

PILOT Laura

Date de création : 01.11.2005
Date de dépôt : 06.11.2005
Niveau : BAC + 3

Le portage salarial, une voie pour réduire le chômage?


C O M M O N S D E E D

**Paternité - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification
- Partage des Conditions Initiales à l'Identique 2.0 France**

Vous êtes libres :

- de reproduire, distribuer et communiquer cette création au public

Selon les conditions suivantes :

 **BY:** **Paternité.** Vous devez citer le nom de l'auteur original.

 **Pas d'Utilisation Commerciale.** Vous n'avez pas le droit d'utiliser cette création à des fins commerciales.

 **Pas de Modification.** Vous n'avez pas le droit de modifier, de transformer ou d'adapter cette création.

 **Partage des Conditions Initiales à l'Identique.** Si vous modifiez, transformez ou adaptez cette création, vous n'avez le droit de distribuer la création qui en résulte que sous un contrat identique à celui-ci.

- A chaque réutilisation ou distribution, vous devez faire apparaître clairement aux autres les conditions contractuelles de mise à disposition de cette création.
- Chacune de ces conditions peut être levée si vous obtenez l'autorisation du titulaire des droits.



A côté de l'intérim, du CDD, du CDI et de bien d'autres mode de travail c'est installé le concept du 'portage salarial' en 1985. Jean-Loup Guibert qui dirigeait à l'époque 'l'AVARAP (l'Association d'entraide pour cadres au chômage)' décida de nommer l'ingénierie des ressources humaines 'le portage salarial' dans le but d'expliquer « *qu'il fallait établir une nouvelle relation pour porter le problème du salarié* ». La première association de portage est créée en 1985 sous le nom de Valor. En 1986, elle se transforme en SARL.

Le portage salarial peut-être défini comme un mode d'organisation dans les métiers du conseil qui permet à un travailleur d'exercer une activité professionnelle autonome tout en disposant d'un statut de salarié.

Moins risquée que la création d'entreprise, le portage salarial associe, d'une part, une société de portage, qui offre un statut légal au consultant, de l'autre part, un cadre, qui doit démarcher les entreprises pour négocier ces missions.

Ce nouveau mode de travail est devenu un réel besoin mais il n'existe pas à ce jour de réglementation adaptée à ses particularités. Nous sommes donc dans la situation où se trouvait l'intérim dans les années 1970. Les relations entre les sociétés de portage et les 'portés', les 'consultants' sont donc réglées par le code du travail complété le plus souvent par les dispositions de la **convention collective SYNTEC**.

Depuis sa création, le portage connaît une progression constante. Aujourd'hui, la France compte environ 18 000 portés, un chiffre en progression de 50% sur un an. Cette nouvelle forme de travail, alliant indépendance professionnelle et salariat fait trouver à de futurs créateurs d'entreprises, de jeunes mamans ou bien des cadres seniors un statut taillé sur mesure. Cependant, la plupart des portés sont des cadres au chômage (environ 10 000). De plus, le SNEPS (Syndicat National des Entreprises de Portage Salarial) estime quant à lui qu'environ 2 500 cadres supplémentaires optent chaque année pour le portage.

Dans une première partie nous définirons ce qu'est le portage salarial, puis dans une seconde partie nous analyserons pourquoi le portage salarial pourrait être une voie pour réduire le chômage.

I-

Le Portage Salarial

I-I : Qu'est-ce que le portage salarial ?

I-I-I : Définition

D'après le guide du portage 2003, « *Le portage salarial correspond à une nouvelle forme de travail qui permet à une personne non immatriculée comme indépendant de réaliser des missions pour une entreprise en toute autonomie avec un statut de salarié. On parle aussi de 'travail autonome', de 'portage salarial' ou 'd'indépendant salarié', combinant l'autonomie du statut d'indépendant et la couverture sociale d'un salarié* ».

