

Commentaire

Décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014

Confédération générale du travail Force ouvrière et autre

(Portage salarial)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 6 février 2014 par le Conseil d'État (décision n° 371062 du 5 février 2014) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO) ainsi que la Fédération des employés et cadres Force ouvrière, et portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du paragraphe III de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

Dans sa décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, tout en reportant au 1^{er} janvier 2015 les effets de cette censure.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique des dispositions contestées

Le portage salarial est une forme d'activité hybride qui permet à un professionnel d'exécuter une mission dans une entreprise en toute indépendance tout en bénéficiant du statut de salarié¹. Il se caractérise par :

- une relation triangulaire entre une société de portage, une personne portée et une entreprise cliente ;
- la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par la personne portée ;
- la fourniture de prestations par la personne portée à l'entreprise cliente ;
- la conclusion d'un contrat de prestation de services entre le client et la société de portage ;

¹ B. Kantorowicz, « Le portage salarial », *Cahiers sociaux* 2013, n° 255, p. 369.

– la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie à la personne portée dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail².

Le portage est né il y a vingt-cinq ans : « *il s'agissait d'un dispositif confidentiel et d'opportunité destiné aux cadres très supérieurs ou dirigeants seniors dans un double but de maintenir une rémunération avant l'âge de la liquidation des droits à retraite et de complétion de ces derniers.* – *Le portage s'est ensuite progressivement étendu à des populations et des activités toujours plus larges* »³. Il répond en effet au développement de l'externalisation de l'emploi dans les entreprises qui veulent ainsi réduire leurs coûts salariaux.

Certains défendent une conception stricte du portage salarial, limitée aux prestations intellectuelles pour des salariés de haut niveau. D'autres en ont une conception beaucoup plus étendue, considérant qu'il peut concerner l'ensemble des activités (notamment les services à la personne), quelles que soient les qualifications requises.

En 2005, il existait 15 000 personnes portées en contrat actif avec des sociétés de portage ; seul un quart des personnes portées avait une activité qui dépasse l'équivalent d'un quart-temps ; 82 % des personnes portées n'atteignaient pas l'équivalent d'un smic annuel ; seulement 32 % des personnes portées avaient plus de 50 ans⁴.

Cette nouvelle organisation du travail a toujours suscité d'importants débats quant à sa licéité : le fait que la personne portée doive trouver elle-même ses missions et sa très grande autonomie à l'égard de l'entreprise de portage paraissaient difficilement compatibles avec l'existence d'un contrat de travail. Le portage pouvait ainsi être vu comme un instrument de fraude permettant à un travailleur indépendant de bénéficier des droits des salariés, en particulier du droit aux allocations chômage.

La Cour de cassation a rendu plusieurs décisions en matière de portage salarial :

– dans un arrêt du 16 décembre 2009⁵, dans un litige entre une personne portée et les Assedic, elle a admis l'existence d'un contrat de travail entre la société de portage et le salarié, en s'appuyant sur une analyse très compréhensive du lien de subordination ;

² Selon l'article 19 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

³ C. Lenoir et F. Schechter, « Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés », *Dr. social* 2012, n 9, p. 771.

⁴ C. Lenoir et F. Schechter, art. préc.

⁵ Soc., 16 décembre 2009, n° 08-17.852.

– dans deux arrêts du 17 février 2010⁶, elle a appliqué de manière rigoureuse les règles du droit du travail au contrat unissant le salarié et la société de portage. Elle a en particulier affirmé que c'est à la société de portage, en qualité d'employeur, de fournir du travail au porté et que les règles légales relatives à la détermination du temps de travail doivent être respectées. Ce faisant, la Cour soumet le portage « à un test dont elle sait pertinemment qu'il est infranchissable »⁷ ; il « se trouve désormais privé de la plupart des clauses indispensables à son fonctionnement normal »⁸.

