

LA LÉGALITÉ DES SOCIÉTÉS DE PORTAGE

Débat avec Me Bruno Denkwicz, et la salle

Avant de poser un certain nombre de questions, présentons le débat et l'environnement de ce débat. D'abord, que sont les « sociétés de portage », et je prends ce terme-là mais il y en a d'autre, société de « salariat libéral » ou société « d'indépendance salariée ». Les applications sont sans doute différentes mais les principes de bases identiques : la société de portage apporte un service consistant à salarier la personne indépendante qui pour nous reste un freelance. Dans notre acception, le terme freelance caractérise en effet un professionnel qui prospecte sa clientèle, négocie la mission et les termes du contrat, et réalise lui-même le travail. Certains freelances préfèrent commencer leur carrière à l'abri d'une société de portage.

Pour quelles raisons ? principalement pour minimiser le risque de démarrage, et souvent pour être débarrassé de la lourdeur de la paperasserie administrative. Que fait la société de portage ? elle propose un contrat de travail au freelance, émet le contrat vis-à-vis du client, et rémunère le freelance avec un bulletin de paye.

Mais un certain nombre de personnes, aux Assedics, au Ministère du Travail et ailleurs, estiment que ces structures sont illégales. Bruno Denkwicz est avocat au Cabinet Jacques Barthélémy, et spécialiste du droit du travail. Me Denkwicz, qu'en pensez-vous ?

Bruno Denkwicz : Le portage salarial est de création relativement récente, un peu plus de 5 ans. Le Code du Travail au fur et à mesure qu'il s'est constitué, n'avait sûrement pas l'optique de traiter du portage salarial. Dans le cas du portage salarial, on a une relation contractuelle entre un employeur et un employé, entre un porteur et un porté, qui c'est vrai peut donner l'impression d'anticiper sur l'évolution du contrat de travail. Ce qui est sûr, c'est que la définition classique du contrat de travail, c'est à dire l'exercice d'une activité sous la subordination d'une autre personne moyennant une rémunération, continue d'exister et de s'appliquer aux entreprises en général, et donc au portage. Mais Jacques Barthélémy l'a rappelé quand il a parlé des médecins et des avocats, la notion de lien de subordination peut prendre des formes tout à fait particulières.

Dans le Cabinet Barthélémy, nous pratiquons le salariat et cela ne nous empêche pas d'exercer les uns comme les autres une profession libérale. Simplement il faut faire la différence entre, disons, l'exercice d'une subordination en terme d'exercice du pouvoir disciplinaire et en terme notamment de droit et de rupture du contrat de travail, et puis l'exercice de ce lien de subordination qui va se matérialiser par de simples conditions matérielles d'exécution du travail. Il y a aussi indépendance dans l'exercice de l'art chez les médecins, chez les avocats, chez les experts comptables, et pourquoi pas chez des profession non réglementées. A partir du moment

où il y a une telle évolution de la relation de travail, le contrat de travail pur et dur a dû connaître quelques assouplissements, et il est certain que dans le cas du portage salarial, on a une autre illustration de ces assouplissements.

Il y a donc, vous l'avez dit tout à l'heure, un contrat de travail entre le porteur et le porté. Entre l'entreprise de portage et le client il y a une convention de prestations de service, et donc, au total, une relation triangulaire. Ce qu'on est en train d'évoquer en ce début d'année 2001, c'est peut être le débat qui a existé il y a plus de 40 ans à propos du travail intéri-

maire. Quand le travail intérimaire n'était pas réglementé, ceux qui s'intéressaient à la question à l'époque se rappellent qu'il était qualifié de travail scélérat, illégal, et autres noms malsonnants. Pour le portage salarial, il est vrai qu'il y a eu quelques articles virulents, c'est plus facile de dire que c'est illicite que d'essayer d'en défendre la pratique.

