

Stéphanie Fuld / Jean-Tristan Michel

## **Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses**

---

Le Portage Salarial est l'une des récentes évolutions du monde du travail. Créée par la pratique, cette structure permet à un indépendant de déléguer à une Entreprise de Portage la gestion de son dossier auprès des assurances sociales, devenant ainsi son salarié, et bénéficiant par voie de conséquence des avantages de ce statut au regard des assurances sociales. Venue de France, cette structure s'implante petit à petit en Suisse. Il a paru utile aux auteurs de l'analyser, tant sous l'angle du droit privé que du droit des assurances sociales.

---

Domaine(s) juridique(s): Droit du travail; Articles scientifiques

Proposition de citation : Stéphanie Fuld / Jean-Tristan Michel, Le Portage Salarial : analyse en droit du travail et des assurances sociales suisses, in : Jusletter 22 octobre 2012

**Table des Matières**

- I. Préambule
- II. Première définition du portage salarial
- III. Le Portage Salarial en droit suisse des contrats
  - A. Les obligations des parties en détail
    - 1. Les obligations de la Société de Portage
    - 2. Les obligations du Porté
    - 3. Les obligations des clients du Porté
    - 4. Cas d'application
  - B. Comparaison avec le contrat de travail
    - 1. Un travail
    - 2. Un salaire
    - 3. Un lien de subordination
    - 4. Un élément de durée
    - 5. Synthèse
  - C. Comparaison avec d'autres contrats et groupes de contrats
    - 1. Comparaison avec la stipulation pour autrui
    - 2. Comparaison avec le mandat
    - 3. Comparaison avec le Chèque service
    - 4. Comparaison avec le contrat d'entreprise
    - 5. Comparaison avec la location de services
    - 6. Synthèse
  - D. La question de la responsabilité contractuelle
- IV. Le Portage Salarial du point de vue des assurances sociales
  - A. Qualification et critères retenus par Cour d'Appel de Toulouse et le TGI de Paris
    - 1. Critères de l'activité dépendante ou indépendante retenues par les autorités sociales suisses
    - 2. Application des critères susvisés à la relation de Portage
      - a. Doive se procurer lui-même les mandats et agir en son propre nom et pour son propre compte
      - b. Doit encourir les pertes
      - c. Doit supporter le risque d'encaissement et de ducroire
      - d. Doit supporter les frais généraux et opérer des investissements importants et doit occuper du personnel et utiliser ses propres locaux commerciaux
- V. Conclusions

**I. Préambule**

[Rz 1] Le monde du travail a, depuis près de 30 ans, muté de manière fondamentale. Afin de s'adapter à l'économie changeante, de nouveaux modes de travail, permettant à ceux qui cherchent un nouvel emploi, souhaitant créer une entreprise ou développer une activité en toute autonomie sans devoir pourtant créer leur propre structure juridique, se sont révélés.

[Rz 2] L'un de ces nouveaux modes de travail est le Portage Salarial.

[Rz 3] Si nos voisins européens, notamment français ont interpellé les pouvoirs publics sur la nécessité, d'une part, de reconnaître le Portage Salarial comme un mode de travail à part entière et d'autre part, de lui donner un cadre juridique, la Suisse, bien que confrontée à ce mode de travail dans la pratique, n'est à ce jour dotée d'aucune législation ou instrument juridique permettant de qualifier les rapports complexes que nouent les différentes parties à la relation.

[Rz 4] Sans prétendre à l'exhaustivité, par le biais de cette contribution, nous allons tenter de mettre en lumière quelques problématiques liées à ce mode de travail, notamment

en ce qui concerne la qualification des rapports entre les parties et les conséquences que les diverses qualifications peuvent engendrer tant au regard du droit du travail que sous l'angle de la sécurité sociale.

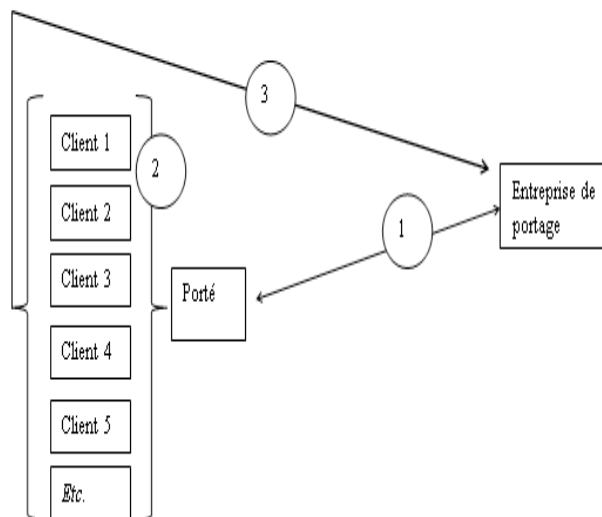
[Rz 5] Face à l'ampleur grandissante du phénomène en Suisse, il nous a semblé utile d'étudier cette construction de plus près en donnant, en premier lieu, une explication succincte de la construction juridique telle que retenue par le législateur français (II) puis de l'examiner tant sous l'angle du droit suisse des contrats (III.) que sous l'angle du droit de nos assurances sociales (IV.).

**II. Première définition du Portage Salarial**

[Rz 6] Le Portage Salarial pourrait être défini comme le fait, pour un **indépendant**, quel qu'il soit (appelé le Porté), de déléguer à un tiers (la Société/Entreprise de Portage ou le Porteur), moyennant rémunération, l'encaissement de ses honoraires et l'acquittement sur ceux-ci de charges sociales, puis le versement du solde en mains du Porté (fig. 1, ch. 1). Cela implique que le Porté demande à ses clients de payer en mains de l'Entreprise de Portage (fig. 1, ch. 3)<sup>1</sup>.

[Rz 7] L'intérêt de cette construction est, outre l'allègement

La relation de Portage Salarial



[Rz 8] Cette formule s'est énormément développée en

<sup>1</sup> V. ég. Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, n° RG 06/08817, p. 3. Ce jugement est disponible sur le site fr.wikipedia.org, article Portage salarial, ad n. 4 (consultation du 22 mai 2012). V. aussi Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n° RG 11/04135, p. 4. Cet arrêt est disponible sur le site <http://avocats.fr/space/gregoire.bravais>, rubrique Blog, chronique du 29 mars 2012 (consultation du 23 mai 2012).

France, depuis son apparition dans les années huitante, au point d'avoir déjà suscité une intervention législative<sup>2</sup>.

[Rz 9] Ainsi, l'article L. 1251-64 CTrav<sup>3</sup> dispose que « [l]e 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 ».

### III. Le Portage Salarial en droit suisse des contrats

[Rz 10] Après avoir passé en revue les obligations principales des parties afin de mieux cerner cette construction qu'est le Portage Salarial (A.), nous procéderons à une comparaison avec le contrat de travail (B.), puis avec d'autres contrats (C.), avant de nous attarder un peu sur la question de la responsabilité contractuelle (D.), afin de parfaire le tableau que nous souhaitons en donner.

#### A. Les obligations des parties en détail

[Rz 11] Nous passerons successivement en revue les obligations de la Société de Portage (1.), celles du Porté (2.) puis celles des clients de ce dernier (3.). Enfin, nous verrons quelques cas d'application (4.).

##### 1. Les obligations de la Société de Portage

[Rz 12] Vis-à-vis du Porté, la Société de Portage s'engage à encaisser les honoraires facturés par le Porté à ses clients. Ensuite de quoi, elle s'engage à déclarer son « salarié » (le Porté) auprès des organismes d'assurance sociale compétents. Suite à cette déclaration, le Porteur va additionner l'entier des honoraires encaissés sur le mois, prélever dessus les différentes cotisations sociales (part employé et part employeur) puis sa propre rémunération. Le solde sera reversé mensuellement au Porté comme un « salaire ».

[Rz 13] En pratique, la rémunération du Porteur se calcule sous la forme d'un pourcentage, généralement dégressif, se situant en moyenne entre 5 et 15% de l'ensemble des contrats conclus par le Porté avec ses clients.

[Rz 14] A ce stade, on perçoit mal une quelconque obligation de la Société de Portage vis-à-vis des clients du Porté, si ce n'est le fait de mettre à disposition un moyen d'encaisser les paiements.

[Rz 15] Par exception toutefois, il est (rarement) prévu dans

le contrat de Portage Salarial que le Porteur se charge également du recouvrement.

##### 2. Les obligations du Porté

[Rz 16] Le Porté est au cœur de cette complexe construction contractuelle. En effet, il est, pour ainsi dire, à l'origine du Portage Salarial, puisqu'une telle structure juridique est mise en place principalement pour répondre à sa volonté d'être considéré comme un salarié du point de vue des assurances sociales et ainsi lui offrir une protection sociale allant au-delà de celle de l'indépendant.

[Rz 17] En outre, le large éventail des qualifications juridiques possibles que l'on peut attribuer à la relation entre le Porté et le Porteur tourne systématiquement autour de lui, ainsi que nous le verrons plus bas (*infra*, B et C).

[Rz 18] Vis-à-vis de ses clients, le Porté est un prestataire de services et leur relation est régie par les règles contractuelles idoines (mandat, entreprise, etc.), à cette différence près que les honoraires du Porté seront payés en mains de l'Entreprise de Portage.

[Rz 19] Toutefois, ainsi que le souligne d'ailleurs l'article L. 1251-64 CTrav *in fine* pour le droit français, il sied de préciser ici que la clientèle du Porté reste sa propriété exclusive et que l'Entreprise de Portage, quelle que soit l'intensité de ses liens avec le Porté, ne peut y prétendre à aucun titre<sup>4</sup>. En effet, l'idée principale du Portage Salarial est de déléguer la gestion de son statut s'agissant des assurances sociales, aucunement de céder sa clientèle.