Un premier accord collectif a été conclu le 15 novembre 2007 en matière de portage salarial, mais il ne concerne que les entreprises qui ont adhéré au SNEPS (Syndicat national des entreprises de portage salarial), fédération patronale ayant choisi de se rattacher à la branche Syntec (bureaux d'ingénieur technique, cabinets d'ingénieurs conseils...). Cet accord ne concerne donc que la conception « restreinte » du portage salarial.

L'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a entendu sécuriser le portage salarial. Selon son article 19 : « *Considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social, dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors. Il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service* ». Le texte ajoute : « *À cet effet, la branche du travail temporaire organisera, par accord collectif étendu, la relation triangulaire en garantissant au porté le régime du salariat, la rémunération de sa prestation chez le client ainsi que son apport de clientèle. La durée du contrat de portage ne devra pas excéder trois ans* ».

L'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, qui avait pour vocation de transposer l'ANI, a consacré au portage salarial un article, comportant trois paragraphes :

– le législateur a tout d'abord inséré dans le code du travail, à l'article L. 1251-64, une définition générale du portage salarial : il s'agit d'« *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* » ;

⁶ Soc., 17 février 2010, n° 08-45.298 et n° 08-40.671.

⁷ P. Morvan, « Heurs et malheurs jurisprudentiels du portage salarial », *JCP S* 2010. 1147.

⁸ J. Mouly, « Portage salarial : une validation en trompe l'œil », *D.* 2010, p. 799.

– ensuite, le législateur a écarté l’incrimination du délit de prêt de main d’œuvre illicite en matière de portage salarial, en ajoutant une nouvelle exception à l’article L. 8241-1, 1°, du code du travail (avec notamment le travail temporaire et le travail à temps partagé) ;

– enfin, le législateur a prévu, au paragraphe III de l’article 8, que « *Par exception aux dispositions du deuxième alinéa de l’article L. 2261-19 du code du travail et pour une durée limitée à deux ans à compter de la publication de la présente loi, un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l’activité est considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d’organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial* ». Cette disposition fait l’objet de la présente QPC.

Ce texte renvoie à un accord qui était en réalité déjà adopté : l’accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 précité. La « *branche dont l’activité est considérée comme la plus proche du portage salarial* » est donc celle du travail temporaire.

L’article L. 2261-19 du code du travail prévoit les conditions dans lesquelles une convention collective peut faire l’objet d’une extension. Une convention collective ne concerne en effet en principe que les entreprises membres d’une organisation signataire. L’extension, décidée par le ministre chargé du travail, consiste à imposer le respect de la convention à toutes les entreprises comprises dans son champ d’application, y compris celles qui n’adhèrent pas à une organisation patronale signataire. Selon les deux premiers alinéas de l’article L. 2261-19 : « *Pour pouvoir être étendus, la convention de branche ou l’accord professionnel ou interprofessionnel, leurs avenants ou annexes, doivent avoir été négociés et conclus en commission paritaire. – Cette commission est composée de représentants des organisations syndicales d’employeurs et de salariés représentatives dans le champ d’application considéré* ».

Les partenaires sociaux de la branche du travail temporaire étant nécessairement non représentatifs dans le secteur du portage salarial, l’accord qu’ils avaient vocation à conclure ne pouvait pas remplir les conditions normales de l’extension, ce qui rendait nécessaire une dérogation.

Les partenaires sociaux de la branche de l’intérim sont finalement parvenus à un accord, la veille de l’expiration du délai de deux ans qui leur était imparti par le paragraphe III de l’article 8 de la loi du 25 juin 2008 : il s’agit de l’accord du 24 juin 2010 relatif au portage salarial. Cet accord prévoit en particulier que le portage ne peut concerner que des cadres (article 1.1) et que la rémunération ne

peut être inférieure à 2 900 euros bruts mensuels (article 5.2). Il fait donc le choix d'un domaine restreint pour le portage salarial.

