

RAISON CARNEL

SOCIETE D'AVOCATS

Paris, le 17 juin 2014

Objet : Mémoire - Le recours au portage salarial en droit immobilier

Chère Madame,

Vous m'avez consulté concernant la possibilité de recourir au portage salarial dans le secteur de l'immobilier.

Nous allons donc revenir sur cette spécificité du droit social.

Introduit par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, le portage salarial se définit comme :

« 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 clientèle¹ ».

Cette loi a donc légalisé la pratique et organisé le portage salarial, devenant ainsi une des formes de prêt de main d'œuvre à but lucratif autorisé.

Ce texte laisse toutefois le soin à la branche du travail temporaire d'en organiser les modalités.

L'accord professionnel du 24 juin 2010 a, de ce fait, fixé les modalités du recours au contrat de portage salarial.

Cet accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension le 24 mai 2013 rendant ainsi applicables les dispositions dudit accord à tout contrat de portage salarial.

Le contrat de portage implique une relation tripartite entre un professionnel, le porté, une société cliente et une société de portage, qui s'apparente alors à un employeur.

¹ Article L. 1251-64 du Code du travail.

I- RAPPEL DES RELATIONS CONTRACTUELLES DANS LE CADRE DU PORTAGE SALARIAL

Le montage juridique se détaille comme suit :

I.1- La prestation du professionnel

Le professionnel accomplit une prestation auprès d'une entreprise cliente. En principe, cette prestation a fait l'objet d'une négociation des conditions de réalisation entre le professionnel et l'entreprise cliente.

I.2- Le paiement entre les mains de la société de portage

Après parfaite exécution des prestations promises, le client intéressé s'acquitte du paiement du professionnel, sous forme d'honoraire, qui seront versés entre les mains de la société de portage.

I.3- Le salaire du professionnel

Après en avoir reçu paiement, la société de portage verse au professionnel la rémunération convenue sous forme de salaires après déduction des charges patronales et des frais de gestion.

I.4- Les liens contractuels

Du point de vue contractuel, différents contrats sont en principe nécessaires.

i- un contrat-cadre

Un contrat-cadre entre la société de portage et le porté prévoyant les conditions de la recherche et de l'exécution des missions par le porté ainsi que les modalités de leur collaboration doit être conclu.

Il constitue le préalable de la relation contractuelle future entre le salarié porté et la société de portage.

ii- un contrat de prestation de services ou contrat de mission

Un contrat de prestation de services ou « contrat de mission » entre la société de portage et l'entreprise cliente doit également être conclu.

Il permet d'identifier la nature et les modalités d'exercice des prestations soumises au portage salarial.

iii- un contrat de travail

Ce **contrat de travail** entre la société de portage et le salarié porté, qui peut être à durée déterminée ou indéterminée, à temps partiel ou à temps complet, permet au salarié porté de bénéficier du régime des salariés.

II- DES ACTIVITES LIMITEES

Le recours au portage salarial peut être mis en œuvre par divers opérateurs de secteurs d'activités variés.

Toutefois, certaines branches d'activité ont été expressément exclues.

Il s'agit des prestations de services à la personne² et les activités du spectacle.

A l'heure actuelle, à défaut de précisions supplémentaires, le recours au portage salarial n'est pas expressément exclu en matière immobilière.

C'est la raison pour laquelle, la pratique du portage salarial en la matière a connu un essor important depuis quelques années.

Cette pratique requiert non seulement de respecter des règles posées par l'accord du 24 juin 2010, mais aussi celles découlant de la loi HOGUET du 2 janvier 1970.

III- L'EXAMEN DU REGIME JURIDIQUE DE DROIT COMMUN

Nous examinerons les droits et obligations des divers acteurs du contrat de portage (III.1) et préciserons le droit applicable aux contrats régissant cette matière (III.2).