Contrairement à une société d'intérim, dans une société de portage salarial, c'est le consultant qui se charge de tout, il est son propre chef. Il est maître de la prospection, se vend seul et négocie lui même ses conditions de travail. Le porté perçoit, en salaire, environ 50% des honoraires facturés, (les frais commerciaux du consultant sont remboursés). Pour une société d'intérim, c'est elle qui recherche la mission ce qui apparaît comme étant un avantage car la prospection commerciale est souvent difficile. Ceci dit, cela ne garantit pas à l'intérimaire d'être choisit pour une mission, d'autant plus qu'il ne perçoit environ que 30% des honoraires facturés.

I-I-II : La mise en place du portage

Le portage a été mis en place en 1985 car il n'existait pas de dispositif législatif permettant à une personne de répondre à une offre ponctuelle de travail en qualité d'indépendant ou de tester ses capacités à entreprendre, sans créer une véritable entreprise. Pour remédier à ce vide juridique, des sociétés, appelées sociétés de portage, facturent les services rendus par des personnes qui ne souhaitent pas s'immatriculer en qualité de travailleur indépendant et leur reversent les sommes encaissées sous forme de salaire. Cette pratique répond à une demande importante de personnes qui ne se sentent pas encore prêtes à créer une entreprise.

I-I-III : Quelques chiffres

Depuis sa création le portage connaît une croissance constante. En effet, en 1998, le nombre total de portés étaient de 3500 alors qu'en 2003 il était de 18000. Aussi, en 1999, le nombre de sociétés ayant eu recours au portage salarial était de 5000 alors qu'en 2005, de 15000 (sachant qu'en 2005, on compte plus d'une centaine de société de portage). De plus, depuis 1998, le chiffre d'affaires généré par l'activité de portage était entre 18 et 22 millions d'euros alors qu'en 2003, il est entre 106 et 121 millions d'euros.

I-II : Qui peut être intéressé par le portage salarial ?

I-II-I : Les personnes concernées

D'après la société de portage Newfreelance, « *l'hébergement salarial d'intervenants autonomes, appelé aussi 'portage salarial', s'adresse à des professionnels de haut niveau, experts, consultants, formateurs, prestataires de services, entièrement autonomes dans leur prospection commerciale et leurs missions en entreprises* ».

Pour accéder au portage, plusieurs profils sont concernés :

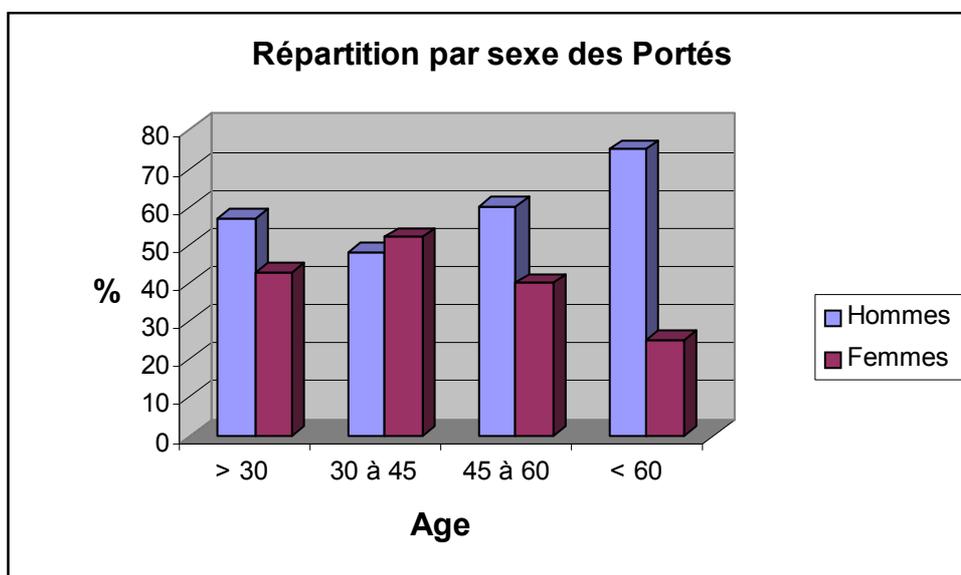
- ✓ Créateur d'entreprise, Repreneurs, Futurs Indépendants : pour confronter leur projet au marché du travail, évaluer les risques ainsi que les besoins du secteur concerné, permettre de valider et de concrétiser leur projet, de conserver un statut salarié pendant cette période transitoire,
- ✓ Jeune diplômé : pour diversifier leur expérience grâce aux missions, pour valoriser leur parcours professionnel et bénéficier d'une rémunération avantageuse,
- ✓ Cadre en recherche d'emploi, Cadre en activité, Consultant, Les femmes : pour acquérir une autonomie professionnelle, maîtriser l'orientation et la gestion de leurs parcours professionnel ainsi que leurs temps, leurs choix des clients, de mieux gérer leur fin de carrière grâce à des missions valorisant leurs acquis et leurs expérience, de conserver d'éventuels droits aux Assedic ainsi que d'une couverture sociale française pour les expatriés,

