

LE LÉGISLATEUR VA-T-IL SAUVER LE PORTAGE SALARIAL ?

LA CHRONIQUE JURIDIQUE D'AVOSIAL

Le syndicat des avocats d'entreprise en droit social

AMÉLIE D'HEILLY
GLH ASSOCIÉS



La question de la survie du portage salarial peut se poser. La solution adoptée dans un récent arrêt de la Cour de cassation confirme que le dispositif législatif concernant le portage salarial doit être complété pour que le système se pérennise.

Le 4 février, dans l'arrêt n° 13-25.627 (publié au Bulletin), la Cour de cassation a adopté une solution assez similaire à celle du 17 février 2010 (pourvoi n° 08-45.298). Dans les deux affaires, le salarié avait été engagé par la société de portage salarial pour assurer des missions avec le statut cadre auprès d'une société tierce. Le salarié porté avait ensuite été licencié au motif qu'il n'avait pas respecté la clause d'objectifs de son contrat de travail, qui lui faisait obligation de conclure avant la fin de sa mission en cours une ou des missions nouvelles.

À la suite de leur licenciement, les salariés concernés par ces deux affaires avaient saisi la juridiction prud'homale aux fins de voir juger leur licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans l'affaire de 2010 comme dans celle de février 2014, le

conseil de prud'hommes, la cour d'appel puis la Cour de cassation ont fait droit aux demandes du salarié, estimant que le licenciement était effectivement dépourvu de cause au motif que « la conclusion d'un contrat de travail emporte pour l'employeur obligation de fourniture du travail ».

Il est donc clair, à la lecture de ces deux décisions, que les sociétés de portage salarial n'ont plus le droit de licencier un salarié porté au motif qu'il resterait sans mission quand bien même son contrat prévoirait une telle possibilité.

La Cour de cassation fait ainsi une pleine application des règles d'ordre public du Code du travail dont le portage salarial relève, puisque la loi n'écarte pas expressément cette application. Or l'une des règles d'ordre public essentielle est l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au salarié contre une rémunération.

Dans le cadre de son recours en cassation contre la décision de la cour d'appel de Paris du 10 septembre 2013, la société de portage salarial avait bien tenté de faire valoir que l'économie même du portage salarial repose sur le fait que c'est au salarié porté qu'il appartient de trouver des missions auprès d'entreprises clientes. Ainsi, selon elle, le salarié porté n'était soumis au régime du salariat que pour ce qui concernait sa rémunération et ses accessoires. Dès lors, l'entreprise de portage salarial ne pouvait être tenue de fournir du travail au salarié porté. C'est bien dans cet esprit que le portage salarial a vu le jour.

Cependant, le seul article relatif au portage salarial est l'article L. 1251-64 du Code du travail issu de la loi du 25 juin 2008, qui stipule que « le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes

comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle ». Cet article, en se limitant à prévoir « le régime du salariat » pour le salarié porté, est assez peu clair, mais, a priori, c'est toute la relation de travail qui est une relation de salariat, impliquant alors pour la société de portage l'obligation de fournir du travail au salarié qu'elle porte.

L'ANI du 24 juin 2010 n'avait pas plus clarifié la situation d'autant que le Conseil constitutionnel avait réduit la portée obligatoire de ce texte en estimant que le législateur ne pouvait laisser le soin aux partenaires sociaux de fixer le régime juridique du portage salarial (Cons. Const. QPC du 11 avril 2014, n° 2014-388).

Une ordonnance devrait intervenir afin de déterminer les conditions essentielles du portage salarial, puisque la loi de simplification de la vie des entreprises a habilité le gouvernement à intervenir par ce biais.

À défaut, il est à craindre que l'activité de portage ne disparaisse. Le portage salarial est né, dans les années 1980, de la nécessité de permettre aux cadres de créer leur emploi tout en limitant les risques. C'est autant de personnes qui ne remplissent pas les rangs de Pôle emploi. Il serait dommage qu'en obligeant l'entreprise de portage à trouver des clients pour les salariés qu'elle porte, la Cour de cassation ait annoncé la mort du portage salarial. ♦