III.1- Sur l'encadrement des relations contractuelles

Le portage salarial est assujéti à diverses règles auxquelles doivent répondre le salarié porté, la société de portage, et l'entreprise cliente.

1- Sur les prérogatives du salarié porté

i- Statut de cadre

Le salarié porté doit bénéficier du statut de cadre³.

Il doit disposer en effet de :

« Un niveau d'expertise et de qualification tel qu'il s'accompagne nécessairement d'une autonomie dans la négociation de la prestation avec le client et dans l'exécution de cette prestation⁴ ».

En pratique, le salarié assure la prospection des entreprises clientes et la négociation avec elles de la prestation et du prix convenus⁵.

Par ailleurs, la nature des prestations de portage salarial implique que les salariés portés disposent :

« D'une très grande autonomie dans l'organisation de leur travail et dans le choix des moyens à mettre en œuvre pour réaliser leurs prestations.

² Article 1^{er} alinéa 4 de l'accord du 24 juin 2010.

³ Article 1.1 alinéa 2 de l'accord du 24 juin 2010.

⁴ Article 1.1 de l'Accord national professionnel du 24 juin 2010, Arrêté du 24 mai 2013, Journal Officiel du 8 juin 2013.

⁵ Article 1.1 alinéa 3 de l'accord du 24 juin 2010.

Ils sont [ainsi] libres d'organiser eux-mêmes leur temps de travail⁶ ».

Néanmoins, le choix et l'organisation du temps de travail doivent faire l'objet d'une information de l'entreprise de portage et du client.

En effet, le salarié porté réalise la prestation convenue avec le client sur la base d'un temps de travail déterminé dans le contrat de travail, ce qui permet à l'entreprise de portage d'établir le bulletin de paie⁷.

ii- La possibilité d'exercer en CDD ou en CDI

L'accord du 24 juin 2010 prévoit que le contrat de portage peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée⁸.

L'arrêté du 24 mai 2013 étendant les dispositions de l'accord du 24 juin 2010 à tous les contrats de portage salarial prévoit toutefois que l'entreprise de portage ne pourra conclure que des contrats à durée déterminée pour des motifs relevant du droit commun⁹.

S'agissant du recours à un contrat à durée indéterminée, l'entreprise est tenue d'établir, pour chaque prestation, un avenant au contrat à durée indéterminée indiquant les éléments essentiels du contrat initial modifié selon les caractéristiques intrinsèques de chaque prestation réalisée (modalités de réalisation, la durée de la prestation, le temps de travail et le montant de la rémunération).

Sauf exception, la durée de chaque prestation réalisée par le salarié porté auprès d'un client ne peut excéder une durée de 3 ans¹⁰.

iii- Temps de travail

Le contrat de travail peut prévoir une convention individuelle de forfait en heures ou en jours.

- En cas de conclusion d'une convention individuelle de forfait en heures, elle peut être mensuelle ou annuelle. Cependant, elle doit être d'une durée maximale de 173 heures par mois ou de 1.827 heures par an.
- En cas de conclusion d'une convention de forfait annuel en jours, elle devra être limitée à 218 jours par année civile ; ce plafond pouvant être dépassé, à la demande du salarié et avec l'accord de l'entreprise de portage, dans la limite de 223 jours, la rémunération des cinq jours supplémentaires étant majorée de 50 %.

iv- Rémunération minimum

Le salarié porté bénéficie d'une rémunération minimale, hors indemnité d'apport d'affaires, fixée à 2 900 euros bruts mensuels pour un emploi à plein-temps¹¹.

Il doit bénéficier :

⁶ Article 3 de l'accord du 24 juin 2010.

⁷ Article 3 de l'accord du 24 juin 2010.

⁸ Articles 2.1.1 et 2.1.2 de l'accord du 24 juin 2010.

⁹ Article L. 1242-2 du code du travail.

¹⁰ Article 7 alinéa 2 et 3 de l'accord du 24 juin 2010.

