N° 455941 – FEDEP-S et autres
N° 456007 - CGT

4ème et 1ère chambres réunies

Séance du 20 mars 2023
Lecture du 12 avril 2023

Conclusions

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

La convention collective nationale de branche des salariés en portage salarial ne vous est pas inconnue. Dans le cadre d'un premier dispositif institué par l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, qui se bornait à renvoyer à la négociation collective le soin de définir le régime juridique de ce qui était encore un mode relativement nouveau d'organisation du travail, vous aviez été saisi de l'arrêté d'extension d'un premier accord national professionnel du 24 juin 2010 et vous aviez, à cette occasion, renvoyé au Conseil constitutionnel la QPC portant sur ce même article 8. Après que le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution pour incompétence négative[1], vous en avez tiré les conséquences en annulant l'arrêté d'extension (CE, 7 mai 2015, STÉ VENTORIS IT ET AUTRES, 370986, T).

Dans le nouveau cadre juridique du portage salarial, introduit dans le code du travail par l'ordonnance 2015-380 du 2 avril 2015, une convention collective de branche a été conclue le 22 mars 2017 et, par votre décision du 6 novembre 2019, *Fédération des entreprises de portage salarial (FEPS)*, 412051, B, aux conclusions de notre collègue Raphaël Chambon, vous avez rejeté les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté du 28 avril 2017 qui procédait à son extension.

Est aujourd'hui en cause l'extension d'un avenant à cette convention collective, conclu le 23 avril 2018. Vous êtes saisi en excès de pouvoir de conclusions tendant à l'annulation de cet arrêté du 21 mai 2021 par deux requêtes. D'une part, la Fédération des entreprises de portage salarial (FEDEP'S), association qui entend promouvoir de bonnes pratiques dans ce secteur, ainsi que trois entreprises de portage salarial. D'autre part, la CGT qui, après avoir signé l'avenant attaqué, a dénoncé sa signature. Vous pourrez joindre ces deux requêtes également recevables pour statuer par une seule décision.

Nous commencerons, au risque de paraître méconnaître une certaine rigueur de méthode, par les moyens touchant à la validité de la convention elle-même, ce qui nous permettra non seulement d'examiner les moyens par ordre croissant de difficulté mais, surtout, de commencer par vous présenter de quoi traite l'avenant en cause.

Le portage salarial est un dispositif triangulaire : un travailleur, le salarié porté, conclut avec une entreprise cliente la réalisation d'une prestation pour une somme qu'il a librement négociée avec elle mais il ne sera rémunéré ni comme un travailleur indépendant ni comme un salarié de l'entreprise cliente. Le salarié apporte en effet l'affaire à une entreprise de portage salarial qui conclut, avec l'entreprise cliente, un contrat commercial de portage salarial et qui perçoit le prix de la prestation accomplie par le salarié porté. Ce dernier est lié à l'entreprise

[1] décision 2014-388 QPC du 11 avril 2014

de portage salarial par un contrat de travail, lequel déroge au droit commun notamment parce que ce n'est pas l'employeur qui apporte le travail au salarié, mais l'inverse, et que le salarié n'a pas droit au versement d'un salaire pendant la période où il ne réalise pas de prestation pour l'entreprise cliente (II de L. 1254-21). Ce dispositif permet donc, à l'entreprise, d'externaliser la gestion et les coûts salariaux et, au travailleur, de bénéficier des avantages du statut de salarié alors que les conditions économiques de prospection de sa clientèle et de réalisation de ses prestations se rapprochent de celles que connaît un professionnel indépendant.

Le point de difficulté à l'origine du présent litige porte sur la détermination des sommes que l'entreprise de portage salarial est en droit de déduire du prix perçu par l'entreprise cliente avant versement du salaire au salarié porté. Ces sommes incluent non seulement la rémunération de l'entreprise de portage salarial mais aussi les frais qu'elle supporte pour le compte du salarié porté à raison de la prestation réalisée. Les articles L. 1254-15 du code du travail (pour le CDD) et L. 1254-21 (pour le CDI) renvoient aux clauses du contrat de travail le soin de déterminer notamment les modalités de calcul et de versement : de la rémunération du salarié porté, de l'indemnité d'apport d'affaire, des charges sociales et fiscales, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels.

