

N° 450379 – SMARTFR
N° 450380 – La Nouvelle Aventure

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 15 septembre 2021
Lecture du 6 octobre 2021

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Le portage salarial repose sur une relation triangulaire de travail. Une entreprise de portage conclut un contrat de travail avec un salarié, et l'affecte dans le cadre d'un contrat commercial de prestation à une entreprise cliente, en se rémunérant au passage par la perception d'une commission. En somme, l'entreprise de portage joue un rôle d'entremetteur entre « *un travailleur qui ne veut pas être un travailleur indépendant* » et une entreprise « *qui ne veut pas être employeur* »¹. La différence principale avec les opérations de travail temporaire réside dans le fait que c'est ici au travailleur de rechercher ses clients, ce qui explique que le portage soit réservé aux personnes justifiant d'un niveau de qualification et d'autonomie suffisant pour pouvoir prospecter et négocier elles-mêmes les conditions de leurs prestations. Longtemps perçu de façon négative par les syndicats et la doctrine travailliste² au motif que cette forme de gestion déléguée traduirait un contournement de la relation salariale, la reconnaissance légale du portage ne s'est amorcée qu'à partir de 2008³, et elle a été assortie de nombreux garde-fous. En particulier, s'agissant de l'entreprise de portage, il a été prévu qu'elle devait se déclarer préalablement auprès de l'inspection du travail, **qu'elle devait exercer cette activité de manière exclusive** et qu'elle devait disposer d'une garantie financière pour assurer le paiement du salarié même en cas de défaillance de l'entreprise cliente.

Le présent litige naît de la rencontre entre cette forme originale qu'est **le portage salarial et le régime d'assurance-chômage propre aux intermittents du spectacle**. Rappelons d'un mot que les artistes et techniciens du spectacle bénéficient, de longue date, d'un régime à part destiné à tenir compte de la spécificité de leurs conditions d'emploi, marquées par une succession erratique de contrats de travail souvent très courts et par d'importantes périodes de chômage. Ce particularisme est encadré par les annexes VIII (ouvriers et techniciens) et X

¹ *Le portage salarial : une sécurisation inaboutie*, J. Pélissier, Rev. Trav. 2010.292

² V. sur ce point : *Le portage salarial, ce mal-aimé*, C. Willmann, Dr. Soc. 2015.416

³ V. pour un historique : *Le portage salarial, un mélange des genres contractuels*, B. Mallet-Bricout, RTD civ. 2015.712

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

(artistes) au règlement d'assurance-chômage, dont le champ d'application est défini par rapport au domaine d'activité de l'employeur et à la fonction exercée par le travailleur. Lorsque la relation de travail relève de ces annexes, c'est Pôle Emploi et non l'URSSAF qui est chargé de recouvrer les cotisations employeurs (art. L. 5427-1 du code du travail). Pour ce faire, l'employeur doit alors remplir, au travers d'un « compte employeur » ouvert auprès de l'opérateur public, des « attestations employeur mensuelles » (AEM), dont l'objet est de récapituler les périodes de travail et les rémunérations versées à chaque salarié (art. R. 5422-6). Sur cette base, Pôle emploi peut ensuite vérifier que l'activité en cause relève bien du champ de ces annexes, puis calculer le montant exact des allocations dues à ces travailleurs.