¹¹ Article 5.2 de l'accord du 24 juin 2010.

« D'une rémunération en fonction du temps consacré à la réalisation de la prestation de portage.

Cette rémunération est distincte du coût de la prestation de portage salarial supporté par l'entreprise cliente, lequel inclut aussi les frais de gestion de l'entreprise de portage salarial »¹².

A cette rémunération, s'ajoute une indemnité d'apport d'affaires de 5 % de la rémunération convenue incluant notamment le temps de préparation et de prospection¹³.

Avec le consentement du porté, l'indemnité d'apport d'affaires peut être convertie en temps prolongeant ainsi le contrat de portage afin de permettre au salarié porté de prospecter de nouveaux clients tout en continuant à être lié par un contrat de travail¹⁴.

Par ailleurs, lorsque le salarié porté est titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée, il perçoit en outre une indemnité de fin de contrat de 10 % dans les conditions prévues aux articles L. 1243-8 et L. 1243-10 du code du travail.

2- Les obligations de l'entreprise de portage

L'activité de portage salarial ne peut être réalisée que par des entreprises dédiées exclusivement à cette activité et répertoriées en tant que telles sous un même code NAF¹⁵.

i- Les obligations relatives au salarié porté

L'entreprise de portage est tenue d'établir un contrat de travail au porté et d'accomplir les formalités administratives et les déclarations sociales impératives¹⁶.

Elle est également tenue de réaliser un accompagnement du salarié porté afin de lui permettre d'assurer un développement de ses prestations, favorisant ainsi une pérennité de la relation contractuelle.

La société de portage doit en outre assurer :

- le suivi médical du travail à l'embauche ;
- la bonne exécution des prestations confiées au porté¹⁷ ;
- l'établissement d'un compte rendu d'activité au moins une fois par mois¹⁸.

Enfin, l'entreprise de portage doit souscrire pour le compte de son salarié une assurance responsabilité civile susceptible de couvrir les dommages qu'il pourrait causer à son client¹⁹.

¹² Article 5.1 alinéa 1 et 2 de l'accord du 24 juin 2010.

¹³ Article 5.1 alinéa 3 de l'accord du 24 juin 2010.

¹⁴ Article 5.1 alinéa 3 de l'accord du 24 juin 2010.

¹⁵ Article 1.2.1 de l'accord du 24 juin 2010.

¹⁶ Article 1.2.2 alinéa 1 de l'accord du 24 juin 2010.

¹⁷ Article 1.2.2 alinéa 1 et 2 de l'accord du 24 juin 2010.

¹⁸ Circulaire Unedic n° 2011-33, 7 novembre 2011.

¹⁹ Article 8 alinéa 1 et 4 de l'accord du 24 juin 2010

ii- les obligations relatives à l'information du comité d'entreprise

Dans le cadre de l'information périodique sur la situation et l'évolution de l'emploi, l'employeur est tenu d'informer le comité d'entreprise sur le nombre de salariés appartenant à une entreprise extérieure (article L. 2323-47 et L. 2323-51 du Code du travail).

La violation de cette obligation constitue un délit d'entrave²⁰.

NB : la seule référence au bilan social indiquant le coût global de la sous-traitance sans préciser le nombre des salariés concernés et les motifs y afférents ne sont pas de nature à l'exonérer de son obligation²¹.

3- Les obligations de l'entreprise cliente

Le recours à un contrat de portage salarial est soumis à deux conditions :

- Il doit concerner des tâches occasionnelles ne relevant pas de l'activité normale et permanente l'entreprise ;
- Il doit concerner une tâche ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas en interne²².

En conséquence, il convient vérifier que la nature des missions confiées par l'entreprise cliente est compatible avec cette disposition.

L'entreprise cliente doit vérifier les aptitudes professionnelles du futur salarié porté et informer la société de portage de tout évènement qui pourrait impacter la poursuite de la prestation convenue²³.