Le Syndicat des Entreprises de Portage Salarial existe, il est représenté par plusieurs personnes et j'ai vu dans la salle son vice-président, M. de Sevin, qui pourra intervenir. Les entreprises qui fonctionnent en portage salarial payent des cotisations, emploient des salariés, elles le font en relation avec les Urssaf, avec les caisses de retraites complémentaires, avec l'Unedic. Il est vrai que quelques organismes sociaux s'interrogent sur le portage salarial. Vous avez cité le cas de l'Unedic : celle-ci est amenée à indemniser des personnes qui sont à la recherche d'un emploi, et/ou des personnes qui sont toujours demandeurs d'emplois tout en étant par ailleurs salariées dans une société de portage salariale, parce que le cumul entre une prestation Assedic et un revenu est légal, dans certaines limites.

MP : *puisque'on parle de l'Unedic, le scandale soulevé est différent. Une personne salariée dans une société de portage, lorsqu'un client paie une somme de 100, va toucher comme salaire net à peu près 50 parce qu'il y a 10 % de frais revenant à la société de portage et 40 % de cotisations sociales, patronales et salariales. Salaire brut : environ 70. Cette personne, ayant terminé la mission chez son client, va bénéficier des allocations chômage. Elle va donc toucher 57 % de son salaire précédent, c'est-à-dire environ 40, presque autant que lorsqu'elle était dans la société de portage. Il y aurait des gens qui se font embaucher dans une société de portage pendant 3 ou 6 mois, qui touchent un salaire, puis se mettent au chômage pendant 6 mois, et recommencent ensuite. C'est là le « vrai scandale » dénoncé. Qu'en pensez-vous ?*

BD : je crois que vis à vis de l'Unedic, cela été dit tout à l'heure par Jacques Barthélemy, il y a effectivement refus d'assurer le cumul d'une activité non salariée avec des prestations chômage. Si un non salarié pouvait faire examiner son cas par la commission paritaire de l'Unedic, les choses se présenteraient différemment. Le système d'indemnisation de l'Unedic n'est pas forcément très incitatif à la reprise à l'activité, *a fortiori* d'une activité non salariée. Deuxièmement, je crois que l'Unedic réagit par rapport à des cas qui ont pu être portés à sa connaissance où il n'y a pas eu forcément déclaration de la reprise d'une activité par le salarié. Par contre, les entreprises de portage salarial font régulièrement la déclaration de l'activité de salarié porté. Ce que dit l'Unedic, c'est que, s'ils étaient non salariés, les freelances en inter-contrat ne toucheraient pas d'indemnités de chômage,

et ma réponse c'est que c'est là que réside le scandale, c'est que, en tant que non salarié, ils ne touchent pas de chômage

Il est vrai que quand vous considérez quelqu'un qui prétend cotiser aux Assedic, à qui il a écrit très clairement : « Il est bien évident qu'entre nous il n'y a aucune relation de subordination », cela ne peut que faire sursauter les Assedic. Il est évident que, dans ce cas, le consultant a été exclu du régime chômage.

Par ailleurs, il y a le problème de prêt de main d'œuvre et de marchandage, qui ferait tomber le portage salarial sous le coup de l'article L.125-1 du Code du Travail et L.125-3 en ce qui concerne le délit de marchandage. Dans cette optique, il serait considéré que l'entreprise de portage salarial met à la disposition d'entreprises utilisatrices des salariés sans passer par la réglementation du travail temporaire. Je dirais qu'il y a des différences, à savoir que, dans le cas de l'entreprise de travail temporaire, c'est celle-ci qui trouve le client et qui met à sa disposition des salariés. Alors qu'avec le portage salarial, on est dans un contexte différent et avec une démarche différente.

Ensuite, il ne faut pas oublier ce qui fait la licéité d'une convention de mise à disposition, qui est la pratique de l'entreprise de portage salarial : elle met à la disposition d'un client une personne qui est son salarié. Pour être licite, cette convention doit ne pas se résumer à fournir des heures de travail, elle doit concerner une prestation, un savoir-faire, je dirais une expertise, et la rémunération doit être forfaitaire.