- ✓ Retraité, préretraité : pour continuer à s'investir dans le monde du travail, maîtriser leur temps et conserver leur droit,

Les profils sont donc variés et ne sont, comme nous pouvons le constater, pas issus de la même profession, n'ont pas la même tranche d'âge ni le même niveau d'expérience.

I-II-II : Quelques chiffres

Une étude a été effectuée par le SNEPS concernant la répartition par sexe des portés selon la tranche d'âge et il en ressort ceci :



source : le SNEPS

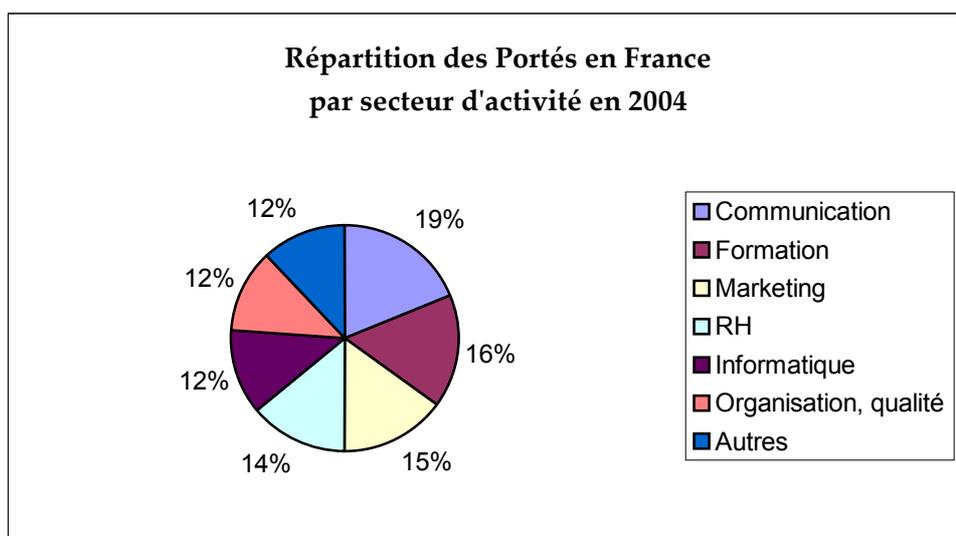
Comme nous pouvons le constater, la majorité des portés sont des hommes avec une moyenne d'âge supérieur 45 ans et pour les femmes, supérieur à 30 ans. Ce phénomène est notamment due au fait qu'à partir de 30 ans, la femme, à priori, à une situation familiale stable et recherche donc à travailler tout en s'occupant de sa famille. Pour les hommes, le portage salarial se fait plus tardivement car, ils s'aperçoivent en cour de route que leurs travail ne leurs conviennent pas et que pour eux, le mieux seraient de créer leurs propre entreprise. Pour cela ils se servent du portage salarial. De plus, il y a un fort pourcentage pour les plus de 60 ans, car après la retraite, certaines personnes ont des projets qu'ils veulent mettre au point par le biais des sociétés de portage.

I-II-III : Les différents domaines d'interventions du portage

Le portage salarial concerne exclusivement des missions de prestations de services, effectuées tant en France qu'à l'étranger, pour lesquels l'intervenant n'a aucun lien de subordination avec l'entreprise cliente. Ainsi, les professions réglementées ne font pas parties du portage salarial (tel que : Avocat, expert-comptable, etc.)