Les salariés portés sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise cliente au prorata de leur temps de présence au cours des 12 mois précédents (article 10 de l'accord du 24 juin 2010).

III.2 – Sur le droit applicable aux différents contrats

1- Application du droit commun des contrats en matière de contrat de prestation de services

Le contrat de prestation de services étant un contrat de nature commerciale, il conviendra a priori d'appliquer le droit commun des contrats pour les conventions conclues entre la société de portage et la société cliente.

Ce contrat doit respecter toutes les mentions répertoriées à l'article 2.2 de l'accord du 24 juin 2014 et notamment :

- l'identité du salarié porté ;
- le descriptif de la prestation à réaliser ;

²⁰ Article L2328-1 du Code du travail /.

²¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 juin 2001, n° 00-80.489, Cour de cassation Chambre criminelle, 8 janv. 2002, n° 01-82.757.

²² Article 1.3 alinéa 1 de l'accord du 24 juin 2010.

²³ Article 1.3 alinéa 1 de l'accord du 24 juin 2010.

- la durée prévisible de la prestation ;
- les modalités de facturation de la prestation entre l'entreprise de portage et le client ;
- les responsabilités respectives en cas de cessation de la prestation avant la réalisation de l'objet du contrat de portage.

Les parties seront alors tenues par les clauses contractuelles qu'elles auront librement stipulées.

2- Application du droit du travail pour les contrats entre sociétés de portage et professionnels portés

Les contrats de travail en portage salarial sont soumis aux règles d'ordre public du droit du travail.

La Cour de cassation a précisé que la pratique du portage salarial ne peut avoir pour effet de déroger aux règles relatives aux contrats de travail classiques.

L'entreprise de portage est donc tenue de fournir du travail à son salarié, la circonstance que le porté soit resté deux mois sans activité alors qu'il s'était engagé à rechercher ses missions n'exonère pas cette dernière de son obligation²⁴.

De ce fait, l'employeur pourrait être condamné à verser au porté le salaire convenu et/ou voir le contrat de travail résilié à ses torts exclusifs.

La société de portage a en outre l'obligation d'indiquer dans le contrat de travail souscrit à temps partiel la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail et sa répartition entre les jours de la semaine ou du mois²⁵.

En l'absence de contrat écrit entre la société de portage et le salarié porté, la jurisprudence considère de manière constante que le contrat de travail est réputé avoir été conclu à durée indéterminée et à temps complet²⁶, avec toutes les incidences qui sont susceptibles d'en découler notamment en matière de rappels de salaires.

Ainsi, en cas de recours au portage salarial, il convient de respecter scrupuleusement toutes les obligations en matière du droit du travail.

A défaut, la relation contractuelle risque d'être requalifiée par les juges, ce qui peut être particulièrement couteux pour l'entreprise de portage concernée.

²⁴ Cour de cassation, Chambre sociale, 17 février 2010 n° 08-45.298.

²⁵ Cour de cassation, Chambre sociale, 17 février 2010, n° 08-40.671.

²⁶ Cour administrative de Limoges, chambre sociale, 19 novembre 2012 n° 12/00213.

IV- LES PROBLEMATIQUES LIEES AU DROIT IMMOBILIER

IV.1- Sur la nature des missions occasionnelles confiées au professionnel porté

Aux termes de l'article 1.3 alinéa 1^{er} de l'accord du 17 juin 2010, un contrat de portage salarial doit avoir pour objet :

- la réalisation de tâches occasionnelles ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise ;
- la réalisation d'une expertise dont elle ne dispose pas en interne.

Au regard de ces deux conditions, il est possible de s'interroger sur la possibilité de recourir au portage salarial, un tel montage apparaissant à mon sens en contradiction avec les dispositions précitées.

En effet, l'agence immobilière cliente réalise quotidiennement des opérations commerciales.

