Boilet, note sous CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *Revue du droit public*, 2003, p. 1495.

l'écran est transparent lorsque la loi se borne à permettre l'exercice de la compétence réglementaire. « L'idée d'écran législatif suppose des règles de fond »⁷ et c'est bien le cas en l'espèce.

Vous pourrez alors écarter comme inopérant le moyen tiré de l'inconstitutionnalité des stipulations contestées.

Si vous ne nous suiviez pas sur ce point et refusiez de considérer que la loi fait écran, il vous faudrait alors examiner le bien-fondé du moyen tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre.

Notons que dans sa décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, le Conseil constitutionnel a jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial ainsi que dans la fixation des principes applicables au salarié porté affecte par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre ainsi que les droits collectifs des travailleurs »⁸. Dans le commentaire aux Cahiers, cette décision est ainsi justifiée : « le choix fait par les partenaires sociaux d'un champ restreint pour le portage salarial établit clairement l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte de l'incompétence négative du législateur : toutes les entreprises de portage salarial qui employaient des non-cadres – ce qui pourrait représenter plus de la moitié des effectifs – ne pourront plus exercer leur activité ». C'est pour cela que la restriction apportée par l'ordonnance à la liberté d'entreprendre de 2015 était beaucoup plus limitée que celle opérée par l'accord de 2010 qui réservait le portage salarial aux « cadres ». Même si le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur les dispositions issues de cette ordonnance, nous n'avons guère de doute pour estimer que le triple critère d'expertise, de qualification et d'autonomie retenu ne porte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, qui n'est « *ni générale ni absolue* » ainsi que l'a affirmé à de nombreuses reprises le Conseil constitutionnel (décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991). Selon une jurisprudence constante, « *il est donc loisible au législateur d'y apporter les limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* ».

Il nous semble que la condition instaurée pour être éligible au portage salarial tenant à la détention d'un titre de niveau III ou à une expérience d'au moins trois ans dans le même secteur d'activité est potentiellement plus exigeante que celle posée par l'article L. 1254-2 du code du travail dès lors qu'on ne peut exclure qu'un salarié ne la remplissant pas justifie néanmoins d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui permettent de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix : un salarié seulement titulaire d'un baccalauréat et n'ayant que deux ans d'expérience professionnelle dans un secteur d'activité peut ainsi tout à fait être suffisamment compétent et débrouillard pour être apte à négocier une mission.

Cette restriction du champ du portage salarial supplémentaire à celle instaurée par la loi porte-t-elle pour autant une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ? Nous inclinons

⁷ Laëtitia Janicot, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, RFDA 2008, p. 1158.

⁸ Cons. 7.

pour notre part à une réponse négative mais la question nous semble suffisamment ouverte pour considérer, en l'absence de toute jurisprudence sur ce point, que vous êtes en présence d'une contestation sérieuse de la validité de l'arrêté prononçant l'extension d'une convention collective, qui ne peut être résolue au vu d'une jurisprudence établie, justifiant ainsi que vous posiez une question préjudicielle à l'autorité judiciaire (Section, 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé Sociaux*, n° 331805, au Recueil)..

Mais, vous l'avez compris, ce n'est pas ce que nous vous proposons : si vous nous suivez pour écarter comme inopérant le moyen tiré de l'inconstitutionnalité des stipulations contestées, nul besoin de poser une telle question préjudicielle.

Examinons à présent les deuxième et troisième branches du moyen tiré de ce que les stipulations de la convention étendue méconnaîtraient la liberté d'entreprendre.

L'exclusion des prestations de services à la personne du champ des prestations pouvant être effectuées en portage salarial par l'article 1^{er} de la convention se réfère implicitement mais sans nul doute possible aux activités de services à la personne définies à l'article L. 7231-1 du code du travail et se borne par suite à réitérer une exclusion déjà prévue à l'article L. 1254-5 du même code. La requérante ne peut donc utilement soutenir que cette exclusion méconnaît la liberté d'entreprendre dès lors que la loi fait écran.