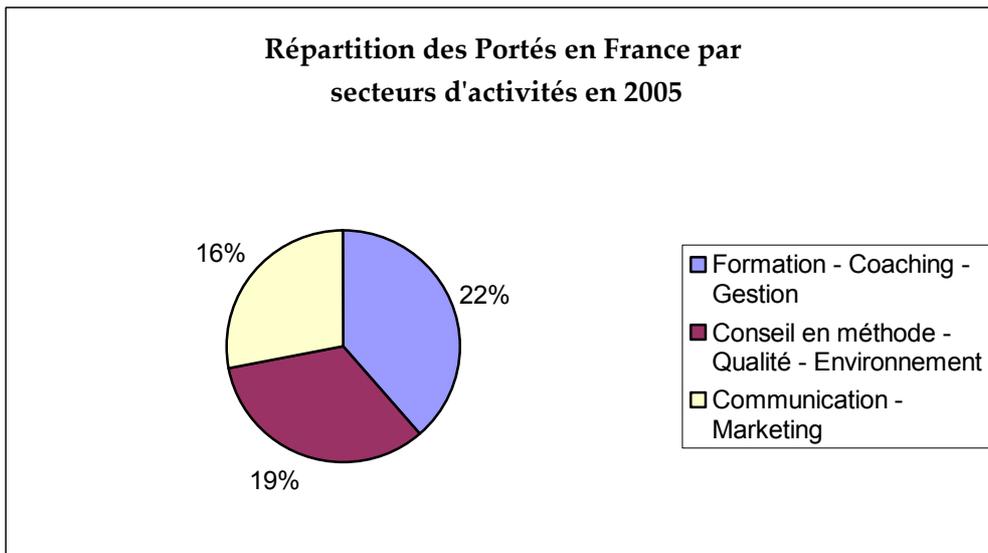
En général, les différents domaines d'interventions sont : le coaching, la communication, l'environnement, l'expertise technique, la finance, la formation, la gestion de production, l'informatique, le journalisme, l'internet, la logistique, le marketing, les ressources humaines, la traduction, la vente, l'organisation, la qualité et enfin les métiers du spectacles.

Une autre étude a été effectuée par le SNEPS concernant la répartition des Portés en France par secteur d'activité, il en ressort que :



source : le SNEPS

A travers ce graphique, la plupart des portés sont dans le secteur d'activité de la communication (19%), la formation (16%) et le marketing (15%). Cependant, en 2005, de nouveaux pourcentages apparaissent :



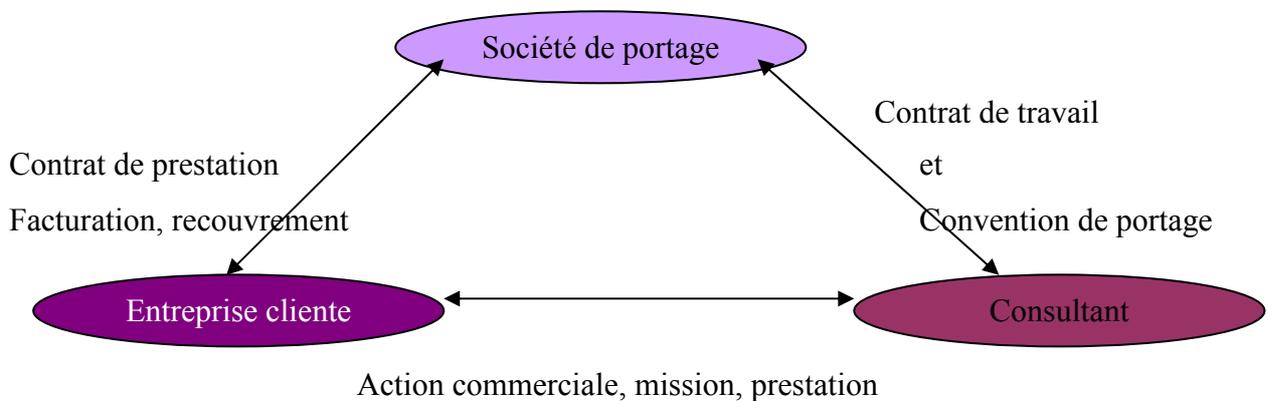
source : le SNEPS

On constate alors que c'est à présent la formation, le coaching et la gestion où le pourcentage est le plus élevé.