Il résulte de ce qui précède, que le portage salarial paraît difficilement compatible avec l'activité des agences immobilières dont la vocation première est l'activité commerciale d'intermédiaire.

IV.2- Sur les formalités administratives spécifiques

1- L'exigence d'une carte professionnelle « Transaction » tant pour la société cliente que pour la société de portage

i- Le principe

Aux termes des dispositions de la loi du 2 janvier 1970, les personnes physiques ou morales réalisant des transactions immobilières doivent être titulaires d'une carte professionnelle²⁷ délivrée par le Préfet territorialement compétent.

A cet égard, la jurisprudence²⁸ considère que :

« Les activités de transaction ou de gestion immobilière ne peuvent être exercées que par des personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle délivrée par le Préfet ;

(..) si l'article 4 de cette loi donne au titulaire de la carte la possibilité d'habiliter une personne physique à négocier, s'entremettre ou s'engager pour son compte dans les conditions prévues à l'article 9 du décret du 20 juillet 1972, il ne permet pas de conférer à une personne morale l'autorisation d'exercer l'activité d'agent immobilier, sans être elle-même titulaire de cette carte ».

Ainsi, en cas de recours au portage salarial, l'entreprise cliente et l'entreprise de portage salarial doivent donc être titulaires de la carte professionnelle Transaction.

²⁷ Article 1^{er} et 3 de la loi du 2 janvier 1970

²⁸ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 février 2005, n° 02-10.643

ii- Problématiques

On pourrait s'interroger sur la compatibilité entre l'objet social de la société de portage qui doit être exclusivement dédié au portage et son activité immobilière.

En effet, les règles de portage imposent à la société de portage que son activité soit exclusivement dédiée au portage ; ce qui n'est pas le cas d'une agence immobilière.

Les préfectures pourraient donc poser des difficultés quant à la délivrance des cartes professionnelles de transaction à des sociétés dont l'objet social est l'activité d'agence immobilière mais qui exerceront une activité de portage.

En outre, ces sociétés seront en infraction avec l'article 1.2.1 de l'accord du 24 juin 2010.

2- Le salarié porté doit détenir une attestation préfectorale

L'article 9 du décret du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi du 2 janvier 1970 précise que :

« Toute personne habilitée par un titulaire de la carte professionnelle à négocier, s'entremettre ou s'engager pour le compte de ce dernier, justifie de la qualité et de l'étendue de ses pouvoirs par la production d'une attestation conforme à un modèle déterminé par arrêté (...).

Cette attestation est délivrée par le titulaire de la carte professionnelle après avoir été visée par le Préfet ».

En l'espèce, une question se pose : quelles sociétés ont qualité pour solliciter l'attestation au bénéfice du salarié porté ? La société cliente ou au contraire la société de portage ? Et sur la base de quel contrat ?

i- Attestation sollicitée par la société de portage ?

Dans le cas où la préfecture a délivré une carte professionnelle à la société de portage (cf *supra* n° IV.2 1 ii) cette dernière pourra faire la demande d'attestation (art.9) à la Préfecture dans la mesure où elle est liée par un contrat de travail avec le salarié.

ii- Attestation sollicitée par la société cliente ?

Le salarié porté a vocation à réaliser sa mission au nom et pour le compte de la société cliente.

Pour pouvoir exercer *i.e* faire notamment signer des mandats le salarié doit être titulaire de l'attestation visée par l'article 9 du décret du 20 juillet 1972.

La société cliente devra donc solliciter cette attestation.

Mais à quel titre ?

Il n'existe aucun contrat d'agent commercial entre la société cliente et le salarié porté.

Il n'existe aucun contrat de travail entre la société cliente et le salarié porté.

En effet, c'est l'objet même du portage.

Il est donc peu probable que les préfetures émettent l'attestation à la société cliente sur le fondement du contrat de portage qui la lie à la société de portage.