Le ministre chargé du travail a saisi l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) d'une mission relative aux conditions d'évolution du portage salarial, et posant spécialement la question de l'extension de l'accord du 24 juin 2010. Dans son rapport publié en septembre 2011⁹, l'IGAS a conclu à l'impossibilité de procéder à cette extension en raison notamment :

- du champ d'application juridique de l'accord réservant cette activité aux cadres, alors que la jurisprudence de la Cour de cassation affirme que le seul critère de la catégorie professionnelle ne peut justifier une différence de traitement entre les salariés ;
- de ce que les partenaires sociaux ont dépassé leur mandat en subordonnant l'application de l'accord à plusieurs modifications législatives.

Par arrêté du 24 mai 2013, le ministre du travail a cependant décidé d'étendre l'accord du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial. Ses stipulations, à l'exception de l'article 2.1.1, qui prévoyait un cas de recours *sui generis* au contrat à durée déterminée, sont désormais obligatoires pour tous les employeurs et tous les salariés de ce secteur d'activité.

B. – Origine de la QPC et question posée

La CGT-FO et la Fédération des employés et cadres FO ont saisi le Conseil d'État d'une requête en annulation de l'arrêté du 24 mai 2013 portant extension de l'accord national professionnel du 2 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial. À cette occasion, elles ont formé une QPC portant sur le paragraphe III de l'article 8 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

Par sa décision du 5 février 2014, le Conseil d'État a renvoyé cette QPC au Conseil constitutionnel, car le moyen tiré de ce que les dispositions contestées « *portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté syndicale proclamée par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et au principe de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail résultant du huitième alinéa du même Préambule, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

⁹ C. Lenoir et F. Schechter, *L'avenir et les voies de régulation du portage salarial*, septembre 2011, IGAS, RM2011-128P.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Les griefs des requérants portaient sur la liberté syndicale et le droit à la participation des travailleurs. Cependant, le Conseil constitutionnel a, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises¹⁰, soulevé d'office un grief conformément à l'article 7 du règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant lui pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Par une lettre du 19 mars 2014, il a invité les parties à formuler des observations sur « *le grief tiré de ce qu'en confiant aux partenaires sociaux la mission d'organiser le portage salarial, sans fixer lui-même les principes essentiels de son régime juridique, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant la liberté d'entreprendre* ». Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce grief pour prononcer la censure des dispositions contestées, sans examiner les griefs soulevés par les requérants.

A. La jurisprudence constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel considère « *que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »¹¹.

Le Conseil a déjà considéré que l'incompétence négative du législateur pouvait affecter notamment :

- le droit au recours juridictionnel effectif¹² ;
- le droit de propriété¹³ ;
- la liberté individuelle¹⁴ ;

¹⁰ V. récemment les décisions n^{os} 2013-318 QPC du 7 juin 2013, *M. Mohamed T. (Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur)* ; 2013-328 QPC du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale)* ; 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management (Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques)* ; 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, *Époux L. (Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole)*.

¹¹ Décision n^o 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

¹² Décision n^o 2012-298 QPC du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne (Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises – Modalités de recouvrement)*, cons. 6.

¹³ Décision n^o 2013-343 QPC du 27 septembre 2013, *Époux L. (Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole)*, cons. 7.

¹⁴ Décision n^o 2013-367 QPC du 14 février 2014, *Consorts L. (Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement)*, cons. 10.

- la liberté d’entreprendre¹⁵ ;
- la liberté de communication des pensées et des opinions¹⁶.