I-III : Quel est son fonctionnement ?

I-III-I : Son fonctionnement

Le portage salarial constitue une relation entre trois partenaires économiques (tout comme l'intérim) : le porté, la société de portage et l'entreprise cliente.



Le 'porté' gère lui-même sa clientèle, trouve une mission à accomplir dont il va lui même négocier le prix et la durée directement avec l'entreprise cliente. Comme il ne pourra pas

l'effectuer sans documents légaux, celui-ci s'adresse à une société de portage. Celle-ci va signer une convention de portage avec le porté qui fixe les modalités d'accueil de l'activité de l'intervenant dans sa structure juridique de la société de portage.

A partir de là, la société de portage signe avec l'entreprise cliente le contrat de prestation. Le porté de son côté signe avec la société de portage une convention de portage ainsi qu'un contrat de travail.

Par la suite, la société de portage va facturer sa prestation au client et reverser les honoraires au porté sous forme de salaire, après avoir déduit diverses charges telles que : les charges sociales, patronales et salariale correspondantes et le montant des frais de gestion.

I-III-II : Les différentes étapes à effectuer pour le porté

Pour adhérer à une société de portage 4 étapes sont à effectuer :

1ère étape : Recherche d'une mission

Le porté doit chercher une mission, trouver un projet, négocié le tarif et la durée de sa mission.

2ème étape : Trouver une société de portage

Une fois sa mission trouvée, le porté va chercher une société de portage pour rendre légal sa mission car il n'est pas immatriculé au régime des travailleurs indépendants ou en tant que société.

3ème étape : Signature du contrat entre les trois parties

Une fois avoir choisi la société de portage répondant au mieux aux besoins du porté, il y aura signature des deux contrats (contrat de travail et contrat commercial) entre les 3 parties.

4ème étape : Suivi de la mission en entreprise

A partir de ce moment là, le porté peut réaliser sa mission, la société de portage se chargera comme il a été convenu de faire toutes les démarches administratives nécessaire.

I-III-III : Les contrats possibles

Différents contrats peuvent être établis entre les trois parties. L'entreprise cliente et la société de portage sont reliées par un **contrat de prestation**. Ce document décrit la mission, sa durée et fixe le montant de la prestation ainsi que l'échéancier de facturation du client. Il décrit notamment que c'est bien la société de portage qui est responsable de la mission. De ce fait, en cas de litige, l'entreprise cliente devra se retourner contre celle-ci.

Entre le salarié porté et la société de portage, il y a tout d'abord une **convention d'adhésion** à signer, qui fixera les règles de fonctionnement du portage entre les deux parties. Ensuite, un **contrat de travail** est à établir. Ce contrat peut être à durée déterminé (CDD), à durée indéterminée (CDI), à temps partiel ou bien être conclu par un Contrat Intermittent.

Au sujet du CDD, tout d'abord, ce qu'il est important de savoir c'est qu'il ne peut excéder une durée totale de 18 mois et ne peut être renouvelable qu'une seule fois. Comme le dit le : guide du portage, *« avec le CDD, les jeunes diplômés ou cadres demandeurs d'emploi peuvent effectuer des missions d'opportunités sans risquer de perdre leurs allocations. Les CDI à temps partiel quant à eux s'appliquent lorsque la durée de travail hebdomadaire, mensuelle ou annuelle est inférieure aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur »*.

Le contrat intermittent fut créé par la loi Aubry II le 19 janvier 2000. C'est un contrat à durée indéterminée spécifique à certains domaines d'activités. Il est beaucoup utilisé spécialement lorsque des missions se succèdent et se superposent. Il n'y a pas de durée minimale par mois, à une plus grande souplesse que le CDI et bénéficie d'un droit aux ASSEDIC.