Troisièmement, pour être vraiment une convention mise à disposition, il ne faut pas que le porté soit sous l'autorité du client, et Jacques Barthélemy en a fait la distinction dans son propos. Le porté, qui a négocié et conclu le contrat avec le client, à parité – parce qu'il a l'expertise et que le client ne l'a pas – ne peut être sous l'autorité du client. Voilà, par rapport au prêt de main d'œuvre, les éléments de réponses, sachant que c'est une accusation qui est souvent portée contre le portage salarial. Il n'y a pas eu jusqu'à maintenant de condamnation prononcée sur cette question. Par rapport au délit de marchandage, délit consistant à éluder l'application de dispositions conventionnelles applicables dans l'entreprise utilisatrice si le porté avait été recruté par elle, on s'aperçoit qu'en pratique il n'y a pas forcément préjudice pour celui qui va exercer la mission. Enfin, comme c'est lui-même qui a négocié les modalités de la mission, on peut penser qu'il l'a fait en connaissance de cause, et on peut même dire qu'il est mieux placé que n'importe quel salarié pour discuter le tarif de sa prestation.

LE POINT DU VUE DES SOCIÉTÉS DE PORTAGE

M. de Sevin (vice-président du Syndicat des Entreprises de Portage Salarial) : je voudrais apporter quelques précisions sur ce point de vue. La première, je pense qu'il serait sage qu'au lieu de passer son temps à se demander si le portage salarial est légal ou illégal, licite ou illicite, on s'assise autour d'une table, et qu'on commence à analyser les fondements de l'ensemble de ce concept et de son fonctionnement. Il est très clair qu'il y a une motivation permanente du législateur des pays développés qui subsiste à la base d'un de ce concept, et qui est parfaitement respecté. Il s'agit du respect mutuel des intérêts des parties en présence, c'est à dire que chaque partie retrouve son compte lorsque les services d'une société de portage sont utilisés par le consultant. Venir sonner à notre porte en disant : « Voilà, je veux vous confier la facturation des prestations que je veux réaliser pour telles ou telles entreprises qui sont mes clients » est une manifestation très nette de la volonté du consultant.

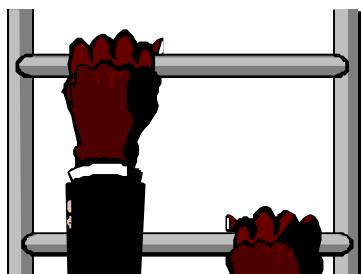
A partir de ce moment là, nous allons signer avec lui une convention d'adhésion par laquelle nous allons accepter le fait qu'il nous confie ou qu'il souhaite nous confier la facturation de ses prestations. Généralement, ces conventions d'adhésions n'ont aucune exclusivité, c'est à dire qu'aujourd'hui, le consultant peut passer par une société de portage, demain par une autre, après demain, il peut très bien signer un CDI en direct chez son client, etc. Il n'y a aucune exclusivité, cela n'altère donc en rien sa liberté de

comportement. A partir du moment où le consultant a prospecté lui-même, tout seul, l'ensemble de ses clients potentiels, à partir du moment où il a trouvé une opportunité et négocié les conditions du déroulement de la mission, il va nous dire : « J'ai une opportunité pour réaliser une mission. Mon premier objectif, c'est de rester sous le statut salarié, j'ai capitalisé sous tous les régimes par répartition, j'ai capitalisé sous le régime Assedic, etc. Je veux garder l'accès à ces avantages, donc je vous demande de prendre en charge la facturation de mes prestations. » Nous n'avons pas été concernés par la prospection, nous n'avons pas démarché d'entreprises, ni négocié les conditions, puisque c'est lui qui va nous les faire connaître. Jusqu'à ce moment là, je vous rappelle qu'il est notre client, c'est à dire que nous sommes son prestataire de service.

Ce n'est qu'à partir du moment où nous allons rédiger le contrat de prestation de service en fonction de ses informations que nous prenons la responsabilité civile et professionnelle de cette mission, et c'est uniquement pour cette mission qu'on peut salarier ce consultant. A partir du moment où le contrat de prestations de service nous revient signé, nous le signerons nous même et nous allons signer un contrat de travail avec le consultant, qui l'autorisera à réaliser cette mission comme salarié de notre société et en tant qu'intervenant extérieur chez son client. Ce qui veut dire que la société qui va lui donner sa mission, qui aurait peut-être dû être autrefois son employeur, devient son client. Je pense qu'on peut dire et raconter ce qu'on veut, essayer de voir s'il y a conformité ou non conformité, on ne peut pas aller à l'encontre d'une évolution des conditions de travail, commandées par les marchés économiques, par les aspects sociaux et par l'évolution sociologique, également, car il y a recherche d'autonomie dans l'organisation de son activité et refus du lien de subordination hiérarchique.