La jurisprudence relative à l’incompétence négative est connue¹⁷. Dans sa décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, le Conseil a précisé les conditions dans lesquelles le législateur pouvait confier aux conventions collectives le soin de préciser les modalités concrètes d’application des principes fondamentaux du droit du travail :

« Considérant, d’une part, qu’aux termes de l’article 34 de la Constitution : " La loi détermine les principes fondamentaux... du droit du travail " ; qu’aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : " Tout travailleur participe, par l’intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu’à la gestion des entreprises " ; que, d’autre part, l’article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi la fixation des " règles concernant... l’assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures " ainsi que la détermination des " principes fondamentaux... de la sécurité sociale " ;

« Considérant qu’il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d’application des normes qu’il édicte en matière de droit du travail ; qu’il lui est également loisible de prévoir qu’en l’absence de convention collective, ces modalités d’application seront déterminées par décret ; qu’il en va ainsi, dans les conditions et les limites définies par le législateur, de la détermination des parts respectives du salaire et des autres éléments de la rémunération »¹⁸.

De manière similaire, dans sa décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, le Conseil constitutionnel a jugé *« que, s’il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d’application des principes fondamentaux du droit du travail et de prévoir qu’en l’absence de convention collective ces modalités d’application seront déterminées par décret,*

¹⁵ Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management (Participation des salariés aux résultats de l’entreprise dans les entreprises publiques)*, cons. 19.

¹⁶ Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. (Noms de domaine Internet)*, cons. 5.

¹⁷ Apparue en matière de loi organique avec la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967 (*Loi organique modifiant et complétant l’ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 4), cette jurisprudence a une portée générale.

¹⁸ Décision n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, *Loi portant diverses dispositions relatives au sport professionnel*, cons. 10 et 11.

il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »¹⁹.

Dans sa décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, le Conseil avait même jugé que *« la fixation des seuils d'effectifs, eu égard à ses conséquences sur le champ d'application des procédures de conclusion d'accords collectifs de travail, relève en principe de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution en matière de principes fondamentaux du droit du travail ; que celui-ci pouvait toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils, sous la réserve que les procédures nouvelles de négociation ne pourraient intervenir qu'en l'absence de délégués syndicaux ou de délégués du personnel faisant fonction de délégué syndical, dès lors que la latitude ainsi laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation, et d'une évaluation des pratiques qui en sont résultées »²⁰.*

Le pouvoir de la négociation collective est ainsi largement reconnu et les censures prononcées en raison de l'insuffisance de l'encadrement dans la loi sont rares.

Dans sa décision n° 2013-682 DC, le Conseil a jugé que : *« le premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction résultant de l'article 14 de la loi déférée renvoie aux accords professionnels et interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 du même code le soin, dans des conditions prévues par décret, de " prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif " ; que les mêmes dispositions précisent que ces prestations peuvent " notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale " ; que le législateur a pu, sans méconnaître sa compétence, renvoyer au décret et à la négociation collective le soin de préciser les modalités d'application des règles ainsi fixées qui ne sont entachées d'aucune inintelligibilité ; que le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu sa compétence doit être écarté »²¹ (cons. 42).*

¹⁹ Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, cons. 14.

²⁰ Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*, cons. 12.

²¹ Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013 *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, cons. 42.

Cependant, dans la décision du 7 août 2008 précitée, le Conseil a jugé « *que les dispositions contestées prévoient une contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, mais suppriment tout encadrement de sa durée minimale ou des conditions dans lesquelles elle doit être prise, alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi ; que, dès lors, [...] le législateur n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* »²².

Dans sa décision n° 2013-336 QPC, le Conseil constitutionnel a censuré pour incompétence négative, au regard de la liberté d'entreprendre, le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004. Le législateur avait soustrait « *les entreprises publiques* » à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise. Le Conseil a relevé que le législateur « *n'a pas fixé la liste des "entreprises publiques" auxquelles, par dérogation à cette règle, cette obligation s'applique. [...] Il s'est borné à renvoyer au décret le soin de désigner celles des entreprises publiques qui y seraient néanmoins soumises. [...] Le législateur s'est ainsi abstenu de définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation en ne se référant pas, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité. [...] Il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi* ». Le Conseil a jugé « *qu'en reportant ainsi sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi, il a méconnu l'étendue de sa compétence* »²³.