[Rz 20] Les engagements du Porté vis-à-vis de la Société de Portage sont plus complexes. Au minimum, le Porté s'engage vis-à-vis du Porteur à ce que ses clients payent en mains de ladite entreprise.

[Rz 21] Mais ces engagements peuvent également être plus importants ; le Porté peut par exemple devoir réaliser un chiffre d'affaires minimum, requérir l'aval de l'Entreprise de Portage pour chaque contrat qu'il passe avec ses clients, ou être astreint à justifier de ses activités par la rédaction d'un rapport mensuel, etc. L'éventail des possibilités est fort large et le Porté peut, d'un excès à l'autre, se trouver soit dans la position d'un véritable indépendant, qui a simplement délégué la gestion de ses assurances sociales à un tiers (l'Entreprise de Portage), ou se retrouver véritablement employé au sein d'une structure rigide et contraignante. Nous examinerons plus loin des exemples concrets (*v. infra*, ch. III.A.4).

##### 3. Les obligations des clients du Porté

[Rz 22] L'obligation principale des clients du Porté est de

<sup>2</sup> V. l'art. 8 de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, devenu l'art. L. 1251-64 du Code du travail.

<sup>3</sup> Code français du travail.

<sup>4</sup> V. p.ex. Jugement TGI Paris précité ad n. 1, où il est souligné que les clients sont propriété des salariés Portés (p. 4), quand bien même les contrats sont signés entre l'Entreprise de Portage et lesdits clients, la société se réservant le droit de refuser des contrats (p. 7).

payer la prestation de celui-ci. La différence avec une relation contractuelle classique réside dans le fait que le paiement s'effectue en main de l'Entreprise de Portage, alors que le Porté est celui qui exécute la prestation.

[Rz 23] Il se pose ici une question : que se passerait-il dans l'hypothèse où le client paierait non en main de l'Entreprise de Portage, mais en main du Porté ? Serait-il valablement libéré de ses obligations ? En principe, sous réserve de disposition contractuelle à ce sujet, il nous faut répondre par la négative. Son obligation étant de payer en main de l'Entreprise de Portage, le client n'est pas libéré s'il paye en main du Porté.

[Rz 24] Toutefois, la bonne foi (art. 2 CC) impose au Porté de réagir et d'aviser son client de son erreur. En pratique, le Porté ne communiquera que les coordonnées bancaires de l'Entreprise de Portage, une telle question ne devrait donc se poser qu'en cas de paiement à la main.

[Rz 25] A part le paiement auprès d'elle, les clients n'ont aucune obligation particulière vis-à-vis de l'Entreprise de Portage.

#### 4. Cas d'application

[Rz 26] Le TGI Paris a, en date du 18 mars 2008, rendu un jugement au terme duquel il a reconnu à des travailleurs licenciés par l'Entreprise de Portage avec laquelle ils travaillaient le droit de bénéficier des prestations de l'assurance chômage (Assedics). Cette dernière avait dans un premier temps refusé ces prestations au motif qu'ils étaient non des employés mais des indépendants, le contrat de travail dont se prévalaient les Portés étant fictif. L'argumentation principale des Assedics reposait sur l'absence, selon eux, de lien de subordination, absence qui a conduit les Assedic à nier l'existence d'un contrat de travail. En revanche, le Tribunal, en examinant ces contrats, a conclu à l'existence d'un contrat de travail, et, par conséquent, au droit aux prestations de l'assurance chômage pour ces Portés.

[Rz 27] Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il a été rendu avant l'adoption de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008, dont l'art. 8 est aujourd'hui l'art. L. 1251-64 CTrav, relatif au Portage Salarial.

[Rz 28] Si l'on reprend les faits de ce jugement, les contrats de portage (Société ITG) faisant l'objet du litige prévoyaient les points suivants :

- rédaction par le Porté d'un rapport mensuel sur ses activités, relatant les heures ou jours travaillés avec indication du type d'activité ainsi que les frais de mission correspondants<sup>5</sup>. A noter que le règlement intérieur précisait que tout jour non renseigné correspondait à une absence non justifiée et ne donnait, en conséquence, pas lieu à rémunération<sup>6</sup> ;
- mise à disposition de moyens matériels, mise en

place des institutions de représentation du personnel et d'un accord de participation par l'Entreprise de Portage<sup>7</sup> ;

- soumission du Porté à un règlement intérieur<sup>8</sup> et à des règles disciplinaires<sup>9</sup>, que le Porté soit chez le client ou dans les locaux de l'entreprise ;
- la rémunération des Portés prenait en compte les jours et heures de travail ainsi que le temps consacré à la prospection et à la formation<sup>10</sup> ;
- la rémunération était composée d'une partie fixe correspondant aux minima prévus dans la convention collective de branche<sup>11</sup> ;
- la gestion des factures était effectuée par l'Entreprise de Portage<sup>12</sup> ;
- le Porté était responsable de prospecter les entreprises susceptibles de faire appel à ses services, de négocier les conditions de sa prestation, mais le résultat de cette négociation devait être validée, ou non, par l'Entreprise de Portage<sup>13</sup> ;
- les Portés étaient propriétaires de leur clientèle à l'exclusion de l'Entreprise de Portage qui n'avait aucune prétention dessus<sup>14</sup> ;
- les contrats étaient signés entre les clients et l'Entreprise de Portage, qui s'était réservé le droit de refuser certaines missions<sup>15</sup> ;
- les objectifs étaient fixés par la Société de Portage en accord avec le Porté, et leur non-respect pouvait entraîner le licenciement<sup>16</sup>.

[Rz 29] La Cour d'appel de Toulouse (ci-après CA Toulouse) a rendu le 22 mars 2012 un arrêt dans lequel elle a confirmé l'application de l'art. L. 1251-64 CTrav. Dans le cas d'espèce, Pôle Emploi avait refusé de considérer un contrat de Portage Salarial comme un contrat de travail et avait en conséquence refusé les allocations chômage à un Porté licencié. L'argumentation était similaire à celle développée par les Assedics devant le TGI Paris (*v. supra*), en ce sens que Pôle Emploi soutenait l'absence de lien de subordination et par voie de conséquence l'inapplicabilité de la disposition topique du Code du Travail, soit l'art. L. 1251-64. La Cour d'Appel a, en substance, décidé que l'existence d'une relation de Portage

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Jugement du TGI Paris précité ad n. 1, p. 8.

<sup>10</sup> Jugement TGI Paris précité ad n. 1, p. 4.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Jugement du TGI Paris précité ad n. 1, p. 5.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Jugement du TGI Paris précité ad n. 1, p. 7.

<sup>16</sup> Jugement du TGI Paris précité ad n. 1, p. 8.

<sup>5</sup> Jugement TGI Paris précité ad n. 1, p. 4.

<sup>6</sup> Ibid.

Salarial impliquait l'application de l'art. L. 1251-64 CTrav, indépendamment de l'existence ou non d'un lien de subordination, par ailleurs admis en l'espèce.

[Rz 30] Dans cet arrêt, le contrat de Portage (Société ABC Portage) prévoyait les obligations suivantes :

- un salaire mensuel brut fixe<sup>17</sup> ;
- le contrat de Portage Salarial était à durée indéterminée<sup>18</sup> avec un temps d'essai<sup>19</sup> ;
- il renvoyait aux dispositions du CTrav, à la convention collective applicable ainsi qu'aux organismes de cotisations sociales<sup>20</sup> ;
- le Porté était engagé à temps complet<sup>21</sup> ;
- une obligation de fidélité limitée : le Porté déclarait être libre de tout autre engagement et s'engageait à informer l'Entreprise de Portage de son intention d'exercer une autre activité professionnelle<sup>22</sup> ;
- le Porté était soumis notamment (*sic* !) à un règlement intérieur ainsi qu'aux règles d'hygiène et de sécurité<sup>23</sup> ;
- la Société de Portage nommait un superviseur pour le Porté, lequel contrôlait les tâches confiées<sup>24</sup>, notamment au travers du rapport mensuel que le Porté devait sur ses activités<sup>25</sup>.

[Rz 31] Dans ces deux cas (TGI Paris et CA Toulouse), concernant deux entreprises différentes, le lien de subordination était particulièrement prononcé, les salariés Portés étant soumis à un grand nombre d'obligations contractuelles, ainsi qu'au risque de licenciement en cas de manquement.

[Rz 32] Dans un tel cas de figure, la qualification du contrat de portage en contrat de travail ne surprend guère.

[Rz 33] Il sied de préciser ici qu'en droit français, l'existence ou non d'un lien de subordination ne change rien à la qualification juridique puisque la loi (art. L. 1251-64 CTrav) impose la qualification en contrat de travail dès lors que l'on est en présence d'un cas de Portage Salarial. Nous allons voir qu'il en va différemment en droit suisse.

## B. Comparaison avec le contrat de travail

[Rz 34] Le contrat de travail en droit suisse se caractérise par quatre éléments principaux<sup>26</sup> :

- un travail ;
- un salaire ;
- un lien de subordination entre l'employeur et le travailleur ; et
- un élément de durée.

[Rz 35] Nous allons voir dans quelle mesure ces éléments, qui ressortent de la définition du contrat de travail donnée par l'art. 319 CO, s'appliquent à la relation de Portage, soit à la relation entre le Porteur et le Porté.

### 1. Un travail

[Rz 36] Le Portage Salarial s'adresse par définition à des personnes exerçant une activité lucrative, en règle générale de services. La condition du travail, en tant qu'activité, est donc remplie.

### 2. Un salaire

[Rz 37] Le salaire est la rémunération perçue par le travailleur pour ses services. Il est tellement typique du contrat de travail que le travailleur est également appelé un salarié<sup>27</sup>.