En conséquence, la société cliente ne pourra pas justifier de l'attestation préfectorale au bénéfice du salarié porté.

3- Les conséquences sur la validité du mandat

i- Nullité du mandat

Le décret du 20 juillet 1972²⁹ augmenté par la loi ALUR du 24 mars 2014 instaure une obligation pour l'intermédiaire de détenir un mandat écrit avant de négocier ou d'engager pour le compte d'autrui des transactions immobilières.

Or, comme il a été évoqué précédemment en absence d'habilitation, les mandats recueillis par les salariés portés seront nuls.

ii- Perte du droit à commission

En conséquence, l'absence de mandat valable et en application de l'article 6 de la loi HOGUET, la société cliente perdra tout droit à commission.

iii- Responsabilité civile professionnelle

Le non-respect des dispositions de la loi HOGUET et notamment l'absence de capacité, du salarié porté, à signer un mandat pourrait emporter judiciairement « l'absence de mandat » voire l'inexistence de l'acte.

Le cas échéant, l'assureur RCP pourrait exciper la non prise en charge d'un éventuel sinistre.

iv- Responsabilité pénale

La nullité du mandat pourrait avoir des conséquences pénales.

En effet, en l'absence de mandat écrit (*idem* en cas de nullité du mandat) l'agence immobilière encourt les sanctions pénales prévues aux articles 14 et suivants de la loi HOGUET.

4- Vers une délégation de mandat systématique ?

On pourrait s'interroger sur une éventuelle délégation du mandat signé par le salarié porté au nom et pour le compte de la société de portage cartée.

Cette piste de réflexion ne paraît pour le moins risquée et dénuée de sécurité juridique.

V - UN VIDE JURIDIQUE

La disposition de la loi du 25 juin 2008 confiant à la branche du travail temporaire le soin de fixer les conditions relatives à ce contrat a été jugée anticonstitutionnelle par une décision du Conseil constitutionnel rendue le 11 avril 2014.

²⁹ Article 6 de la loi du 2 janvier 1970

Aux termes de cette disposition, il appartenait en effet au législateur et non aux partenaires sociaux de régler cette catégorie de contrat.

Cette disposition fera donc l'objet d'une abrogation à compter du 1^{er} janvier 2015.

Ainsi, malgré la légalisation de cette pratique, demeurent des incertitudes concernant l'opportunité de recourir ou non à ce montage juridique pour les activités immobilières.

Ceci d'autant plus que la jurisprudence ne s'est pas prononcée concernant ces questions.

* *

*

Ainsi, au regard de la législation actuelle, aucun texte n'interdit le recours au portage salarial en matière immobilière.

Cependant, comme il a été développé précédemment, le portage en matière apparaît risqué au regard des incompatibilités entre ce régime et la législation d'ordre public applicable aux transactions immobilières.

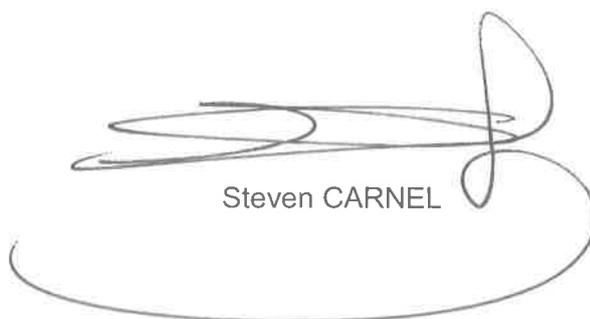
En conséquence, recourir à cette pratique est risqué.

Il conviendrait à mon sens de retarder le recours au portage salarial en la matière jusqu'à ce que le législateur ou le gouvernement se saisisse spécifiquement de cette question.

* *

*

Je reste, évidemment, à votre entière disposition pour tout entretien que vous pourriez souhaiter et vous prie de croire, Chère Madame, à l'expression de ma considération respectueuse et dévouée.



Steven CARNEL