I-III-IV : La rémunération

(voir annexe n°1)

Concernant les frais de gestion, outre les dépenses de fonctionnement de la structure juridique qui héberge le consultant, ces frais de gestion couvrent :

- La mise en place du dossier du consultant (convention de portage),
- L'établissement du contrat de prestation,
- La DUE, (Déclaration Unique d'Embauche auprès de l'URSSAF),
- L'établissement du contrat de travail adapté à chaque mission,

- La facturation et les recouvrements de factures auprès des clients,
- L'établissement des bulletins de paie,
- Le versement aux différents organismes l'ensemble des cotisations obligatoires :
 - maladie,
 - vieillesse,
 - allocations familiales,
 - formation continue,
 - retraite complémentaire et prévoyance.
- L'assurance responsabilité civile et professionnelle.

Néanmoins, avec le portage, la plupart des portés se constituent une rémunération au moins équivalente au salaire qu'ils percevaient sur leur dernier poste en entreprise sachant qu'en moyenne un porté travaille uniquement pendant une dizaine de jours par mois (en général). En effet, habituellement, la plupart des portés fixe leur taux de rémunération pour atteindre en phase de croissance une rémunération au moins équivalente à 45-55% des honoraires facturés hors TVA.

D'après le SNEPS : *'par rapport, au statut d'indépendant, plusieurs études de spécialistes (expert-comptable, etc.) montrent qu'à prestation sociale égale, les coûts sont presque identiques et qu'ainsi le rémunération nette est du même niveau ; par le portage salarial, le consultant consacre 100% de son temps à son coeur de métier'*.

I-IV : Les sociétés de portage

I-IV-I : Les principales sociétés

D'après le guide du portage salarial, on compte environ une soixantaine de société de portage salarial répartit partout en France (voir annexe n°2). Cependant, le nombre de création de ce genre de société ne cesse d'augmenter et ne sont pas forcément toutes recensées. Celles-ci offrent, en général les mêmes conditions. Cependant, elles doivent faire partie du SNEPS (annexe n°3 et 4) ou du FENPS (Fédération Nationale du Portage Salarial) pour montrer leurs sérieux.

D'après le site du SNEPS : *‘Les principales sociétés de portage salarial ont décidé, en janvier 1998, de créer un syndicat professionnel et d'élaborer une charte de déontologie. Le SNEPS a pour objet d'accompagner le développement des structures de portage salarial et de leur délivrer un label de sécurité au travers notamment d'un contrôle juridique et financier pratiqué par l'organisme de caution bancaire. Le SNEPS est l'interlocuteur des syndicats, des administrations et des pouvoirs publics pour assurer l'évolution de son cadre réglementaire afin de faciliter le développement de cette activité. Il est accompagné dans cette action par le cabinet Barthélemy’.*

Le FENPS, est une fédération comprenant plus de 30 sociétés de portage. Les entreprises qui adhèrent à cette fédération s'engagent à respecter des valeurs communes en signant la Charte d'éthique de la Fédération qui garantit la sécurité et la protection de leurs intervenants portés.

D'après le FENPS, La fédération effectue diverses actions (annexe n°5 et 6) :

‘1- Contacts réguliers avec le ministère de tutelle et les administrations et les syndicats pour promouvoir cette nouvelle forme de travail et faire évoluer la législation vers une réglementation spécifique au Portage Salarial.

2- Assistance juridique en partenariat avec le Cabinet LUSSAN BROUILLAUD particulièrement pour l'élaboration des contrats de travail et des contrats de missions.

3- Rencontre avec le public et les entreprises lors de participation à des salons et organisations de manifestations tant à Paris qu'en Province.

4- Négociation visant à faire bénéficier ses sociétés adhérentes des meilleures prestations d'assurance responsabilité civile professionnelle, de mutuelle, de caution de garantie des salaires, etc.’

I-IV-II : Les services à attendre d'une société de portage

Avec le succès croissant que connaissent les sociétés de portage, la concurrence devient de plus en plus intense, il faut alors fidéliser les clients.