Je crois qu'il est important de comprendre que nous ne cherchons pas à faire du légal ou de l'illégal, ce qui est important c'est que nous soyons dans le cadre de la réglementation, peut être en frontière mais à l'intérieur, et qu'il convient, comme le disait Me Bruno Dienkiewicz, tout à l'heure, de commencer à pouvoir dégager une réglementation qui va détailler nos modes de fonctionnement. Je vous remercie.

MP : Merci beaucoup, Monsieur de Sevin, pour ces précisions, je crois qu'on était en train d'évoquer avec Me Dienkiewicz quelque chose qui va tout à fait dans votre sens, à savoir que le fonctionnement des sociétés de portage se situe, vous l'avez dit vous-même, dans une frange de droit pas très bien définie parce que le droit n'a pas encore évolué par rapport aux besoins de la société professionnelle.



LA SUBORDINATION, LE DROIT D'AUTEUR, LES CONVENTIONS COLLECTIVES

BD : Je crois que sur le sujet de la subordination, Jacques Barthélémy a très bien fait la distinction entre le subordonné au sens originel du terme, et le développement de l'activité professionnelle qui a fait, avec le temps, évoluer le salariat. Dans l'état actuel du droit positif, on ne peut pas affirmer qu'il n'y aura pas lien de subordination entre le porté et le porteur, puisque très concrètement il y a un contrat conclu entre ces deux personnes, un contrat de travail. Certes, on peut dire que la notion de contrat de travail est une notion d'ordre public qu'on ne choisit pas – on est salarié au sens du contrat de travail où on ne l'est pas –, mais en l'occurrence, à partir du moment il y a exercice d'un lien de subordination, qui au besoin va se limiter au traitement des conditions matérielles et administratives, le simple fait que vous ayez évoqué qu'un porté puisse être licencié par sa société de portage montre bien aussi, qu'il y a une relation de travail donnant lieu à indemnisation par rapport à la situation. On ne peut pas sérieusement contester l'existence du contrat de travail.

La notion d'indépendance où de subordination – c'est la même chose puisque c'est l'opposé – n'est pas universelle. Ce qui est caractéristique de l'indépendance dans l'exercice d'une profession libérale, c'est l'indépendance dans *l'exercice de l'art*. Ce qui est caractéristique d'un contrat de travail, c'est la subordination au niveau des *conditions de travail*. Si on voulait considérer que la notion d'indépendance est universelle, il n'y aurait pas de médecins salariés dans les cliniques, il n'y aurait pas d'avocats salariés, il n'y aurait pas d'experts-comptables salariés parce qu'ils exercent leur art dans l'indépendance totale. C'est dans les conditions de travail que se matérialise la subordination juridique, c'est-à-dire là où s'exécute la relation. En revanche, il est vrai que chaque fois qu'il y a indépendance technique, cela a des effets sur la responsabilité. Un expert-comptable salarié, contrairement à quelqu'un qui a le même niveau que lui dans une entreprise, engage sa responsabilité civile professionnelle. Dans cette perspective, il faut distinguer la responsabilité de l'employeur dans l'entreprise de portage, s'agissant des conditions de travail, et la responsabilité personnelle du professionnel dans l'exercice de son art, qui doit être assurée par le professionnel au nom de son indépendance technique. Dans notre profession, l'avocat salarié est couvert par la responsabilité civile du cabinet d'employeur, c'est une obligation légale, mais qu'en est-il dans d'autres professions ?

MP : *je note que le contrat de travail signé entre le porteur et le porté est un contrat qui établit un lien de subordination aux conditions de travail et respecte une indépendance technique dans l'exercice de la profession. Parmi les autres questions, en voici une : est-ce qu'une société de portage*

qui se permettrait de démarcher la clientèle resterait dans le cadre de la légalité ?