La requérante soutient ensuite qu'en fixant des rémunérations minimales s'échelonnant de 77% à 93,5% du plafond de la sécurité sociale selon la catégorie à laquelle appartient le salarié porté, l'article 21.3 de la convention a pour effet d'exclure nombre de salariés dont la prestation ne pourra faire l'objet d'une facturation suffisante et porte ainsi une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre. En fixant une telle rémunération minimale, comme le II de l'article L. 1254-2 du code du travail lui en confie le soin tout en comportant une disposition supplétive fixant ce plancher à 75% du plafond de la sécurité sociale à défaut d'accord de branche étendu, la convention se borne à préciser une règle fixée par la loi et dès lors l'écran législatif joue également. En tout état de cause, si vous jugez le moyen opérant, il nous semble qu'eu égard à la qualification, l'expertise et l'autonomie exigées du salarié porté, le grief tiré de ce que la fixation de telles rémunérations minimales méconnaîtrait la liberté d'entreprendre ne soulève pas de contestation sérieuse et que vous seriez compétents pour l'écarter.

Quelque parti que vous arrêtiez sur la nécessité ou non de poser une question préjudicielle au juge judiciaire, il vous faudra vous prononcer sur les autres moyens de la requête.

Dès lors qu'ils ne sont pas fondés et qu'aucun ne nous semble poser de questions délicates, nous les évoquerons plus brièvement.

La requérante critique plusieurs stipulations de la convention en invoquant le principe de sécurité juridique. La requérante critique en réalité l'imprécision de certaines stipulations qui rendrait leur interprétation délicate. Or il nous semble que cette critique ne peut être utilement formulée au soutien d'un moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique, qui s'attache à la stabilité de la norme et non à sa précision. Même si vous faites

l'effort de requalifier le moyen en identifiant un moyen tiré de la méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, qui est opérant à l'encontre des actes réglementaires (pour un exemple de censure partielle d'un décret : 6/1 SSR, 29 octobre 2013, *Association Les amis de la rade et des calanques et autres*, n° 360085, aux Tables) et dont nous ne voyons pas de raison de ne pas le juger également opérant à l'encontre d'une convention collective étendue, qui s'applique à des tiers ne l'ayant pas signée, vous pourrez l'écarter dans ses différentes branches :

- Il est d'abord fait reproche à l'article 6-3 de la convention, qui prévoit, conformément au premier alinéa de l'article L. 2232-8 du code du travail, la rémunération des absences causées par la participation à des séances de négociation organisées dans le cadre de la convention collective et prévoit, comme vous jugez qu'elle peut le faire (décision *MEDEF* du 30 juin 2003 déjà mentionnée), une contribution obligatoire annuelle pour les entreprises de la branche d'au moins 0,01% de leur masse salariale pour son financement, de renvoyer la définition des modalités de collecte de celle-ci à un avenant : il nous semble que ce renvoi fait en réalité obstacle à ce que cette contribution soit mise en œuvre tant qu'un avenant n'est pas intervenu pour définir ses modalités de collecte, si bien qu'il ne peut utilement être fait grief à cette stipulation non applicable d'être insuffisamment précise.
- Est ensuite critiqué l'article 22.3 de la convention relatif à la rupture du contrat de travail. Cet article stipule que « *si au terme d'une période d'un mois de prospection, le salarié porté n'a pas conclu de nouvelle prestation et demeure sans activité, l'employeur pourra engager une procédure de licenciement, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 1232-1 du code du travail relatif à la nécessité d'une cause réelle et sérieuse* ». Si les auteurs de la convention ont entendu indiquer qu'en principe le salarié porté doit réussir à décrocher un nouveau client dans un délai d'un mois, une cause réelle et sérieuse reste bien entendu à la fois nécessaire et suffisante pour justifier un licenciement, sous le contrôle du juge, si bien que ces stipulations, dénuées de réel caractère normatif, ne peuvent utilement se voir reprocher de souffrir de l'ambiguïté alléguée.
- Enfin, la FEPS critique le chapitre IX de la convention, relatif à la classification professionnelle, qui prévoit deux classifications – cadre d'une part et techniciens, agents de maîtrise ou assimilé d'autre part, et stipule que « *le salarié porté senior – ayant au moins 3 ans d'ancienneté dans l'activité en portage salarial – relève de la classification cadre* », alors que le salarié porté junior peut relever de l'une ou l'autre des deux classifications. Cette condition d'ancienneté se réfère-t-elle à l'ancienneté dans un secteur d'activité, peu important que l'activité soit effectuée en salariat classique ou en portage salarial, ou dans un contrat de portage salarial, peu important le secteur d'activité, ou encore dans une activité à la fois relevant d'un secteur d'activité précis et effectuée en portage salarial ? Il est vrai que la stipulation n'est pas des plus claires et le débat contradictoire sur ce point n'a pas permis de dissiper toute ambiguïté dès lors que les signataires de la convention l'interprètent comme relative à l'expérience dans un secteur d'activité et en portage salarial, les deux conditions étant cumulatives, tandis que la ministre n'y voit qu'une référence à l'expérience sous le régime du portage salarial, quel que soit le domaine d'activité. Il nous semble que cette dernière interprétation est la plus