B. – L'application à l'espèce

Après avoir rappelé les normes de référence applicables en reprenant le considérant de principe précité sur l'incompétence négative en QPC (cons. 3), le Conseil constitutionnel a formulé son raisonnement en deux temps.

En premier lieu, le Conseil a recherché si le législateur avait épuisé sa compétence. Il a commencé par se référer à l'article 34 de la Constitution, qui place dans le domaine de la loi les principes fondamentaux du droit du travail, et au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, sur le droit à la

²² Décision n° 2008-568 DC du 7 août 2008 précitée, cons. 15.

²³ Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013, précitée, cons. 18.

participation des travailleurs. Dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, il a affirmé que : *« s'il est loisible au législateur de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail, il lui appartient d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution »* (cons. 4).

Le Conseil a ensuite jugé : *« qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que ressortissent en particulier aux principes fondamentaux de ces obligations civiles et commerciales les dispositions qui mettent en cause les conditions essentielles de l'exercice d'une profession ou d'une activité économique »* (cons. 5). Dans sa décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, le Conseil avait jugé que *« la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »*²⁴. Le rattachement au domaine des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales des dispositions qui mettent en cause *« les conditions essentielles de l'exercice d'une profession et ou d'une activité économique »* (cons. 5) s'inscrit dans le prolongement de cette jurisprudence.

Or, en l'espèce, le législateur s'est contenté de définir le portage salarial dans le paragraphe I de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 en le rattachant au régime du salariat et en consacrant les droits de la personne portée sur son apport de clientèle. Il a, pour le reste, renvoyé à la négociation collective la mission de fixer le régime juridique du portage salarial. Autrement dit, les dispositions contestées permettent aux partenaires sociaux de réglementer comme ils le souhaitent le portage salarial, sans qu'aucune borne ne leur ait été fixée. Le Conseil a donc affirmé que : *« les dispositions contestées confient à la convention collective le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; que, par suite, en les adoptant, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence »* (cons. 6).

La comparaison avec d'autres formes spéciales d'organisation du travail est révélatrice : le code du travail comporte de nombreuses dispositions organisant et encadrant le travail temporaire (articles L. 1251-1 à L. 1251-64), le travail à temps partagé (articles L. 1252-1 à L. 1252-13), les contrats conclus avec un groupement d'employeur (articles L. 1253-1 à L. 1253-23). À l'inverse des dispositions contestées relatives au portage salarial, il s'agit à chaque fois de bien plus que d'une simple définition.

²⁴ Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle)*, cons. 7.

En deuxième lieu, le Conseil a recherché si cette incompétence négative affectait par elle-même un droit ou une liberté garanti par la Constitution. Sur ce point, il a jugé que *« la méconnaissance, par le législateur de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'exercice de l'activité économique de portage salarial ainsi que dans la fixation des principes applicables au " salarié porté " affecte par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre ainsi que les droits collectifs des travailleurs »* (cons. 7).

Le choix fait par les partenaires sociaux d'un champ restreint pour le portage salarial établit clairement l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte de l'incompétence négative du législateur : toutes les entreprises de portage salarial qui employaient des non-cadres – ce qui pourrait représenter plus de la moitié des effectifs – ne pourront plus exercer leur activité²⁵.

Enfin, le Conseil constitutionnel a aménagé les effets dans le temps de sa censure : il a reporté au 1^{er} janvier 2015 la date d'abrogation des dispositions contestées afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, et a précisé que *« les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, avant cette même date, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité »* (cons. 10). Par conséquent et en particulier, l'arrêté du 24 mai 2013 portant extension de l'accord national professionnel du 2 juin 2010 relatif à l'activité de portage pourra être contesté à compter du 1^{er} janvier 2015 s'il n'a pas été abrogé ou remplacé avant cette date.

²⁵ V. les questions écrites à l'Assemblée Nationale n° 112872 de Mme Marie-Odile Bouillé et n° 117481 de Mme Marie-Josée Roig (XIII^e législature), exprimant cette inquiétude.