Pour l'application de ces dispositions, l'article 21-2 de la convention collective de branche du 22 mars 2017 a prévu un dispositif en deux temps. Les frais de gestion sont d'abord déduits du prix de la prestation hors taxe encaissé par l'entreprise de portage salarial. La somme ainsi obtenue, appelée « montant disponible » est alors affectée au paiement non seulement de la rémunération et des indemnités dues au salarié mais aussi des cotisations et prélèvements sociaux et fiscaux et de divers autres charges ou provisions lesquelles ne sont énumérées de manière limitative ni dans la convention collective ni dans le code du travail, contrairement à ce que soutient la FEDEP'S.

Une des difficultés tient à la détermination ce qui entre dans les frais de gestion ou dans les divers prélèvements auxquels il est procédé. Le renvoi au contrat de travail n'interdit pas des abus que la FEDEP'S entend combattre et dont elle donne quelques exemples édifiants. Au-delà de pratiques déviantes, c'est une difficulté pour la transparence des frais déduits sur la somme qui revient finalement au salarié porté et c'est une difficulté pour la concurrence entre les entreprises de portage salarial car le taux de frais de gestion car ce taux constitue en pratique la principale information affichée par les entreprises de portage salarial pour attirer la clientèle des salariés portés alors qu'il peut recouvrer des réalités très différentes selon qu'il inclut ou non certains frais. Est en particulier en cause la question de savoir si la somme correspondant aux impôts de production dont l'entreprise de portage salarial s'acquitte à raison du chiffre d'affaires apporté par le salarié porté doit être répercutée sur le salarié au travers des frais de gestion ou faire l'objet d'un prélèvement distinct au titre des prélèvements fiscaux.

C'est à cette question qu'entend principalement répondre l'avenant critiqué qui ajoute dans la convention un article 21-5 qui fait « sortir » des frais de gestion trois séries de prélèvements désignés comme « *liées à l'activité directe du salarié porté* ». Il s'agit :

–D'abord, des contributions sociales obligatoires réglées par l'entreprise de portage salarial, notamment de la médecine du travail et l'AGEFIPH ;

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.

– Ensuite, des contributions fiscales, et notamment, de la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) et la contribution sociale de solidarité des sociétés (C3S) ;

– Enfin, des autres charges qui couvrent les salariés portés, leurs activités, leurs biens et leurs avoirs, et tout autre risque et service lié à l'activité du salarié porté (on comprend qu'il s'agit principalement de primes d'assurance).

Même s'il ne répond pas aux attentes des requérants, le dispositif améliore la précision et la transparence du dispositif. En faisant « sortir » des frais de gestion, les prélèvements liés à l'activité directe du salarié porté, il permet de mieux distinguer, d'une part, ce qui relève de la rémunération de l'entreprise de portage salariale et, d'autre part, les frais et charges prélevés.

Ces précisions ont ainsi pour seul objet d'harmoniser la détermination de questions que la loi renvoie au contrat de travail. Les partenaires sociaux n'ont donc nullement méconnu leur compétence. Contrairement à ce qui est soutenu, l'avenant n'ajoute pas des frais à ceux qui sont mentionnés aux articles L. 2154-15 et 21 du code du travail et qui sont désignés par une formule large (« *charges sociales et fiscales, des frais de gestion et, le cas échéant, des frais professionnels* »), formule qui n'implique à elle seule aucune exclusion ou inclusion. L'avenant ne méconnaît pas davantage la désignation du redevable de la CVAE qui, en application de l'article 1586-ter du code général des impôts, est et demeure (enfin, jusqu'à la suppression annoncée de cette contribution), la société de portage salarial. Elle n'a pas davantage d'incidence sur les modalités de calcul de la CVAE acquittée par l'entreprise de portage salarial et ne règle pas la question des modalités de détermination de la part de CVAE répercutée sur le salarié, laquelle demeure fixée par le contrat de travail.

La FEDEP'S soutient qu'en « sortant » ces prélèvements des frais de gestion, ces dispositions permettent aux entreprises de portage salarial d'afficher des taux de frais de gestion artificiellement bas. La CGT soutient quant à elle que l'avenant laisse des imprécisions quant à la liste des frais qui peuvent être imputés. Il n'est pas contestable qu'il existe encore des marges de progrès pour garantir la transparence et la lisibilité des prélèvements assurés par les entreprises de portage salarial. Toutefois, ces reproches nous paraissent sans incidence sur la validité de la convention qui n'a pas pour objet d'énumérer de façon exhaustive les frais qui peuvent ou non être imputés au salarié et, moins encore à réguler les marges bénéficiaires des entreprises de portage salarial.