[Rz 38] Le salaire est généralement calculé selon le temps de travail, parfois selon le résultat (salaire aux pièces, à la tâche, *etc.*)<sup>28</sup>. La différence avec un mandataire facturant à l'heure (p.ex. un garagiste, un avocat, *etc.*) est que, dans ce dernier cas, la rémunération rétribue un ouvrage ou l'activité déployée et non la mise à disposition du temps<sup>29</sup>.

[Rz 39] Dans le cas du Portage Salarial, s'agissant en principe d'indépendants, la rémunération perçue n'est pas à proprement parler un salaire, puisqu'elle rémunère un ouvrage, non la mise à disposition de son temps<sup>30</sup>. Tout l'intérêt du Portage Salarial, pour le Porté, réside dans le fait que cette rémunération (honoraires, cachet, *etc.*) sera perçue par l'Entreprise de Portage qui le reversera au Porté, une fois prélevées les cotisations sociales (part employé et part employeur) ainsi que la rémunération de ses services en un seul versement mensuel.

[Rz 40] Ce « détour » de l'argent par les caisses de l'Entreprise de Portage et le prélèvement des cotisations sociales suffit-il à transformer cette rémunération en salaire, soit en rémunération d'un employé ? Compte tenu des éléments précisés plus haut, il faut, à notre sens, répondre par la négative. Le chemin emprunté par la rémunération n'est pas une raison

<sup>17</sup> Arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 2.

<sup>18</sup> Arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 4.

<sup>19</sup> Arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 2.

<sup>20</sup> Arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 4.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Brunner Christiane/Bühler Jean-Michel/Waerber Jean-Bernard/Bruchez

Christian, Commentaire du contrat de travail, 3ème édition mise à jour et complétée, Lausanne 2004, N 1 ad art. 319 CO ; Wyler Rémy, Droit du travail, 2ème éd., Berne 2008, p. 57 ss.

<sup>27</sup> Aubert Gabriel, ad art. 319 CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 14 ad art. 319 CO.

<sup>28</sup> Aubert, ad n. 27, N 16 ad art. 319 CO.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

suffisante à elle seule pour faire de cette rémunération un salaire au sens du droit du travail.

[Rz 41] En effet, le salaire rémunère une mise à disposition de son temps alors que la rémunération d'un mandataire rétribue la réalisation d'un ouvrage ou le déploiement d'une activité en faveur du mandant ; il en va d'ailleurs de même pour un entrepreneur, s'agissant du contrat d'entreprise<sup>31</sup>. En d'autres termes, il faut qu'il y ait une mise à disposition de son temps, soit une subordination<sup>32</sup>, pour percevoir ce que le droit du travail appelle un salaire. Si la rémunération vient en contrepartie d'un ouvrage ou d'une activité, elle n'est plus à proprement parler « un salaire ».

[Rz 42] Si l'existence d'un salaire est avérée, cet élément peut toutefois être un indice parlant en faveur du contrat de travail, surtout lorsqu'une partie de ce salaire est un montant fixe convenu contractuellement<sup>33</sup>, mais cela ne peut être déterminant seul, dans la mesure où le versement d'une rémunération est un élément présent dans tout rapport de service.

### 3. Un lien de subordination

[Rz 43] Le lien de subordination est un élément fondamental, s'agissant de la qualification d'un contrat comme contrat de travail<sup>34</sup>.

[Rz 44] Il signifie que l'employé déploie son activité sous la direction et selon les instructions de l'employeur. L'employé est ainsi placé dans la dépendance de l'employeur, sous les angles organisationnels et temporels<sup>35</sup>.

[Rz 45] Le lien de subordination se manifeste notamment dans le pouvoir de l'employeur de donner des directives, au sens de l'art. 321d CO<sup>36</sup>, directives qui peuvent également revêtir la forme d'un règlement intérieur<sup>37</sup>.

[Rz 46] Pratiquement, l'existence d'un lien de subordination dépendra donc essentiellement du cas d'espèce. Il

conviendra d'examiner au cas par cas le contrat de Portage Salarial afin de déterminer si un tel lien de subordination existe *in casu*.

[Rz 47] Les deux contrats que nous avons présentés plus haut<sup>38</sup> remplissaient clairement, quant à eux, une telle exigence.

### 4. Un élément de durée

[Rz 48] Un contrat de Portage Salarial est manifestement un contrat de durée, tout comme le contrat de travail. Cette condition est remplie mais n'est pas déterminante à elle seule pour la qualification en contrat de travail.

[Rz 49] Relevons également que, tout comme le contrat de travail, le contrat de Portage Salarial peut être à durée déterminée ou indéterminée<sup>39</sup>.

### 5. Synthèse

[Rz 50] Pour résumer, la notion de travail dans le sens d'une activité, tout comme l'élément de durée, ne sont pas des éléments propres au contrat de travail, ils se retrouvent dans nombre de relations contractuelles, en particulier de services (mandat, entreprise, etc.). Ils ne sont donc pas pertinents en l'espèce.

[Rz 51] La question du salaire est déjà plus délicate. En effet, en tant que telle, la rémunération perçue n'est pas transformée en salaire du simple fait que sont prélevées dessus des cotisations sociales et qu'elle est versée en un seul montant à la fin du mois par l'Entreprise de Portage. En revanche, ce fait est un indice en faveur de l'intégration du Porté dans l'organisation de l'Entreprise de Portage. Et cette intégration est un indice en faveur de l'existence d'un lien de subordination.

[Rz 52] En outre, à notre sens, dès lors que, par contrat, l'Entreprise de Portage soumet le Porté à un certain nombre d'obligations, notamment relatives à l'organisation ou aux modalités de son travail, telles que la rédaction d'un rapport d'activité, l'approbation des contrats, des horaires et/ou un lieu de travail imposés, la fixation d'objectifs par l'Entreprise de Portage, la possibilité d'un licenciement, notamment pour non-atteinte de ses objectifs par le Porté, etc., le lien de subordination est donné. Partant, la qualification du contrat entre l'Entreprise de Portage et le Porté en contrat de travail est possible.

[Rz 53] En revanche, si le Porté n'a que peu ou pas d'obligations de ce genre vis-à-vis de l'Entreprise de Portage, l'existence d'un lien de subordination sera difficilement admissible. Dès lors, la qualification de la relation entre la Société de Portage et le Porté en contrat de travail ne pourra pas être retenue, malgré l'existence d'un « salaire ». Il s'agit

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Dans le même sens, Aubert, ad n. 27, N 15 ad art. 319 CO.

<sup>33</sup> V. p.ex. Jugement TGI Paris précité ad n. 1, p. 4 ; Arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 2, en l'espèce, le salaire était assuré uniquement par un montant fixe.

<sup>34</sup> Wyler, ad n. 26, p. 58, qui parle de critère décisif ; Duc Jean-Louis/Subilia Olivier, Droit du travail, éléments de droit suisse, nouvelle édition revue et augmentée, Lausanne 2010, N 2 ad art. 319 CO ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, ad n. 26, N 3 ad art. 319 CO ; Carruzzo Philippe, Le contrat individuel de travail, commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich, 2009, N 1 ad art. 319 CO ; Portmann Wolfgang/Stöckli Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zurich, 2007, N 1 ss ; Tercier Pierre/Favre Christian G./Eigenmann Antoine, Les contrats de travail, in Tercier Pierre/Favre Christian G., Les contrats spéciaux, 4ème éd., Zurich 2009, N 3260-3266 ; Streiff Ullin/von Kaenel Adrian, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 6ème éd., Zurich 2005, N 2 ad art. 319 CO.

<sup>35</sup> Wyler, ad n. 26, p. 58, et les nombreuses références jurisprudentielles.

<sup>36</sup> Wyler, ad n. 26, p. 133.

<sup>37</sup> Wyler, ad n. 26, p. 136 ss ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, ad n. 34, N 3 ad art. 321d CO.

<sup>38</sup> V. supra, ch. III.A.4.

<sup>39</sup> Pour un exemple, v. arrêt CA Toulouse précité ad n. 1, p. 4.

ici d'une question fondamentale. En effet, tout l'intérêt du Portage Salarial, pour le Porté, est d'accéder au statut de salarié en droit des assurances sociales, compte tenu de ses avantages, notamment par rapport au statut des indépendants auprès de ces mêmes assurances sociales.

[Rz 54] Or, la conclusion d'un contrat entre le Porté et le Porteur, par lequel ce dernier s'engage, notamment, à verser un salaire au Porté ne peut être une condition suffisante pour faire du Porté un travailleur au sens des art. 319 ss CO. Si au surplus il n'y a pas non plus de lien de subordination, il ne subsiste aucune raison de qualifier cette relation de contrat de travail.

[Rz 55] En outre, si la question de la qualification devait arriver devant un juge, ce dernier devrait déterminer s'il y a ou non un contrat de travail, en se basant sur la réelle et commune intention des parties (art. 18 CO). Or, l'intention des parties n'est pas de conclure un contrat de travail mais de soumettre le Porté au régime que les assurances sociales réservent aux salariés. Dès lors, la question de la nullité de la relation juridique devrait se poser (art. 19 et 20 CO).

[Rz 56] En effet, est illicite selon l'art. 19 CO, donc nul selon l'art. 20 CO, le contrat qui a un contenu contraire au droit positif suisse<sup>40</sup>. L'illicéité suppose la contravention à une norme de droit fédéral privé (impérative ou semi-impérative) ou public. Or, en l'espèce, le but du contrat est de permettre au Porté l'accès à un statut (salarié au sens des assurances sociales) auquel il n'aurait pas droit sans cette construction juridique.