Dans la présente affaire, sont en cause les sociétés SmartFr et La nouvelle aventure, qui se présentent comme des sociétés coopératives d'action collective dont le modèle consiste à aider les intermittents dans les tâches administratives induites par leur activité contre un prélèvement sur leurs revenus. Pôle emploi a estimé que les sociétés requérantes, même si elles se présentaient comme productrices de spectacles vivants, **exerçaient en réalité une activité de portage salarial**. L'opérateur public a déduit de ce constat qu'elles ne pouvaient entrer dans le champ des annexes VIII et X dès lors, nous l'évoquions, que l'activité de portage est exclusive de toute autre activité et que le portage ne fait pas partie des domaines relevant de ces annexes. Par décision du 31 août 2020, il a, en conséquence, notifié à ces sociétés la radiation de leur compte employeur à compter du 1^{er} octobre 2020. Concrètement, cette décision a une grande portée puisqu'une telle radiation fait obstacle à ce que les sociétés puissent déposer leurs AEM, ce qui bloque le versement des cotisations et empêche la prise en compte des périodes de travail correspondantes pour le calcul des droits des salariés concernés. Lourde de conséquences, cette décision a été critiquée par certains acteurs du secteur au travers d'une lettre ouverte adressée à plusieurs ministres⁴. Elle a aussi été contestée au contentieux, les sociétés saisissant la justice administrative d'un recours contre ces décisions. **Mais le tribunal administratif de Cergy Pontoise a rejeté ces requêtes au motif que leur examen relevait du juge judiciaire**. C'est cette solution d'incompétence qui est contestée par les requêtes dont vous avez à connaître.

Pour déterminer l'ordre de juridiction compétent, il convient tout d'abord de cerner la portée exacte des décisions en litige. Sur ce point, force est de constater que le fonctionnement du compte employeur n'est pas véritablement encadré : à notre connaissance, aucun texte ne prévoit les conditions dans lesquelles une telle radiation est susceptible d'intervenir. Dans ce silence, les décisions en cause doivent s'appréhender à nos yeux comme **le vecteur par lequel Pôle emploi matérialise son contrôle relatif à la bonne application du régime d'assurance-chômage**. A cette aune, de telles décisions ne constituent pas des sanctions, dont

⁴<https://blogs.mediapart.fr/les-invites-de-mediapart/blog/290920/la-cooperative-smart-en-france-et-ses-4-000-intermittents-menaces-par-pole-emploi>

la finalité serait de réprimer une faute⁵ ; elles s'assimilent davantage à des décisions individuelles qui se bornent à tirer les conséquences de ce que les sociétés en cause ne peuvent pas prétendre relever des annexes VIII et X.

Sur cette base clarifiée, vous pourrez alors trancher **la question de compétence**.

De prime abord, la réponse à apporter peut paraître simple : en effet, après tout, est ici en cause une décision prise par un établissement public administratif (EPA) dans le cadre de l'exercice des missions que lui a confiées le législateur. **La compétence du juge administratif semble, de ce fait, acquise**. En ce sens, nous relèverons d'ailleurs qu'en 2014, votre juge de l'urgence a estimé, en appel de référé-liberté, qu'un litige relatif à une radiation du compte employeur n'était pas manifestement insusceptible de se rattacher à la compétence du juge administratif⁶.

Mais, ce premier mouvement se heurte à **une réalité plus complexe**. En effet, vous savez que Pôle emploi se trouve dans une situation particulière puisqu'il est né de la fusion de l'ANPE et des organismes privés qu'étaient les Assedic. Au moment de la création de ce nouvel acteur unifié, le législateur a alors fait le choix, s'agissant des litiges de prestations, d'instaurer un « gel de la répartition du contentieux » à l'article L. 5312-12 du code du travail, en estimant que le juge antérieurement compétent le demeurerait. Autrement dit, si Pôle emploi agit pour le compte d'une personne privée et que le contentieux relevait avant 2008 du juge judiciaire, il ne vous revient pas d'en connaître⁷. Dans ce cadre, vous avez logiquement jugé que relevaient du juge judiciaire tous les litiges relatifs à l'assurance-chômage – qu'il s'agisse de l'attribution⁸, du paiement⁹ ou encore de la récupération des prestations versées pour le compte de l'organisme gestionnaire. A l'inverse, lorsque les litiges se rapportent au régime de solidarité¹⁰, ou lorsqu'ils ont trait aux missions de placement et d'accompagnement que Pôle emploi assure à la suite de l'ANPE¹¹, vous vous reconnaissez compétents. De façon emblématique, lorsque Pôle emploi émet désormais une contrainte, le juge compétent dépend ainsi du point de savoir si la somme en cause concerne des prestations servies au titre du régime conventionnel d'assurance chômage¹² ou au contraire si elle se rapporte à des créances administratives¹³.