L'avenant dont l'extension est attaquée ne constitue donc ni l'outil de moralisation ou de modération des frais que les requérants appellent de leurs vœux ni l'approbation des pratiques abusives qu'ils dénoncent. Il ne constitue qu'un outil d'harmonisation, au sein de la branche, quant aux modalités d'imputation de certains frais et sa validité ne nous paraît pas pouvoir être sérieusement mise en cause

Venons-en aux moyens qui critiquent les vices propres de l'arrêté d'extension

*** Les deux requêtes présentent un premier moyen de légalité externe qui critique le <u>délai</u>** qui s'est écoulé entre la demande d'extension de l'avenant par les partenaires sociaux et l'arrêté d'extension. A la suite de la demande d'extension, le ministre a publié au *Journal officiel* l'avis d'extension en octobre 2018 et il s'est écoulé deux ans et demi avant la réunion

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.

de la sous-commission des conventions et accords de la Commission nationale de la négociation collective puis, le lendemain, la signature de l'arrêté.

Les requêtes invoquent les dispositions de l'article R. 2261-8 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, qui prévoyait que le silence gardé pendant plus de six mois par le ministre chargé du travail saisi d'une demande d'extension vaut décision de rejet.

- En défense, il est d'abord soutenu que cet article n'est applicable qu'aux avenants salariaux et que le moyen est donc inopérant. Il est exact que l'article en cause est placé à la fin d'une sous-section du code du travail consacrée à l'extension des avenants salariaux.

Toutefois, cet emplacement ne suffit pas à en limiter le champ d'application. La lettre de l'article le rend applicable aux demandes d'extensions formées « *en application de l'article L. 2261-24 du code du travail* », ce qui inclut toutes les procédures d'extension. Un peu d'archéologie dans l'adoption du nouveau code du travail en 2008 incite à penser que l'emplacement de cet article, qui résulte de la fusion de deux articles identiques qui, dans l'ancien code, étaient placés dans des sections différentes, correspond à une petite erreur de plan dans le nouveau code du travail et non à une volonté de réduire aux seuls avenants salariaux le champ d'application de la règle instituant une décision implicite de rejet.

On observera que cette malfaçon vient d'être corrigée par un décret du 24 février dernier[2] qui a, d'une part, replacé dans les dispositions générales du code du travail sur l'extension des accords la règle de décision implicite de refus après un délai de six mois (R. 2261-4-7) et, d'autre part, ce décret a créé une règle propre aux avenants salariaux, avec un délai de décision implicite de rejet réduit à deux mois (R. 2261-5). Nous observons enfin que, par des décisions certes non fichées, vos chambres jugeant seules ont déjà fait application des dispositions de l'article R. 2261-8 à des procédures d'extension d'accords qui n'avaient pas le caractère d'avenants salariaux (4ème CJS, 18 juillet 2018, *Syndicat national des professions de l'architecture et de l'urbanisme*, 389395, C ou 1ère CJS, 12 juillet 2018, *Confédération nationale de la boulangerie*, n° 409068, C).

Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R. 2261-8 du code du travail est donc opérant.

Les requérants soutiennent que dès lors qu'une décision implicite de rejet était née à l'expiration du délai de six mois prévu par cet article, l'article L. 242-3 du code du travail faisait interdiction au ministre de retirer sa décision implicite de rejet (née au printemps 2019) après quatre mois.

En défense, il est soutenu, à juste titre, que l'adoption de l'arrêté d'extension, acte réglementaire qui ne vaut que pour l'avenir, n'a pas pour effet de retirer la décision implicite de refus de prendre l'arrêté mais seulement de l'abroger de sorte que l'article L. 243-3 n'est pas applicable. Il est de jurisprudence constante qu'il n'y a jamais de droit acquis au maintien d'une réglementation[3] (et donc pas davantage de droit au maintien de l'absence de réglementation).

---

[2] Décret n° 2023-98 du 14 février 2023 portant application des dispositions de la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat en matière de négociation collective et d'épargne salariale

[3] CE, 19 décembre 1980, *Denis et autres*, n°11538, B ; CE, 11 décembre 2013, *et Mme T... M. et Mme P...* ,

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.