[Rz 57] La conséquence de l'illicéité selon l'art. 19 CO est la nullité *ex-tunc* du contrat (art. 20 CO)<sup>41</sup>. Toutefois, cette sanction est relativisée par la doctrine et la jurisprudence. La nullité, au sens strict, n'est admise que si elle est appropriée à l'effet combattu<sup>42</sup>, le but n'étant pas d'écarter le contrat mais seulement le vice qui l'entache<sup>43</sup>. Dans ce cas, dans la mesure où c'est l'objet même du contrat qui est nul, il semble que la nullité de la relation entre l'Entreprise de Portage et le Porté soit la seule solution admissible au regard de l'ordre juridique suisse.

[Rz 58] A cet égard, il sied de rappeler que la répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite est exclue (art. 66 CO)<sup>44</sup>. En l'absence de disposition légale qualifiant la relation de portage de contrat de travail, ainsi que le connaît le droit français (art. L. 1251-64 CTrav), la qualification systématique de cette relation contractuelle en contrat de travail,

en droit suisse, n'est donc selon nous pas possible. Cette question dépendra donc exclusivement du cas d'espèce.

[Rz 59] Et tant que la question n'aura pas été définitivement tranchée par la jurisprudence, il va subsister une incertitude quant à la qualification réelle de cette relation contractuelle, et surtout quant aux conséquences (nullité stricte ou non). Cette situation n'est pas satisfaisante, principalement pour les Portés qui se retrouvent placés dans une précarité certaine.

## C. Comparaison avec d'autres contrats et groupes de contrats

[Rz 60] Outre le contrat de travail, d'autres contrats du Code des obligations peuvent entrer en ligne de compte, que ce soit pour qualifier la relation entre le Porteur et le Porté ou la relation triangulaire incluant également le client du Porté. Ainsi, nous allons examiner successivement la stipulation pour autrui (1.), le mandat (2.), le chèque emploi service (3.), le contrat d'entreprise (4.) et la location de services (5.) avant de conclure (6.).

### 1. Comparaison avec la stipulation pour autrui

[Rz 61] L'art. 112 al. 1 CO définit ainsi la stipulation pour autrui : « [c]elui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers ». Nous sommes donc dans le cadre d'une relation triangulaire, que nous allons ici tenter d'appliquer à la relation entre l'Entreprise de Portage, le Porté et le client de celui-ci.

[Rz 62] De prime abord, une telle construction pourrait trouver application en matière de Portage Salarial. En effet, on peut supposer que le Porté stipule une obligation (le versement du prix de sa prestation) en faveur d'un tiers (l'Entreprise de Portage).

[Rz 63] En outre, l'al. 2 dispose que « [l]e tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage ».

[Rz 64] Dès lors, si les parties l'ont contractuellement prévu, l'alinéa 2 permet à l'Entreprise de Portage d'assurer par elle-même le suivi des paiements et de procéder aux recouvrements de factures impayées, le cas échéant.

[Rz 65] A défaut d'autre qualification juridique, la stipulation pour autrui peut donc trouver application en matière de Portage Salarial. Elle offre l'avantage de permettre au Porté de déléguer aisément, par un simple renvoi à l'art. 112 al. 2 CO, à l'Entreprise de Portage le recouvrement de ses créances, sans qu'il soit nécessaire d'en prévoir davantage.

[Rz 66] Compte tenu du grand volume d'affaires en gestion auprès d'elle, il sera plus facile pour l'Entreprise de Portage de mettre des débiteurs aux poursuites et d'assurer le suivi des procédures. Au contraire, le Porté sera plus facilement

<sup>40</sup> V. Guillod Olivier/Steffen Gabrielle, ad art. 19-20 CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 60 ad art. 19-20 CO.

<sup>41</sup> Guillod/Steffen, ad n. 40, N 94 ad art. 19-20 CO.

<sup>42</sup> Guillod/Steffen, ad n. 40, N 97 ad art. 19-20 CO.

<sup>43</sup> Guillod/Steffen, ad n. 40, N 98 ad art. 19-20 CO.

<sup>44</sup> Guillod/Steffen, ad n. 40, N 95 ad art. 19-20 CO.

rebuté par la procédure et, bien souvent, ne disposera ni du temps, ni des connaissances, ni des moyens pour procéder.

## 2. Comparaison avec le mandat

[Rz 67] Selon l'art. 394 al. 1 CO, « [l]e mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis ». Il est subsidiaire aux autres formes de contrat prévues par le Code (art. 394 al. 2 CO)<sup>45</sup>.

[Rz 68] Dans le cas du Portage Salarial, l'on ne pourrait donc qualifier la relation contractuelle entre le Porté et l'Entreprise de Portage de mandat que si aucun autre contrat prévu par le Code n'a vocation à s'appliquer.

[Rz 69] Les éléments du mandat sont les suivants<sup>46</sup> :

- un service rendu par un indépendant ;
- sans promesse de résultat ;
- en faveur du mandant.

[Rz 70] Le service rendu par un indépendant est une notion fort large qui recouvre aujourd'hui tout travail fourni de manière indépendante, du moment que la relation contractuelle visée n'a pas pour objet le résultat de ce travail<sup>47</sup>. Il peut s'agir de toute espèce de comportement positif<sup>48</sup>.

[Rz 71] L'obligation de moyens est centrale dans le contrat de mandat. Elle permettra notamment de différencier celui-ci du contrat d'entreprise<sup>49</sup>, fort proche. L'obligation de moyens se rencontre lorsque le débiteur de ladite obligation s'engage non à atteindre un résultat mais à fournir un effort de diligence en vue d'atteindre un résultat, lequel n'est pas garanti<sup>50</sup>. C'est la volonté des parties qui permettra de déterminer si l'on est en présence d'une obligation de moyens ou de résultat<sup>51</sup>.

[Rz 72] Si l'on considère maintenant le Portage Salarial tel que nous l'avons décrit plus haut, l'on constate que l'Entreprise de Portage s'engage à effectuer les démarches nécessaires auprès des assurances sociales et à s'acquitter pour le Porté des charges sociales. L'Entreprise de Portage s'engage donc à agir dans l'intérêt du Porté. La relation entre Porteur et Porté peut dès lors, à défaut d'autre contrat nommé applicable, être assimilée à un contrat de mandat.

[Rz 73] A l'inverse, si l'on considère le Porté comme le mandataire de la Société de Portage (mandant), il devrait agir dans l'intérêt de la société, soit ramener des mandats et la rémunération qui s'ensuit. La contrepartie de ce service serait

le salaire versé ainsi que l'affiliation par la Société de Portage du Porté auprès des différentes assurances sociales. Une telle relation contractuelle tiendrait davantage du contrat de travail que du contrat de mandat. Dans ce cas, le mandat n'est pas applicable au Portage Salarial.

## 3. Comparaison avec le Chèque service

[Rz 74] Le Chèque service est une institution romande, diversement établie selon les cantons, qui s'adresse principalement aux employeurs pour des services à la personne, tels que garde à domicile, ménage, jardinage, *etc.*<sup>52</sup>.

[Rz 75] D'après son site Internet<sup>53</sup>, le but du Chèque service est de :

- faciliter la tâche des employeurs en déclarant pour eux les salaires de leurs employés aux assurances sociales obligatoires ;
- fournir un service de conseil aux particuliers employeurs concernant les relations de travail et les assurances sociales de leurs employés ;
- favoriser la protection sociale des employés de l'économie de proximité ;
- favoriser la transparence des relations de travail.

[Rz 76] Toujours selon le site Internet, les employeurs inscrits auprès de Chèque service versent directement à leur employé un salaire net qu'ils déclarent à Chèque service. Chèque service calcule les charges sociales, les facture à l'employeur et les verse aux assurances sociales concernées<sup>54</sup>.

[Rz 77] La différence fondamentale avec le Portage Salarial est qu'ici l'employeur délègue la gestion des assurances sociales à Chèque service, lequel les refacture ensuite à l'employeur. La relation de travail existe avant l'intervention de Chèque service. Il y a d'une part la relation de travail et d'autre part la relation entre l'employeur et Chèque service. Chèque service est donc un mandataire, chargé de questions administratives pour l'employeur.

[Rz 78] A ce sujet, nous relevons que dans le formulaire que doit remplir un employeur pour charger Chèque service de s'acquitter de l'affiliation d'un employé aux différentes assurances sociales, l'employeur doit détailler le type de travail effectué, les horaires ainsi que le salaire net qu'il verse à l'employé. Sous chiffre 8, « Procuration », ledit formulaire prévoit que l'employeur « déclare donner procuration à Chèque service pour signer, à titre fiduciaire et en [s]on nom, tout document relatif aux assurances sociales découlant [du formulaire en question], y compris en ce qui concerne la

<sup>45</sup> Werro Franz, ad 394 CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 20 ss ad art. 394 CO.

<sup>46</sup> Werro, ad n. 45, N 2 ad art. 394 CO.

<sup>47</sup> Werro, ad n. 45, N 3 ad art. 394 CO.

<sup>48</sup> Werro, ad n. 45, N 4 ad art. 394 CO.

<sup>49</sup> Werro, ad n. 45, N 5 ad art. 394 CO.

<sup>50</sup> Werro, ad n. 45, N 7 ad art. 394 CO.

<sup>51</sup> Werro, ad n. 45, N 8 ad art. 394 CO.

<sup>52</sup> V. le site de chèque emploi (consultation du 21 août 2012) : [http://www.chequeservice.ch/cs/ch/fr-ch/index.cfm?page=/cs/home/qui\\_sommes\\_nous](http://www.chequeservice.ch/cs/ch/fr-ch/index.cfm?page=/cs/home/qui_sommes_nous)

<sup>53</sup> <http://www.chequeservice.ch>.