Etant donné que les sociétés de portage ne peuvent changer leur taux de commission (chaque société ayant le même), celles-ci doivent faire preuve d'imagination pour fournir à leurs clients des plus que les autres sociétés n'ont pas. Elles doivent donc se différencier par les services offerts. Certaines vont mettre à disposition des cartes de visite et papier en-tête, des

conseils juridiques pour créer son entreprise, papier à lettre, plaquettes commerciales, création de site internet, traduction, etc.

Par exemple, la société de portage Newfreelance propose ce type d'offre : **Télé secrétariat** (permanence téléphonique pour les contacts de vos clients, frappe des devis, frappe de rapports) ; **Formation au métier d'intervenant** (démarche commerciale, conduite de missions, restitution des résultats) ; **Pack de l'intervenant senior** (cartes de visites Newfreelance, papier avec logo pour courriers, devis, rapports ..., adresse Email) ; **Site Internet personnel** (Newfreelance réalise gratuitement votre site Internet personnel (1 page)) ; et **Conseils personnalisés** (à tout moment, un conseiller de Newfreelance est à votre disposition pour répondre à vos questions par téléphone ou par Email, et vous apporter un support éclairé à chacune des phases de votre action).

I-V : Quels sont les avantages et inconvénients ?

I-V-I : Les avantages

Les points forts concernant le portage salarial sont nombreux :

Pour l'intervenant :

- Créer son activité sans créer de structure juridique (risque zéro),
- Créer et conserver sa propre clientèle,
- Travailler en parfaite autonomie sans avoir le statut de travailleur indépendant,
- Se consacrer exclusivement à son métier,
- Gérer son emploi du temps en harmonie avec sa vie sociale,
- Valoriser sa carrière et son image,
- Ne pas perdre de temps sur des tâches administratives, comptables, fiscales...(zéro papier),
- Ne pas risquer son patrimoine personnel,
- Bénéficier du statut de salarié (sécurité sociale, prévoyance, retraite, chômage),
- Transformer le handicap de l'âge en atout (l'expérience valorise le consultant),
- Bénéficier d'une assurance responsabilité civile professionnelle,

- Peut profiter des formations (prise en charge par le ‘budget formation’),
- Le porté peut se servir des services gratuits proposés par les sociétés de portage,
- Un statut immédiat sans coût initial,
- L'indépendant quitte la société de portage quand il le désire en gardant ses clients,
- L'indépendant bénéficie de l'appui d'une société de conseil.

Pour l'entreprise cliente :

- ❖ Flexibilité,
- ❖ Facturation en honoraires plus souple et moins contraignante qu'en salaire,
- ❖ Externalisation des missions ou de projets ponctuels et pointus vers des spécialistes,
- ❖ Rapidité de mise en œuvre, l'entreprise est sur de la disponibilité du porté,
- ❖ Imputation suivant le type de mission, en recherche et développement ou en formation professionnelle continue,
- ❖ Engagement entre l'entreprise cliente et la société de portage qui sécurise l'entreprise,
- ❖ Le consultant ne rentre pas dans le calcul de la masse salariale car il s'agit de sous-traitance,
- ❖ Elle ne s'occupe pas des tâches administratives,
- ❖ Elle profite de la souplesse de telles formules, avec un effectif de salarié qui reste stable et la possibilité de faire face aux fluctuations du marché et de répondre aux besoins de manière plus rapide
- ❖ Les entreprises qui souhaitent tester sur le terrain en vue d'une embauche.

Pour la société de portage :

- Evolution du portage salarial,
- Evolution de nouveaux services proposés aux portés.

I-V-II : Les inconvénients

On peut trouver différents points faibles concernant le portage salarial :

Pour le porté :

- Le porté doit chercher lui-même ses clients donc cela peut donner des difficultés,

- Le salarié porté peut ressentir de la solitude,
- Le porté doit avoir une certaine expertise dans un domaine d'activité pour pouvoir le vendre auprès d'entreprises clientes,
- Il doit négocier avec l'entreprise cliente à un bon prix,
- Il faut s'assurer que la société de portage soit en conformité avec la loi et qu'elle possède bien une convention collective (pour être sur il vaut mieux faire appel aux sociétés membres du SNEPS ou de la FENPS).

Pour la société de portage :

- Forte concurrence,
- Vide juridique.