Il nous semble donc que l'expiration du délai de six mois prévu par le code du travail a pour seul effet de faire naître une décision qui peut être attaquée par les organisations qui ont demandé l'extension. En revanche, la naissance d'une décision implicite de rejet ne prive pas le ministre de la possibilité de prendre à tout moment un arrêté d'extension.

Vous pourriez vous demander, en sollicitant un peu le moyen, si la naissance de la décision implicite de refus n'impose pas au ministre, s'il entend procéder à l'extension, de reprendre la procédure depuis le début, c'est-à-dire de procéder à la publication d'un nouvel avis aux fins d'extension. Nous ne trouvons pas de fondement dans le code du travail pour imposer une telle exigence et, en l'absence de changement dans les circonstances de droit ou de fait, nous ne voyons pas ce qui pourrait obliger le ministre à reprendre une publication de l'avis d'extension.

En tout état de cause, si vous estimiez que le ministre était tenu de reprendre la procédure et de republier, il vous appartiendrait d'examiner si l'irrégularité résultant de l'absence de nouvelle publication a été de nature à exercer une incidence sur le sens de l'arrêté. Et, à cette question, une réponse négative paraît s'imposer car nous ne voyons pas quelle incidence l'absence de nouvelle publication a pu exercer sur le sens de la décision prise (pour l'application de la jurisprudence « D... » aux irrégularité touchant la publication de l'avis d'extension : 19 juin 2013, *Fédération professionnelle des entreprises du sport et des loisirs*, n°352898, B ; 17 mars 2017, *SNPA*, 396835,396837, B ou encore 6 novembre 2019, *FEPS*, 412051 précitée). Sur ce point, d'ailleurs, la requête de la FEDEP'S, qui soutient que le dépassement du délai a « nécessairement » exercé une incidence sur la décision, n'apporte à l'appui de cette affirmation, aucun élément.

* Le moyen le plus sérieux, soulevé seulement par la requête de la CGT, est un moyen de légalité interne qui invoque la **méconnaissance des dispositions de l'article L. 2261-23-1 du code du travail**. Comme vous le savez, l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a introduit dans le code du travail cet article qui subordonne l'extension d'un accord à la présence de stipulations relatives aux entreprises de moins de 50 salariés, « sauf justifications ».

En défense, le ministre soutient que ces dispositions sont entrées en vigueur le 24 septembre 2017 alors que la négociation de l'avenant en cause était déjà en cours et qu'il a été décidé, en CNNCEFP, pour des raisons de sécurité juridique, de n'imposer des clauses « petites entreprises » en application de ces dispositions, que pour les accords conclus à compter du 31 décembre 2018.

On ne peut s'empêcher d'observer qu'un rapport de France Stratégie de décembre 2021 sur les ordonnances « travail »[4] indique que ce n'est en réalité que depuis le 1er janvier 2021 que les accords non conformes aux dispositions de l'article L. 2261-23-1 font l'objet d'un refus d'extension.

L'argumentation du ministre, selon laquelle le principe de sécurité juridique imposait de reporter dans le temps l'entrée en vigueur de la réforme, ne saurait convaincre. D'une part, les modalités d'entrée en vigueur de cet article L. 2261-23-1 ont été précisées spécialement par

---

n° 362987, 363029, B - Rec. T. pp. 424-624

[4] fs-2021-ordonnances-travail-rapport2021-_decembre.pdf (strategie.gouv.fr)

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.

l'ordonnance du 20 décembre 2017[5] laquelle prévoit, à son article 4, que cet article s'applique « *aux conventions et accords conclus postérieurement à la date de publication de l'ordonnance* » du 22 septembre.

Or, vous jugez certes que le principe de sécurité juridique fait obligation au pouvoir réglementaire de prévoir un délai raisonnable pour l'entrée en vigueur d'une réglementation nouvelle, mais vous prenez soin d'exclure de cette obligation celles des dispositions réglementaires dont la date d'entrée en vigueur est directement rendue nécessaire par une disposition législative (CE, 22 septembre 2022, *CNB et SAF*, n° 436939, 437002, T). En effet, si l'autorité investie du pouvoir réglementaire doit édicter les mesures transitoires nécessaires au respect de la sécurité juridique, c'est, selon les termes de votre décision de Section du 13 décembre 2006, *Mme L…*, 287845, A et T, « *dans les limites de sa compétence et dans le respect des règles qui s'imposent à elle* ».

[5] Ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social

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.