<sup>54</sup> Ibid.



prévoyance professionnelle »<sup>55</sup>. Il s'agit donc là d'un mandat émanant de l'employeur et donné à Chèque service.

[Rz 79] Au contraire, dans le cadre du Portage Salarial, celui qui délègue la gestion des assurances sociales est censé être l'employé-Porté et celui qui gère les assurances sociales l'employeur-Porteur.

[Rz 80] Ces deux constructions juridiques sont donc, pour ainsi dire, opposées.

#### 4. Comparaison avec le contrat d'entreprise

[Rz 81] Nous allons ici nous intéresser à la relation entre l'Entreprise de Portage et le Porté.

[Rz 82] Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage et le maître à en payer le prix<sup>56</sup>. Cet ouvrage peut être matériel ou immatériel<sup>57</sup>.

[Rz 83] L'obligation de l'entrepreneur consistant en la réalisation d'un ouvrage, le contrat d'entreprise doit nécessairement se dérouler dans le temps, sans pour autant consister en l'exercice d'une activité durant une période déterminée, ce qui le distingue du contrat de travail (v. art. 319 CO)<sup>58</sup>.

[Rz 84] En revanche, le Portage Salarial s'inscrit nécessairement dans la durée, l'Entreprise de Portage devant encaisser les honoraires et prélever les cotisations sociales tant que le Porté exerce son activité. Cet élément seul suffit à distinguer le Portage Salarial du contrat d'entreprise et de conclure que le régime du contrat d'entreprise ne peut être appliqué à la relation entre Porté et Entreprise de Portage.

[Rz 85] S'agissant du résultat à atteindre, si l'entrepreneur est l'Entreprise de Portage, le but serait de parvenir à affilier le Porté aux différentes assurances sociales. Or, l'obligation de l'Entreprise de Portage va au-delà, puisqu'outre l'affiliation aux assurances sociales, elle doit assurer le versement régulier des cotisations concernées.

[Rz 86] Si en revanche l'entrepreneur est le Porté, le résultat qu'il doit atteindre dépendra du contenu du contrat passé avec l'Entreprise de Portage. Il pourra typiquement s'agir d'un chiffre d'affaire convenu à l'avance. Mais dans ce contexte, on serait plutôt enclin à qualifier une telle obligation d'obligation de moyen.

[Rz 87] On le voit, le contrat d'entreprise ne se révèle pas adapté aux relations entre l'Entreprise de Portage et le Porté.

#### 5. Comparaison avec la location de services

[Rz 88] Dans le cadre de la location de services, comme pour le Portage Salarial, nous sommes en présence de trois parties. Dans le cas de la location de services, nous avons le bailleur de services (employeur) qui cède à un locataire de services (entreprise tierce) les services de ses travailleurs, moyennant rémunération (art. 12 al. 1 LSE<sup>59</sup>). Cette activité s'exerce sous autorisation accordée par l'Office Cantonal du Travail (art. 12 al. 1 *in fine* LSE).

[Rz 89] La rémunération touchée par le bailleur de services lui permet de s'acquitter de ses charges sociales et de payer au salarié loué son salaire.

[Rz 90] Le contrat de location de services est une forme de contrat de travail<sup>60</sup> dans lequel le lien de subordination est cédé par le bailleur au locataire pour le temps durant lequel le locataire a loué les services du travailleur.

[Rz 91] Au premier abord, la différence avec le Portage Salarial ne saute pas aux yeux. Elle est pourtant là. En effet, dans le Portage Salarial le lien de subordination n'existe que si les parties ont souhaité soumettre le Porté à un certain nombre d'obligations (v. *supra*, III.B.3. et 5.). Dans le cas contraire, le Porté est libre de gérer comme il l'entend son activité.

[Rz 92] En outre, il est toutefois un point sur lequel le Porté est en principe assez libre<sup>61</sup>, c'est celui de la prospection de clientèle. Cette dimension est totalement absente de la location de services. En effet, dans ce dernier cas, le travailleur loué n'a pas à rechercher de mission, la recherche de clientèle étant de la prérogative du bailleur. Les clients prospectés restant par ailleurs les clients du bailleur et ne deviennent pour ainsi dire jamais les clients du travailleur.

[Rz 93] Un autre point sur lequel ces deux constructions juridiques divergent fondamentalement est l'existence d'un éventuel pouvoir de direction, et le détenteur de ce pouvoir.

[Rz 94] Dans le cas de la location de services, le bailleur cède au locataire de services le pouvoir de direction sur son salarié tout en lui louant ses services.

[Rz 95] En revanche, dans le cadre du Portage Salarial, le Porté est en principe maître de son activité, la menant comme il l'entend. Il est généralement, rappelons-le, un indépendant et propriétaire de sa clientèle. S'il devait néanmoins être considéré comme un employé du Porteur, en raison de la subordination exercée par ce dernier à son encontre, il serait alors subordonné aux seules instructions de ce dernier à l'exclusion de toute subordination au client, ce qui s'oppose même au principe de la location de services (dans lequel

<sup>55</sup> Formulaire disponible sur le site de chèque emploi (consultation du 22 août 2012) : [http://www.chequeservice.ch/cs/ch/fr-ch/index.cfm?page=/cs/home/documents\\_utiles](http://www.chequeservice.ch/cs/ch/fr-ch/index.cfm?page=/cs/home/documents_utiles)

<sup>56</sup> Chaix François, ad art. 363 CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 20 ss ad art. 394 CO, N 1 ad art. 363 CO.

<sup>57</sup> Chaix, ad n. 56, N 9 ad art. 363 CO.

<sup>58</sup> Chaix, ad n. 56, N 7 ad art. 363 CO.

<sup>59</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services, RS 823.11.

<sup>60</sup> Wyler, ad N. 28, p. 65 s.

<sup>61</sup> Cf. toutefois le Jugement du TGI Paris précité ad n. 1, p. 5, où l'on voit que le Porté peut devoir soumettre pour approbation les contrats qu'il compte passer à l'Entreprise de Portage.

le lien de subordination est cédé par le bailleur au locataire pour le temps durant lequel le locataire a loué les services du travailleur).

[Rz 96] Force est donc de constater que, de nouveau, cette structure juridique n'est pas adaptée au Portage Salarial.

## 6. Synthèse

[Rz 97] En conclusion, la relation entre l'Entreprise de Portage, le Porté (et le client) ne peut pas être qualifiée de :

- contrat d'entreprise ;
- contrat de location de services.

[Rz 98] En revanche, suivant les conditions du cas d'espèce, cette relation contractuelle peut être :

- un contrat de travail ;
- une stipulation pour autrui ;
- un contrat de mandat.

[Rz 99] La qualification exacte dépendra du cas d'espèce exclusivement. Les parties à une telle relation contractuelle seront dès lors bien avisées de choisir avec soin ce qu'elles mettront dans le contrat qui les lie, afin que la qualification retenue par un éventuel juge corresponde bien à leur volonté initiale (art. 18 CO).

[Rz 100] Nous l'avons vu plus haut, dans le cas contraire, s'agissant du droit des contrats, les parties s'exposent à une requalification de leur relation contractuelle qui peut, suivant la nouvelle qualification retenue, modifier considérablement les droits et obligations qui les lient, voire entraîner la nullité de leur relation contractuelle.

## D. La question de la responsabilité contractuelle

[Rz 101] Outre la qualification, question que nous venons d'examiner, le Portage Salarial pose une autre question dont la réponse peut s'avérer fort délicate, la question de la responsabilité contractuelle ou, plus précisément, de l'identité du responsable en cas de dommage.

[Rz 102] Si le Porté n'est pas un travailleur, alors c'est lui qui apparaît comme étant le cocontractant de son client. Il est donc le responsable en cas de dommage découlant de l'exécution ou de l'inexécution du contrat. Ce cas n'appelle pas de commentaire.

[Rz 103] Un problème ne se pose que si le Porté peut être qualifié de travailleur. Dans ce cas, c'est son employeur, soit le Porteur qui devrait être cosignataire des contrats.

[Rz 104] Cela implique que le responsable en cas d'inexécution est le Porteur, sur la base de l'art. 101 CO<sup>62</sup>.

Dans le cadre de leurs relations internes, l'art. 321e CO permettrait à l'employeur-Porteur de se retourner contre le Porté qui lui aurait causé du tort, s'il parvient à prouver une violation de son obligation de diligence par son travailleur (en l'espèce, le Porté)<sup>63</sup>.

[Rz 105] Le problème d'une telle construction est qu'elle fait supporter au Porteur un risque fort lourd. En effet, l'Entreprise de Portage n'est un employeur administratif que pour permettre au Porté d'être considéré comme « employé » du point de vue des assurances sociales.

[Rz 106] Nous avons donc là un conflit entre deux intérêts majeurs : celui du Porté à être maître de sa clientèle tout en étant considéré comme un employé pour les assurances sociales et celui de l'« employeur » qu'est l'Entreprise de Portage à ne pas assumer une responsabilité pour une activité sur laquelle elle n'a pas d'influence.

[Rz 107] La volonté du Porteur de pouvoir maîtriser les éventuels cas de responsabilité pourrait expliquer pourquoi les parties avaient choisi de soumettre leur relation à un lien de subordination si développé dans le cadre des contrats français que nous avons présentés plus haut (v. *supra*, III.A.4).