réaliste et la plus juste : c'est bien l'expérience dans ce régime très particulier où le salarié est quasiment une profession libérale dans son fonctionnement quotidien qui compte au regard des classifications dans cette branche des salariés en portage salarial, sans compter que l'activité exercée peut varier. L'ambiguïté difficilement contestable des stipulations en cause ne nous semblent cependant pas telle qu'elle induirait une méconnaissance de l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme et nous pensons que vous pourrez écarter le moyen sans considérer qu'il soulève une contestation sérieuse de la validité de la convention. Quant au moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité que vous pourriez identifier au détour de l'argumentation de la requérante, il n'est pas fondé dès lors que les salariés en portage salarial et les salariés « classiques », qui, même avec 3 ans d'expérience, ne seront pas automatiquement classés comme cadres dans la branche des salariés en portage salarial, sont placés dans des situations différentes et que la différence de traitement instituée par la convention est en rapport avec son objet même.

Contrairement à ce qui est ensuite soutenu, le ministre pouvait légalement étendre la convention en cause alors même qu'elle ne contient pas certaines clauses dont l'article L. 2261-22 du code du travail pose en principe l'existence comme indispensable à l'extension de la convention⁹, dès lors que l'article L. 2261-27 du même code autorise l'extension en pareil cas dès lors que l'avis motivé favorable de la Commission nationale de la négociation collective a été émis sans opposition écrite et motivée soit de deux organisations d'employeurs, soit de deux organisations de salariés représentées à cette commission, ce qui fut le cas en l'espèce.

La requérante critique également l'article 27.2 de la convention relatif au calcul de la durée du travail, lequel stipule que « *le salarié porté effectue une prestation de travail pour une durée qui peut être équivalente à un temps partiel, à un temps plein, ou encore effectuer des heures de travail au-delà de 35 heures par semaine./(...) Le compte-rendu d'activité indique la répartition de la durée du travail sur les jours de la semaine ou les semaines du mois, laquelle peut évoluer selon les semaines ou les mois à l'initiative du salarié porté, et par voie de conséquence, sans délai de prévenance* ».

Contrairement à ce qui est soutenu ces stipulations ne sont pas contraires aux dispositions législatives fixant les mentions obligatoires du contrat de travail à temps partiel, les dispositions des articles L. 1254-21 et L. 1254-15 du code du travail, relatives aux clauses et mentions du CDD et du CDI en portage salarial et qui ne mentionnent pas la durée du travail, doivent nécessairement être regardées comme dérogoires aux dispositions générales.

De même, ces stipulations ne méconnaissent pas les dispositions législatives interdisant que le salarié à temps partiel, par un nombre trop élevé d'heures complémentaires, atteigne la durée légale de travail, lesquelles ne trouvent pas à s'appliquer dès lors qu'il résulte de l'article L. 1254-2 qu'il revient au salarié porté, auquel l'entreprise de portage salarial n'est pas tenue de fournir du travail, de convenir avec l'entreprise cliente « des conditions d'exécution de sa prestation », dont la durée de travail paraît naturellement relever.

⁹ En l'espèce font défaut des clauses relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes, aux conditions d'emploi à temps partiel et à la prévoyance.

Le dernier moyen ne vaut rien : il est soutenu que l'arrêté serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'il procède à l'extension de stipulations inadaptées à la réalité de la branche mais les stipulations critiquées se bornent à reprendre des dispositions législatives.

PCMNC au rejet de la requête de la FEPS et à ce que vous mettiez à la charge de cette dernière les sommes de 750 euros à verser à chacune des organisations syndicales de salariés ayant produit un mémoire en défense et 3 000 euros à verser au Syndicat des professionnels de l'emploi en portage salarial.