⁵ V. sur la qualification de sanction, les intéressants développements de J. Lessi dans ses conclusions sur la décision : CE, 24-02-2016, *Mme Faulon*, n° 378257, B

⁶ JRCE, 22-05-2014, *Société sacrée Prod*, n° 379943, C

⁷ V. sur le principe : CE, avis, 25-11-2013, *M. O... et autres*, n° 369051, A

⁸ CE, 4 SSJS, 14-06-1989, *P...*, n° 100964, C

⁹ CE, 10 SSJS, 27-06-1990, *M. X...*, n° 110821, C

¹⁰ TC, 07-04-2014, *Mme B... c/ Pôle emploi Languedoc-Roussillon*, n° 3946, B ; CE, 26-04-2018, *M. Lenoir*, n° 408049, B ; CE, 21-10-2019, *Pôle emploi*, n° 421250, B

¹¹ V. par exemple CE, 28-12-2018, *M. K... et syndicat CGT des chômeurs et précaires de Gennevilliers-Villeneuve-Asnières*, n° 411846, B

¹² V. sur ce point Cass. soc., avis, 18-10-2018, n° 18-70.009

¹³ V. sur ce point les éclairantes conclusions de M. Sirinelli sur la décision Pôle emploi (précitée) et la décision TC, 08-06-2020, *M. Rolland c/ Pôle emploi*, n° 4187, C

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Or, avec cette clé de répartition en tête, nous sommes fermement d’avis que ce litige relève de l’ordre judiciaire. En effet, nous l’évoquions, **tout l’enjeu est de savoir si un employeur relève ou non d’un sous-régime de l’assurance-chômage**. Par suite, si ce litige ne porte pas à proprement parler sur les prestations servies par Pôle emploi au titre du régime conventionnel, il en constitue, à nos yeux, le préalable indissociable.

Trois arguments supplémentaires nous déterminent en ce sens.

En premier lieu, **la jurisprudence judiciaire est déjà engagée dans cette voie**. En effet, la Cour de cassation s’est déjà reconnue compétente pour statuer sur un litige de radiation du compte employeur¹⁴ concernant le groupement des Assedic de la région parisienne, à la suite duquel venait Pôle emploi. Plus récemment, en 2017, le tribunal de grande instance (TGI) de Paris a rendu un arrêt remarqué sur la possibilité pour une société de portage d’entrer dans le champ des annexes VIII et X, en confirmant, d’ailleurs, l’approche rigoureuse de Pôle emploi¹⁵.

En deuxième lieu, **l’économie générale du système plaide également en faveur de la compétence du juge judiciaire**. En effet, nous l’évoquions, s’agissant des intermittents, l’article L. 5427-1 prévoit que les contributions nécessaires au financement de l’assurance-chômage sont recouvrées par Pôle emploi pour le compte de l’organisme gestionnaire, et l’article L. 5422-16 prévoit que les différends relatifs à ce recouvrement « *relèvent du contentieux de la sécurité sociale* ». Aussi, à supposer même que vous assimiliez le présent litige à un contentieux du recouvrement au motif que l’AEM permet à Pôle emploi de veiller, ensuite, au bon recouvrement des cotisations dues, vous retomberiez également sur la compétence du juge judiciaire.

En troisième lieu, nous ne sommes pas convaincu par l’approche des requérantes qui vous invite à reconnaître votre compétence au motif que **les décisions litigieuses traduiraient l’exercice de prérogatives de puissance publique**. D’une part, si vous nous suivez dans notre manière d’appréhender les décisions individuelles litigieuses, il nous semble que celles-ci se limitent en réalité à mettre en œuvre les stipulations conventionnelles et ne révèlent l’exercice d’aucune prérogative de puissance publique¹⁶. D’autre part, et en tout état de cause, le critère de l’exercice de prérogatives de puissance publique ne saurait, ici, être déterminant. En effet, comme l’expliquaient déjà S. Boissard¹⁷ et C. Devys à ce pupitre¹⁸, votre jurisprudence s’est historiquement construite sur l’idée que la compétence judiciaire découlait de la nature particulière des règles régissant l’assurance-chômage, **qui est un régime**