## IV. Le Portage Salarial du point de vue des assurances sociales

[Rz 108] Si certains droits étrangers, notamment le droit français<sup>64</sup>, ont clairement intégré le Portage Salarial dans leur code du travail<sup>65</sup> et ainsi obligé les autorités en charge de la sécurité sociale (notamment, les Assedics, Unedic, Pôle emploi, etc.) à prendre en compte le revenu ainsi généré par le Porté comme du salaire soumis à contribution sociale, l'absence de législation spécifique en droit suisse sur ce mode de fonctionnement entraîne de nombreuses problématiques tant au regard du droit du travail qu'au regard de l'application de la législation sociale.

[Rz 109] La qualification qu'il convient de donner au Portage Salarial, soit à la relation entre le Porté et le Porteur en vertu du droit social suisse, peut être divergente de la définition donnée par le droit privé (celle-ci, comme vue ci-dessus, étant déjà équivoque).

---

CO.

<sup>63</sup> Aubert Gabriel, ad art. 321e CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 1 ss ad art 321e CO, not. N 4.

<sup>64</sup> La loi no 2008-596 du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail.

<sup>65</sup> Art. L. 1251-64 : 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

---

<sup>62</sup> Thévenoz Luc, ad art. 101 CO, in Thévenoz Luc/Werro Franz (édit), Commentaire Romand – Code des obligations I, Bâle 2012, N 5 ss ad art. 101

[Rz 110] Le Portage Salarial a été défini comme étant le fait, pour un indépendant quel qu'il soit de déléguer à un tiers, moyennant rémunération, l'encaissement de ses honoraires et l'acquittement sur ceux-ci de charges sociales, puis le versement du solde en mains du Porté<sup>66</sup>.

[Rz 111] Ainsi le Porté demande à ses propres clients de payer les honoraires en mains de l'Entreprise de Portage<sup>67</sup>, tout en étant, lui, le seul à délivrer la prestation de service.

[Rz 112] La question qui se pose est donc celle de savoir si le Porté revêt réellement les qualités d'un indépendant ou si la relation qui le lie à la Société de Portage devrait plutôt être qualifiée de dépendante au regard des critères régulièrement retenus par les autorités sociales suisses et par le Tribunal Fédéral, que nous examinerons ci-après.

[Rz 113] La Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après LAVS<sup>68</sup>), ne définit pas l'activité dépendante<sup>69</sup>. La LAVS prévoit toutefois que dans une relation de travail dépendante, l'employeur doit retenir la cotisation du salarié lors de chaque paie et la verser régulièrement avec ses propres cotisations à la caisse de compensation<sup>70</sup>.

[Rz 114] Les arrangements avec le mandataire selon lesquels ce dernier est considéré comme indépendant et règle lui-même les cotisations à la caisse de compensation ne sont pas déterminants et ne sont pas autorisés par l'AVS (collaborateurs libres)<sup>71</sup>.

## A. Qualification et critères retenus par la Cour d'Appel de Toulouse et le TGI de Paris

[Rz 115] Tant dans le cadre de l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Toulouse<sup>72</sup> que dans le jugement rendu par le TGI Paris<sup>73</sup>, le litige tranché par les juridictions compétentes opposait les organismes compétents pour l'accueil et l'inscription des demandeurs d'emploi en vue de faire valoir leurs droits aux prestations d'assurance chômage (Pôle Emploi et l'Assedic) aux Portés.

[Rz 116] Dans le cadre de ces deux décisions, les organismes sociaux (Pôle Emploi et l'Assedic) considéraient, l'un comme l'autre, que l'activité de Portage Salarial exercée par le Porté pendant une certaine durée ne pouvait être retenue comme une période d'affiliation [à la sécurité sociale] en raison de l'absence de lien de subordination du Porté dans l'accomplissement de ses fonctions.

[Rz 117] La conséquence de cette prise de position des autorités sociales pour les Portés était donc l'absence de prise en charge par ces organismes des allocations chômages et consécutivement une perte importante de revenu pour les Portés au moment de la cessation de l'activité.

[Rz 118] Afin de qualifier la relation contractuelle liant les Portés aux Sociétés de Portages, tant la CA de Toulouse que le TGI de Paris se sont longuement penchés sur les caractéristiques concrètes de la relation contractuelle liant les Portés aux Sociétés de Portage et se sont particulièrement attachés à l'examen du lien de subordination tant juridique qu'économique liant les parties.

[Rz 119] L'une et l'autre de ces juridictions ont essentiellement retenu les éléments de faits suivants :

[Rz 120] *Sur le plan économique* : les contrats ne sont jamais signés entre le Porté et le client mais toujours entre le client et la Société de Portage, par conséquent le Porté ne supporte pas le risque d'entreprise.

[Rz 121] *Sur le plan du pouvoir d'instruction* : le Porté doit se conformer au règlement intérieur de la Société de Portage et doit se soumettre aux objectifs fixés par cette dernière et est soumis au pouvoir de sanction de cette dernière à l'exclusion de toute forme de sanction de la part du client.

[Rz 122] Sur la base de ces critères, les juridictions compétentes ont conclu que les rapports qui liaient les Sociétés de Portages aux Portés s'inscrivaient dans un lien réel de subordination juridique et économique tel que recherché dans le cadre d'un contrat de travail<sup>74</sup>.

[Rz 123] Ainsi les éléments concrets retenus par les autorités judiciaires françaises ont permis aux Portés de bénéficier des allocations chômages et ceci même, alors que le Porté devait prospecter les différents clients, négocier les conditions contractuelles, que la Société de Portage n'avait pas d'obligation de fournir du travail, que les heures de prospection n'étaient pas rémunérées et que les clients appartenaient aux seuls Portés.

[Rz 124] Les conclusions retenues par les juridictions compétentes françaises, ont, à notre sens, l'avantage de protéger le Porté travaillant de manière autonome, tout en lui permettant de bénéficier du statut de salarié au regard des assurances sociales et ainsi de lui permettre de bénéficier des indemnités chômage au terme de son activité.

<sup>66</sup> Paragraphe II p. 3.

<sup>67</sup> V. ég. Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, n° RG 06/08817, p. 3. Ce jugement est disponible sur le site [fr.wikipedia.org](http://fr.wikipedia.org), article Portage salarial, ad n. 4 (consultation du 22.05.2012). V. aussi Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n° RG 11/04135, p. 4. Cet arrêt est disponible sur le site <http://avocats.fr/space/gregoire.bravais>, rubrique Blog, chronique du 29 mars 2012 (consultation du 23 mai 2012).

<sup>68</sup> RS 831.10 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS).

<sup>69</sup> Art 5 LAVS.

<sup>70</sup> Art. 14 al.1 LAVS.

<sup>71</sup> <http://www.bsv.admin.ch/themen/ahv/00018/01090/index.html?lang=fr>

<sup>72</sup> Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n°RG : 11/04135 p. 2.

<sup>73</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, p. 2.

<sup>74</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817 ; Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n°RG : 11/04135.

[Rz 125] Ces décisions occultent toutefois certaines des obligations propres à l'employeur, notamment celles de fournir à l'employé un travail à exécuter, de supporter l'absence de clientèle et de prendre en charge les coûts de prospection.

[Rz 126] Il est dès lors intéressant d'examiner si les autorités sociales suisses seraient arrivées à la même conclusion, si d'ailleurs elles avaient appliqué leurs propres critères de qualification au rapport de Portage Salarial tel que nous l'avons défini préalablement<sup>75</sup>.

[Rz 127] Les critères de l'activité dépendante ou indépendante au regard de la LAVS seront donc brièvement rappelés ci-dessous.

### 1. Critères de l'activité dépendante ou indépendante retenus par les autorités sociales suisses

[Rz 128] L'article 5 LAVS prévoit qu'une cotisation de 4,2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après Salaire Déterminant.

[Rz 129] Le Salaire Déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail<sup>76</sup>.

[Rz 130] Ainsi, si l'article 5 LAVS expose le système de cotisation en cas d'activité dépendante il n'en donne aucune définition<sup>77</sup>.

[Rz 131] Quant à l'article 8 LAVS<sup>78</sup>, celui-ci expose le système de cotisations perçues sur le revenu provenant d'une activité

indépendante, tandis que l'article 9 LAVS précise que le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante.

[Rz 132] Ainsi aucune des dispositions topiques de la LAVS, ni aucune des dispositions du Règlement d'application<sup>79</sup> (ci-après RAVS) ne définissent la notion de dépendance ou d'indépendance en droit des assurances sociales.

[Rz 133] C'est donc la pratique des autorités sociales et la jurisprudence qui permettent de trouver une délimitation<sup>80</sup> aux notions d'activités dépendantes et d'activités indépendantes.

[Rz 134] Les directives édictées par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après OFAS) donnent la définition suivante à la notion d'activité dépendante : « *Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail* »<sup>81</sup>.

[Rz 135] L'assuré est ainsi considéré supporter un risque économique notamment lorsqu'il doit : opérer des investissements importants, encourir les pertes, supporter le risque d'encaissement et de du croire, supporter les frais généraux, agir en son propre nom et pour son propre compte, se procurer lui-même les mandats et encore utiliser ses propres locaux commerciaux<sup>82</sup>.

[Rz 136] Pour ce qui est de la jurisprudence, les tribunaux, de manière relativement constante, considèrent que « *le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière AVS mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur* »<sup>83</sup>.

[Rz 137] La pratique des autorités sociales et la

<sup>75</sup> Le Portage Salarial a été défini comme étant le fait, pour un indépendant quel qu'il soit de déléguer à un tiers, moyennant rémunération, l'encaissement de ses honoraires et l'acquiescement sur ceux-ci de charges sociales, puis le versement du solde en mains du Porté. Ainsi le Porté demande à ses propres clients de payer les honoraires en mains de l'Entreprise de Portage, tout en étant, lui, le seul à délivrer la prestation de service.

<sup>76</sup> Wyler, ad N. 26, p. 177.