D'autre part, l'article L. 2261-23-1 n'a pas pour objet d'imposer aux partenaires sociaux d'introduire des clauses relatives aux petites entreprises dans les conventions collectives. Depuis la loi « travail » du 8 août 2016[6], l'insertion dans les accords et conventions collectifs de clauses sur les petites entreprises est et demeure une simple faculté. C'est ce que prévoit l'article L. 2232-10-1. L'article L. 2261-23-1 interdit quant à lui au ministre d'étendre un accord conclu postérieurement au 23 septembre 2017 et qui ne comporterait pas, sauf justification, de stipulations prises en application de l'article L. 2232-10-1. C'est donc à la date de la décision du ministre que la question de l'application dans le temps de cet article se pose et la sécurité juridique ne pouvait justifier de la reporter de plus d'un an.

L'article L. 2261-23-1 est donc applicable à l'extension de l'avenant contesté et le ministre a entaché sa décision d'erreur de droit en estimant que tel n'était pas le cas.

L'arrêté d'extension doit-il être annulé pour ce seul motif ?

Nous avouons avoir eu un instant d'hésitation à vous proposer cette solution. En effet, comme l'indique le rapport de France Stratégie que nous venons d'évoquer, les conventions collectives soumises à extension depuis l'entrée en vigueur de la réforme se répartissent à une écrasante majorité (sinon dans leur totalité) en deux catégories : celles qui, comme dans la présente affaire, ne comportent aucune clause spécifique aux petites entreprises, et celles qui comprennent une clause « type » selon laquelle il n'y a pas lieu d'y introduire de telles dispositions (tel était le cas de la convention sur laquelle nous avons conclu devant vous le 8 février dernier à la requête de la SPEDIDAM – affaire n° 456775).

Faire dépendre la légalité de l'arrêté d'extension de la seule circonstance que la convention étendue comprend ou non une telle clause type nous paraîtrait non seulement excessivement formaliste mais surtout, risquerait de priver largement les dispositions de l'article L. 2261-23-1 du code du travail de leur objet qui est d'imposer aux partenaires sociaux de prendre effectivement en considération la situation des petites entreprises. Il convient d'observer que, dans de nombreuses branches, les petites entreprises ne bénéficient pas, en CNNCEFP, d'une représentativité leur permettant de s'opposer à la conclusion d'accords ou même de former opposition au projet d'extension.

A tout le moins conviendrait-il de juger que la présence d'une clause type dans la convention, prévoyant qu'il « n'y a pas lieu », ne prive pas le requérant de la possibilité d'invoquer, à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté d'extension, des moyens critiquant les « justifications » qui ont conduit à ce choix. Il nous paraît évident que la présence d'une clause type dans la convention ne saurait constituer un motif péremptoire de respect des exigences de l'article L. 2261-23-1 du code du travail, et on doit se poser la question de savoir si, réciproquement, l'absence d'une telle clause suffirait à condamner l'arrêté d'extension.

Vous pourriez ainsi estimer qu'indépendamment de la présence ou de l'absence d'une clause type dans la convention, la question principale pour apprécier la légalité de l'arrêté d'extension est l'existence ou non des « justifications » invoquées pour ne pas prévoir des dispositions spécifiques aux petites entreprises.

[6] Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

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.

Toutefois, il nous semble en définitive que la présente affaire ne vous permet pas de répondre à ces interrogations car la question n'est pas ici de savoir si les motifs pour lesquels il a été décidé de ne pas introduire de stipulations « petites entreprises » dans l'avenant en cause constituent des « justifications » au sens de l'article L. 2261-23-1 du code du travail.

Le motif invoqué, le différé d'application, était étranger à cette notion de justification ; il est radicalement erroné et cette erreur emporte l'illégalité de l'arrêté d'extension. Voyez, pour l'illégalité de la décision de ne pas prendre un acte d'application de la loi pour un motif que cette dernière ne permet pas, votre décision du 28 mars 2012, *M. B... et Association nationale des société d'exercice libéral*, n°343962, 349300, A et T.

Faisant droit à un moyen de la requête de la CGT, vous annulerez l'arrêté d'extension et vous pourrez dire n'y avoir lieu à statuer sur la requête de la FEDEP'S et autres. Dans les circonstances de l'espèces, nous vous invitons à rejeter les conclusions présentées par les requérantes au titre des frais non compris dans les dépens, les mêmes conclusions présentées en défense ne pouvant quant à elles qu'être rejetées.

Tel est le sens de nos conclusions

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.