¹⁴ Cass. soc., 29-09-2014, n° 13-19.023, Bull. 2014, V, n° 210

¹⁵ https://www.village-justice.com/articles/Une-societe-portage-peut-pas-porter-valablement-des-intermittents-spectacle-TGI,24861.html?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter&utm_campaign=RSS

¹⁶ V. en ce sens CE, 15-07-2004, *M. Dussap*, n° 265313, C

¹⁷ CE, 27-06-2011, *Société Sofécome*, n° 221535, B

¹⁸ Conclusions sur *M. Dussap* (précité)

conventionnel de droit privé quand bien même son entrée en vigueur est subordonnée à un arrêté ministériel d'agrément¹⁹. Autrement dit, face à un acte pris en application du régime d'assurance-chômage, vous avez toujours fait primer – dans un souci de lisibilité – le critère tenant à la nature intrinsèque de ce régime, sans vous arrêter au fait que la mission en cause relevait pourtant du service public et qu'elle était susceptible de s'exercer au travers de prérogatives de puissance publique. Or, compte tenu de la règle de cristallisation déjà évoquée, il nous semble que la substitution, depuis 2008, d'une personne publique à des personnes privées n'a pas vocation à remettre en cause cette orientation aussi constante qu'ancienne.

Au total, nous vous proposons de **confirmer la solution d'incompétence retenue par le tribunal administratif**. Précisons, toutefois, que, pour pouvoir vous prononcer, vous devrez mobiliser l'article R. 351-5-1 du code de justice administrative (CJA), qui vous permet de vous prononcer sur des conclusions se rapportant à un litige ne relevant pas de la compétence de la juridiction administrative, nonobstant les règles relatives **aux voies de recours au sein de la juridiction administrative**. C'est qu'en effet ces requêtes dirigées contre deux jugements revêtent le caractère d'un appel dès lors qu'en tout état de cause²⁰ l'article R. 811-1 du CJA ne saurait trouver à s'appliquer à une matière qui ne relève pas de la compétence du juge administratif.

PCMNC au rejet des requêtes et au rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions présentées en défense au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

¹⁹ CE, 29-07-1994, *Assemblée nationale et fédérale d'associations de sous-officiers de carrière de l'armée française*, p. 389

²⁰ Nous ne pensons pas – contrairement à ce qu'indiquait le courrier de notification – que si vous étiez compétents, vous pourriez connaître directement de ce litige en cassation puisque ce dernier ne relève d'aucune des hypothèses égrenées à l'article R. 811-1 du CJA dans lesquelles le tribunal administratif statue en premier et dernier ressort. En particulier, nous ne pensons pas que ce litige relève de ceux « relatifs aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide sociale » (1° de cet article). Comme nous vous l'expliquions récemment à l'occasion de l'affaire *Région Réunion* (CE, 15-07-2020, n° 436276, B), la fermeture de l'appel pour ces litiges s'inscrit dans une volonté de prévoir une économie procédurale propre aux contentieux sociaux, lesquels – malgré leur forte hétérogénéité – présentent plusieurs traits communs, à savoir la fragilité des publics concernés, la nécessité subséquente d'une résolution rapide des litiges et le poids déterminant des considérations factuelles. Or, ici, la radiation du compte employeur – si elle a évidemment un impact sur l'activité de la société – ne prive cette dernière d'aucune prestation ou allocation. A ce titre, le présent litige s'assimilerait plutôt aux litiges engagés par un tiers par lequel l'aide transite (CE, 1 CJS, 26-10-22017, *SAP 87*, n° 407290, B / CE, 09-02-2018, *Société Iso Concept*, n° 410100, B) ou qui est indirectement concerné par celle-ci (CE, 12-10-2018, *Association Ohaleï Yaacov – Le silence des justes*, n°s 420940 et s., B), litiges que votre jurisprudence a déjà exclus du champ du 1° de cet article R. 811-1.