<sup>77</sup> Art. 5 LAVS prévoit qu'une cotisation de 4,2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail.

<sup>78</sup> Art. 8 LAVS prévoit qu'une cotisation de 7,8 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité indépendante. Pour calculer la cotisation, le revenu est arrondi au multiple de 100 francs immédiatement inférieur. S'il est inférieur à 55 700 francs mais s'élève au moins à 9300 francs par an, le taux de cotisation est ramené jusqu'à 4,2 % selon un barème dégressif établi par le Conseil fédéral.

<sup>79</sup> RS .831.101, Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS).

<sup>80</sup> Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS convergences et divergences, Sara Rousselle-Ruffieux, in Panaroma II en droit du travail recueils d'études réalisées par des praticiens, Staempfli Editions, SA Berne 2012, p. 177 et ss.

<sup>81</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1013.

<sup>82</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1014.

<sup>83</sup> TFA, H 231/01 du 24 avril 2002, TFA, H. 188/02 du 14 novembre 2002 ; TFA, H 19/06 du 14 février 2007.

jurisprudence<sup>84</sup> permettent ainsi de retenir comme critère essentiel « *les circonstances économiques* » pour qualifier la nature de la relation dépendante ou indépendante qui lie les parties, les autres critères servant essentiellement d'indices complémentaires<sup>85</sup>.

[Rz 138] Ainsi, lorsque les autorités sociales doivent procéder à la qualification de dépendance<sup>86</sup> ou non du rapport juridique qui lie les parties, ces dernières mènent leurs analyses sur la base des interrogations suivantes :

- quelle est la partie qui supporte la charge du risque économique ?
- l'une des parties est-elle économiquement ou organisationnellement dépendante de l'autre ?

[Rz 139] Se pose à notre sens la question de savoir si ces mêmes critères<sup>87</sup> peuvent être retenus dans le cadre du Portage Salarial, et le cas échéant quelles conséquences pour les parties la relation de portage a-t-elle ?

## 2. Application des critères susvisés à la relation de Portage

[Rz 140] En l'absence d'une législation spécifique dédiée au Portage Salarial, examinons la situation du Porté à l'aune des critères retenus et questions posées par les autorités sociales suisses.

[Rz 141] *Quelle est la partie qui supporte la charge du risque économique, ou plus spécifiquement, le Porté supporte-t-il cette charge ? Le Porté est-il économiquement ou organisationnellement dépendant de la Société de Portage ?*

[Rz 142] Comme vu<sup>88</sup>, le Porté a certaines obligations vis-à-vis du Porteur, notamment celles de prospecter les différentes entreprises clientes, de négocier les conditions de la prestation, de s'engager vis-à-vis du Porteur à ce que les clients paient la prestation en mains de ladite Société de Portage<sup>89</sup>.

[Rz 143] Quant à la Société de Portage, elle s'engage essentiellement à encaisser les honoraires facturés par le Porté aux clients, elle affine le Porté aux institutions sociales compétentes et prélève sur les honoraires encaissés les différentes cotisations sociales (part employé et part employeur) puis

déduit sa propre rémunération. Le solde sera versé au Porté comme un « salaire »<sup>90</sup>.

[Rz 144] A notre sens, le Porté exerce certaines tâches qui pourraient laisser penser qu'il supporte « le risque économique »<sup>91</sup> tel qu'il a été défini par les autorités sociales suisse. Reste donc à examiner si c'est effectivement le cas en prenant en compte les indices pertinents retenus par les autorités sociales et judiciaires.

[Rz 145] Sont notamment considérés comme des indices pertinents le fait que l'employé/ le Porté :

### a. Doive se procurer lui-même les mandats et agir en son propre nom et pour son propre compte

[Rz 146] Dans le cadre des deux jugements examinés, les contrats de prestation de services sont apportés par le Porté, qui devient propriétaire de la clientèle, la Société de Portage ne pouvant revendiquer aucun droit à ce titre<sup>92</sup>.

[Rz 147] La Société de Portage n'a par ailleurs aucune prestation de travail à faire exécuter au Porté, qui est seul à générer l'activité professionnelle.

[Rz 148] La Société de Portage réalise, en revanche, son propre revenu ou chiffre d'affaires par le biais des mandats conclus par le Porté avec ses propres clients.

[Rz 149] Le Porté, qui doit démarcher les clients, négocier la prestation et son prix, n'est en principe lié par aucun lien de subordination ni au client, ni à la Société de Portage (sauf clause contractuelle contraire).

[Rz 150] Dans les deux jugements précités, il apparaissait toutefois que le Porteur validait *a posteriori* les contrats conclus par le Porté avec ses clients et que la Société de Portage avait établi des directives internes à l'égard des Portés. Ces éléments ont permis aux autorités judiciaires françaises de reconnaître un lien de subordination entre les parties.

[Rz 151] Cette validation, *a posteriori*, par la Société de Portage du contrat conclu entre le Porté et le client, est, à notre sens, insuffisante à faire apparaître le Porteur comme cocontractant du client.

[Rz 152] Le Porté, dans les faits, est celui qui démarché le client, négocie les conditions, conclut le contrat et finalement exécute la prestation sans que la Société de Portage

<sup>84</sup> TFA, H.231/01 du 24 avril 2002, TFA, H.188/02 du 14 novembre 2002 ; TFA, H 19/06 du 14 février 2007.

<sup>85</sup> TFA ; H.231/01 du 24 avril 2004 ; ATF 122 V 283 consid. 2A.

<sup>86</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1015.

<sup>87</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1013 : Celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation de son travail est considéré comme dépendant.

<sup>88</sup> Paragraphe III.A2.

<sup>89</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, p. 3.

<sup>90</sup> Paragraphe III A1.

<sup>91</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1014 :L'assuré est ainsi considéré supporter un risque économique notamment lorsqu'il doit : opérer des investissements importants, encourir les pertes, supporter le risque d'encaissement et de du croire, supporter les frais généraux, agir en son propre nom et pour son propre compte, se procurer lui-même les mandats et encore utiliser ses propres locaux commerciaux. Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, p. 5.

<sup>92</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n°RG : 11/04135.

n'apparaisse ou contribue d'une manière ou d'une autre à la réalisation de la prestation.

[Rz 153] Force est donc d'admettre qu'indépendamment d'une validation éventuelle du contrat *a posteriori* par le Porteur, le Porté recherche les mandats et agit en son propre nom et pour son propre compte lors de la réalisation de la prestation.

[Rz 154] A l'aune de ce premier indice, le Porté supporte donc bien un risque économique d'entrepreneur dans la relation qui le lie à la Société de Portage.

#### **b. Doit encourir les pertes**

[Rz 155] La rémunération du Porté dépend étroitement du rapport d'activité mensuel établi par ce dernier, à savoir du nombre de mandats réalisés pendant le mois d'activité concerné et des conditions qu'il aura préalablement négociées avec le client.

[Rz 156] En l'absence de contrat prévoyant une rémunération minimale fixe, le Porté sera donc exclusivement rémunéré sur la base des contrats de prestation qu'il aura pu conclure avec ses différents clients.

[Rz 157] Ainsi, le Porté encourt directement le risque économique lié à une diminution du nombre des contrats conclus et supporte ainsi les pertes éventuelles liées à une baisse ou diminution du rendement de l'activité exercée<sup>93</sup>.

[Rz 158] En conséquence, ce deuxième indice permet également de conclure que le Porté supporte un risque économique d'entrepreneur dans la relation qui le lie à la Société de Portage, dans la mesure où sa rémunération dépend entièrement de son propre succès en affaire.

#### **c. Doit supporter le risque d'encaissement et de ducroire**

[Rz 159] Comme constaté ci-dessus, l'intérêt du Portage Salarial pour le Porté réside dans le fait que la rémunération générée est perçue par l'Entreprise de Portage qui la reversera au Porté une fois que les contributions sociales et la rémunération des services auront été prélevées.

[Rz 160] La Société de Portage procède ainsi à la facturation des clients, gère les recouvrements et verse au Porté un salaire, déduction faite des frais de gestion de l'Entreprise de Portage et des charges sociales<sup>94</sup>.

[Rz 161] La Société de Portage ne garantit en principe (sauf clause contractuelle contraire) aucune rémunération au Porté. Le montant de la rémunération réalisé par ce dernier est directement proportionnel au nombre et à la qualité des contrats qu'il aura conclus avec ses propres clients.

[Rz 162] A moins que l'absence d'encaissement par le

Porteur soit accompagnée d'une peine conventionnelle contractuelle, qui tendrait à obliger ce dernier à dédommager le Porté de sa perte de gain, l'absence d'encaissement n'est que limitativement supportée par la Société de Portage.

[Rz 163] Dans les faits, seul le Porté supporte le risque de l'absence d'encaissement, en ce sens que sa rémunération sera proportionnellement diminuée des montants non encaissés par le Porteur.

[Rz 164] On constate encore que bien que la Société de Portage procède à l'affiliation du Porté au système de sécurité sociale et est débitrice de l'ensemble de la somme à l'égard des autorités sociales, l'entier de la charge sociale, soit la part employé et la part employeur, sont supportées par le Porté, celui-ci percevant *in fine* une rémunération diminuée de ces deux montants.

[Rz 165] Ainsi, si le Porté est bien affilié à la sécurité sociale par le fait de la Société de Portage, il n'en demeure pas moins qu'il est ultimement le seul à subir financièrement l'absence d'encaissement. Il doit, en sus, assumer l'entier des charges sociales contrairement à ce qui serait prévu dans un rapport de travail ordinaire soumis au principe de la parité<sup>95</sup>. Par conséquent, une fois encore, le Porté semble être la partie qui supporte la charge du risque économique.