BD : Je crois qu'effectivement, M. de Sevin l'a dit, le concept de portage implique que le client soit le client du porté, et non le client de l'entreprise. Il en a aussi l'exclusivité, c'est à dire qu'il le garde quand il quitte la société de portage. Il garde le client comme tout prestataire, c'est à dire que très concrètement, il a une relation avec une entreprise, il la conserve ou non. De même, très concrètement, un salarié porté peut très bien être salarié de plusieurs entreprises de portage parce qu'il n'est pas attaché exclusivement à l'une d'entre elles, et peut très bien apporter des missions à plusieurs entreprises de portage en même temps ou successivement.

MP : *le droit d'auteur, il garde ses droits d'auteur sur toutes les œuvres bien qu'étant salarié ?*

BD : il faut distinguer, dans le cas du droit d'auteur et dans le cadre du salariat, ce qui concerne l'exercice de la mission et ce qui peut être fait en dehors de la mission. Ce qui est fait dans le cadre de la mission appartient à l'entreprise qui a facturé le client, mais l'œuvre produite était-elle l'objet même de la mission rémunérée par le client à l'entreprise de portage ? L'objet de la mission appartient à qui ?

Un traducteur littéraire a des droits d'auteur sur l'œuvre qu'il a traduite, il ne peut pas être salarié d'une société de portage. C'est vrai pour les intermittents du spectacle, c'est vrai pour tous les artistes, c'est vrai pour les interprètes.

MP : *dernière question, y a-t-il une convention collective des sociétés de portage ?*

BD : je pense que sur le terrain conventionnel, certaines entreprises de portage font application de la convention collective des bureaux d'études du Syntec. D'autres sociétés de portage ne font pas d'application de la convention collective des bureaux d'études parce que leur activité de portage n'entre pas dans le champ de l'application de cette convention. C'est donc une option que prennent ou ne prennent pas certaines entreprises de portage, mais c'est leur responsabilité d'employeur, et le syndicat des entreprises de portage salarial est en discussion avec différentes fédérations syndicales pour concevoir les modalités de l'accompagnement de la relation contractuelle qui existe actuellement.

DIALOGUE AVEC LA SALLE

Philippe Grelard (société Intervenance) : nous ne faisons pas partie du syndicat des entreprises de portage salarial, mais allons quand même dans le même sens. Je suis d'accord avec Monsieur de Sevin, il faut arrêter de se poser la question si c'est légal ou illégal, il faut avancer. Il y a deux syndicats professionnels, le Syntec et la Chambre Syndicale des Conseils de France, qui ont travaillé et fait évoluer, il y a deux ans, le contrat de chantier du BTP, qui est un CDI se terminant de fait à la fin du chantier. Ceci a évolué grâce à des ingénieurs, estimant qu'une mission d'ingénieur technique est un chantier intellectuel. Ce contrat de chantier, qui existe dans le droit du travail, a été appliqué dans une autre profession, pour pouvoir permettre de faire des chantiers intellectuels et terminer le contrat à la fin du chantier. Terminés les licenciements, terminés les CDD. Est-ce que ça ne peut pas s'appliquer dans d'autres métiers ?

XXX : je me présente, je fais partie de la Chambre Syndicale des Formateurs Consultants, administrateur de la région Rhône Alpes. J'aimerais rebondir à propos des sociétés de portage. D'abord, j'aimerais rappeler qu'il pourrait être intéressant d'élargir le débat et de considérer que les sociétés de portage sont des intermédiaires offrant un statut de salarié à un travailleur indépendant. Il n'y a pas que le portage salarial, d'autres intermédiaires offrent aussi des statuts de salarié. Il y a d'autres expériences, il y a des sociétés de portage qui ont un statut d'association, par exemple des regroupements de consultants ou de travailleurs indépendants qui s'organisent pour acquérir un statut salarié, etc.

Jean Paul Eybert, Syntec Informatique, syndicat informatique de la fédération Syntec. Comme cela a été dit, effectivement, ce qui rassemble Syntec Informatique, Syntec Conseil, Syntec Ingénierie et la C.I.C.F. c'est la convention collective, et je voulais apporter une précision concernant le contrat de chantier. Ce contrat de chantier est spécifique aux sociétés adhérentes de la branche Syntec-Ingénierie. On avait souhaité, dans notre branche informatique, une adaptation, une extension de cette notion de contrat de chantier, mais à ma connaissance, elle n'a pas été acceptée à ce jour.