#### **d. Doit supporter les frais généraux et opérer des investissements importants et doit occuper du personnel et utiliser ses propres locaux commerciaux**

[Rz 166] L'activité du Porté ne requiert pas systématiquement des investissements importants, en particulier lorsque l'activité du Porté relève principalement du conseil.

[Rz 167] Dans la pratique, le Porté exerce souvent son activité professionnelle soit dans ses propres locaux, depuis son domicile (conseils par téléphone, médiation), soit directement dans les locaux du client à partir du matériel fourni par ce dernier.

[Rz 168] Dans un cas comme dans l'autre, la Société de Portage ne supporte que des frais généraux limités (généralement limités à sa propre organisation administrative) et n'a pas besoin d'opérer des investissements importants permettant la réalisation de la prestation par le Porté.

[Rz 169] Il est exceptionnel de constater que la prestation fournie par le Porté l'est depuis les locaux de la Société de Portage ou grâce à du matériel que le Porteur fournit.

[Rz 170] Une fois de plus, le Porté semble être celui qui supporte principalement le risque économique. Il trouve et démarché le client, établit le type de prestation, fait le choix du matériel, et enfin exécute la prestation, soit depuis son domicile soit depuis les locaux de ses clients.

<sup>93</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n°RG : 11/04135.

<sup>94</sup> Paragraphe III.A1.

<sup>95</sup> Cotisations paritaires AVS ; AI et aux APG <http://www.ahv-iv.info/andere/00134/00139/index.html?lang=fr>

[Rz 171] Les manifestations de la vie économique revêtent ainsi fréquemment des formes diverses. Dans chaque cas particulier, il faut décider si l'on est de manière prépondérante en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances du cas d'espèce<sup>96</sup>.

[Rz 172] En présence de caractéristiques appartenant tant à une activité dépendante, qu'à une activité indépendante, la question devra être tranchée en se demandant quelles caractéristiques sont prédominantes dans le cas considéré<sup>97</sup>.

[Rz 173] Selon les directives de l'OFAS, la prépondérance peut être attribuée soit au critère du *risque économique* soit à celui du *rapport de dépendance*, ou à leurs manifestations respectives, suivant les circonstances particulières du cas d'espèce<sup>98</sup>.

[Rz 174] Contrairement aux conclusions auxquelles sont arrivées les juridictions françaises<sup>99</sup>, qui se sont essentiellement attardées sur l'analyse du rapport de subordination, à notre sens, à l'aune des critères susmentionnés, il aurait été possible de considérer que :

- le Porté supporte non seulement un risque économique important, voire prépondérant à celui supporté par la Société de Portage mais,
- qu'organisationnellement, le Porté est indépendant du Porteur, ceci tant dans la recherche de clientèle, que dans la négociation des conditions, que dans l'exécution de la prestation.

[Rz 175] La validation, *a posteriori* du contrat conclu avec le client et les directives organisationnelles mises en place par les Sociétés de Portage françaises ne sont pas suffisantes, à notre sens, à réduire le risque économique prépondérant que supporte le Porté, dans la mesure où il est seul à devoir chercher l'activité à exécuter, à supporter l'absence de clientèle et à prendre en charge les coûts de prospection y afférents.

[Rz 176] Ces éléments relèvent, selon nous, de manière caractéristique d'une activité indépendante. Partant, contrairement à la conclusion retenue par les juridictions françaises, les Portés à l'aune des critères suisses pourraient ne pas avoir droit aux prestations chômage, faute d'avoir la qualité de salarié au sens de notre législation sociale.

## V. Conclusions

[Rz 177] Le Portage Salarial ne faisant actuellement l'objet d'aucune législation, ni d'une doctrine établie, nos constatations sont essentiellement basées sur la pratique constatée.

[Rz 178] Régulièrement consultés en relation avec des problématiques liées au Portage Salarial, se pose systématiquement la question de savoir si la construction juridique adoptée par les parties risque, d'une manière ou d'une autre, d'éluider les obligations légales de ces dernières et de leur porter préjudice.

[Rz 179] Nous avons pu constater que le Portage Salarial se limite essentiellement encore à être exercé selon sa plus simple définition, à savoir : le fait, pour un indépendant (le Porté), de déléguer à un tiers (la Société/Entreprise de Portage ou le Porteur), moyennant rémunération, l'encaissement de ses honoraires et l'acquittement sur ceux-ci de charges sociales, puis le versement du solde en mains du Porté.

[Rz 180] Les formes de Portage Salarial que nous avons eues l'occasion d'examiner sont rarement accompagnées de stipulations précises quant aux obligations réciproques des parties et la notion de rémunération minimale garantie au Porté fait généralement défaut.

[Rz 181] En principe, la Société de Portage n'a aucune autre obligation que celle d'affilier le Porté à la sécurité sociale suisse et de verser les contributions sociales que la Société aura intégralement prélevées sur les montants encaissés pour le Porté.

[Rz 182] Le praticien confronté à ce type de construction doit, à notre sens, par mesure de prudence, systématiquement procéder au questionnement suivant :

1. Les parties ont-elles éventuellement conclu un contrat de travail fictif, qui aurait pour but de permettre au Porté de bénéficier des prestations sociales, notamment de chômage, normalement réservées aux travailleurs dépendants, et le cas échéant quelles pourraient en être les conséquences ?
2. L'absence de parité dans le paiement des charges sociales pourrait-elle être considérée comme une fraude au sens de la LAVS et le cas échéant, quelles en seraient les conséquences ?
3. Quelles conséquences sur les parties la requalification du contrat de travail en contrat indépendant aurait-elle ?

[Rz 183] L'analyse du praticien devra donc non seulement prendre en compte la nullité du contrat de travail telle que nous l'avons évoqué plus en avant<sup>100</sup>, mais devra en particulier rendre attentif les clients sur l'éventualité d'une infraction de nature différente, notamment administrative<sup>101</sup> ou

<sup>96</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1016.

<sup>97</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1016.

<sup>98</sup> Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG Etat: 1er janvier 2012 n°1017.

<sup>99</sup> Jugement du TGI Paris, 18 mars 2008, RG 06/08817, p. 5 et Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, Chambre sociale, 22 mars 2012, n°RG : 11/04135 p. 2.

<sup>100</sup> Paragraphe III B5.

<sup>101</sup> Art. 52 LAVS.

éventuellement pénale<sup>102</sup>, éventualité qui pourrait considérablement modifier la volonté des parties d'utiliser la structure offerte par le Portage Salarial en l'absence d'une législation appropriée.

[Rz 184] Cela étant et conformément à l'analyse faite par les autorités françaises, nous restons convaincus que le Portage Salarial comble un besoin réel des parties, en particulier des personnes à la recherche d'un tremplin initial vers l'indépendance.

[Rz 185] Conformément à la position adoptée par le Bureau de l'Unedic<sup>103</sup>, ce mode de fonctionnement doit toutefois faire l'objet d'une régularisation juridique afin d'éviter notamment le *dumping salarial* et les éventuels abus relatifs aux assurances sociales.

[Rz 186] A cette fin, l'Unedic a mis en place des mesures provisoires pour déterminer si les salariés en Portage Salarial devaient bénéficier ou non de la couverture de l'assurance chômage dans l'attente d'une extension législative.

[Rz 187] A cette occasion, l'autorité française a établi une liste des caractéristiques<sup>104</sup> que le Porté devrait remplir pour bénéficier de la qualification de salarié et ainsi bénéficier des prestations chômeurs.

[Rz 188] Compte tenu de l'évolution de ce mode de fonctionnement en Suisse et afin de maintenir un système équitable, transparent et limiter les risques pour les parties, il serait avisé que nos autorités fassent de même. En l'absence d'une telle liste, seuls s'appliquent les critères retenus par les autorités sociales et judiciaires qui, comme nous l'avons vu, peuvent faire apparaître des solutions peu satisfaisantes pour l'ensemble des parties contractantes.

---

Stéphanie Fuld, BCCC Sàrl, avocate, spécialiste FSA droit du travail

Jean-Tristan Michel, BCCC Sàrl, avocat-stagiaire, doctorant en droit du travail

---

\* \* \*

---

<sup>102</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Art. 105 LACI.

<sup>103</sup> CIRCULAIRE N°2011-33 DU 7 NOVEMBRE 2011 Direction des Affaires Juridiques.

<sup>104</sup> Afin de déterminer si un salarié Porté relève du champ de l'assurance chômage, il convient de s'assurer que la situation de l'intéressé est caractérisée comme suit : l'Entreprise de Portage a une activité dédiée exclusivement au Portage Salarial ; l'Entreprise de Portage a la responsabilité des obligations relatives au suivi médical de travail à l'embauche et au suivi périodique du salarié Porté ; les modalités d'acquisition, de prise et de paiement des congés payés sont conformes aux dispositions légales visées aux articles L. 1242-16 et L. 3141-1 et suivants du code du travail ; l'Entreprise de Portage a souscrit une garantie financière auprès d'un établissement habilité à délivrer des cautions ; le salarié Porté bénéficiait du statut de cadre ; le salarié Porté bénéficiait d'une rémunération, hors indemnité d'apport d'affaires, d'au minimum 2 900 euros bruts mensuels pour un emploi à plein temps ; l'activité exercée en Portage Salarial n'était pas une prestation de services à la personne ; l'Entreprise de Portage Salarial procédait au contrôle de la conformité des éléments transmis par le salarié Porté sur la base d'un compte rendu d'activité, d'une périodicité au moins mensuelle ; l'Entreprise de Portage Salarial s'est acquittée du versement des contributions d'assurance chômage et des cotisations AGS dues au titre de l'emploi des salariés Portés, conformément aux articles L. 3253-6 et L. 5422-13 du code du travail.