Le deuxième point qui m'étonne un peu concerne le fait que les sociétés de portage n'aient pas d'activité commerciale, je veux dire de recherche de clientèle vis-à-vis par exemple des sociétés de services. Je suis étonné car je suis personnellement approché par des sociétés de portage qui souhaitent avoir accès à notre base de données, de façon à prospecter en direct nos sociétés de services ou nos éditeurs de logiciels.

BD : je ne suis pas sûr d'être le mieux placé pour répondre à

cette question de pratique parce que vous faites référence à des faits. Autant le portage salarial est ici défendu dans son fondement, autant on peut introduire des distinctions par rapport à des modes d'activité qui causent difficulté par ailleurs. Qu'il y ait telle ou telle entreprise qui puisse avoir une pratique non conforme à la déontologie du portage salarial tel qu'élaborée par le syndicat des entreprises de portage salarial, c'est autre chose mais peut être que le SEPS peut en parler mieux que moi.

Jean de Sevin : oui, là-dessus, je crois qu'il faut être très clair et je vais vous donner le résultat de l'enquête commanditée par Martine Aubry il y a 18 mois, et confiée à la Direction Générale de l'Enseignement et de la Formation Professionnel du Ministère du Travail, qui elle-même l'a confiée au Grep, un Groupement d'enquêtes sur les procédures pédagogiques fonctionnant au niveau européen. Le président du SEPS a rencontré le président du Grep, qui a constaté qu'il y avait 80 entités en France pratiquant aujourd'hui du portage. Sur ces 80 entités, 18 le pratiquent exclusivement, ce qui veut dire que les autres le pratiquent simultanément à d'autres activités, ce qui n'est pas conforme à ce que nous souhaitons. Sur ces 18, il y en a 12 qui pratiquent en sociétés commerciales, les 6 autres étant des associations.

Leurs conclusions sont plus qu'enthousiastes, constatant que c'est un moyen qui permet de soutenir très nettement le retour à l'emploi, le retour dans l'entreprise, qui favorise la création d'entreprises. En effet, la société de portage héberge des personnes venant en quelque sorte faire leur premier pas comme créateurs d'entreprise, et permet également à certains consultants de pouvoir se livrer à l'exercice de quelques compétences, ce qu'ils ne peuvent pas forcément faire dans leur activité principale, à temps partiel ou temps plein. Combien d'entre nous, un jour où un autre, ont-ils eu l'occasion de pouvoir intervenir à droite ou à gauche, en dehors de notre profession directe, mais à ce moment là, comment fait-on pour facturer ?

Je n'ai pas toutes les conclusions en tête, mais je peux vous citer les deux recommandations principales que le Grep soumet au gouvernement. La première, c'est de se prononcer définitivement sur le portage salarial ou de donner un avis officiel. La deuxième consiste à mettre en œuvre la réglementation de cette nouvelle forme d'emploi, et de prévoir un système de garanties que pourrait accorder la société de portage à ses consultants lorsqu'ils sont en mission, garantie bien évidemment financière, dans le style du système qui existe dans le travail temporaire. Je crois qu'il est important de comprendre que l'on est véritablement au départ d'une révolution en terme de forme d'emploi. Toute la législation, Jacques

Barthélemy le rappelait tout à l'heure, a toujours été conçue en France de l'entreprise vers le salarié. Pour la première fois, on est dans un cas où l'on demande d'exercer une profession qui va nécessiter une réglementation du salarié vers l'entreprise.

M. Paysant, voilà ce que je souhaitais vous dire en terme d'avancée de la réglementation. Je pense qu'il faut

arrêter de dire que le portage est illégal. Dans la médecine, dans la pharmacie, dans n'importe quel corps de métier, vous avez des escrocs, ce n'est pas une raison pour dire que la pharmacie ou la médecine est illégale. Dans le portage, il y a des choses très bien qui se font, il y a des choses peut être moins bien, à chacun d'être vigilant pour confier ses intérêts à des gens sérieux. Merci.