Pour l'entreprise cliente :

- Le seul inconvénient qu'il peut y avoir c'est qu'il n'y a pas de législation spécifique au portage.

A présent, après avoir défini ce qu'est le portage salarial, nous allons nous interroger pour essayer de comprendre pourquoi le portage n'est-il pas reconnu en France comme à l'étranger? Et aussi, si ce mode de travail pourrait, dans un avenir proche ou lointain, faire baisser le chômage en France?

II-

Une voie pour réduire le chômage

En vingt ans le marché du travail a connu de grandes transformations. En premier lieu le chômage a été multiplié par deux (+1,2 million), la société française n'arrivant pas à le freiner. En deuxième lieu, le nombre de jeunes sortant du système éducatif sans diplôme a été divisé par deux depuis vingt ans alors que conjointement le niveau de qualification initiale augmente.

II-I : Le chômage en France

II-I-I : Définition du chômage

D'après l'INSEE, un chômeur, *'c'est une personne qui n'a pas d'emploi et qui en recherche un. La définition des chômeurs est extrêmement sensible aux critères retenus. La définition la plus couramment utilisée est celle "au sens du BIT". Elle permet d'effectuer des comparaisons internationales.*

D'après le BIT (Bureau International du Travail), un chômeur est une personne en âge de travailler (15 ans ou plus) qui répond simultanément à trois conditions :

- être sans emploi, c'est à dire ne pas avoir travaillé, ne serait-ce qu'une heure, durant une semaine de référence ;*
- être disponible pour prendre un emploi dans les 15 jours ;*
- chercher activement un emploi ou en avoir trouvé un qui commence ultérieurement.'*

L'Insee réalise mensuellement une estimation du nombre de chômeurs au sens du BIT et du taux de chômage (cependant, concernant les sociétés de portage, elles possèdent à l'heure actuelle une dimension assez floue, l'INSEE ne les reconnaît pas en tant que telles ce qui ne permet pas de les recenser). Parallèlement, le Ministère de l'Emploi et de la Solidarité et l'ANPE exploitent les listes de demandeurs d'emploi inscrits à l'ANPE (annexe n°7), ce qui permet la publication d'une statistique des demandeurs d'emploi en fin de mois (DEFM).

L'ANPE, quant à elle, a reconnu en 2004 le Portage. On peut trouver sur leur site Internet une fiche présentant le portage comme une « nouvelle forme de salariat ».

II-I-II : Le taux de chômage en France

Tout d'abord, le recensement des entreprises de portage salarial s'avère très délicat car elles n'entrent dans aucune des catégories classiques d'emploi : les salariés, les professions libérales, les autres travailleurs indépendants. Il faut donc être prudent lors de l'analyse des chiffres.

En 2004, selon l'enquête **Emploi** (annexe 8 et 9), le nombre de chômeurs au sens du BIT s'élève à 2 727 000 personnes en moyenne sur l'année, soit 71 000 de plus qu'en 2003. Le taux de chômage s'établit à 9,9 % de la population active, en progression de 0,2 point par rapport à 2003.

Entre 2003 et 2004, le taux de chômage est stable et s'établit à 10,2 %. Celui-ci a augmenté essentiellement chez les jeunes : le taux de chômage des 15-29 ans a progressé de près d'un point en un an, passant de 16,5 % en moyenne en 2003 à 17,4 % en 2004. De plus, ce sont les diplômés de niveau supérieur court qui enregistrent le taux de chômage les plus faibles et non plus ceux dont les diplômes sont élevés (ex : BAC+5 ou plus). Il est resté stable pour les autres tranches d'âge.

Même si le taux de chômage a augmenté un peu plus vite chez les hommes que chez les femmes, ces dernières restent encore les plus exposées : en moyenne en 2004, une femme active sur neuf est au chômage, contre un homme actif sur onze. D'ailleurs, le chômage augmente à peu près au même rythme que l'on soit employé, cadre, ouvrier ou technicien, laissant intactes les inégalités entre les qualifications.

Entre 2003 et 2004, le nombre d'emplois aurait augmenté de près de 90 000, après avoir connu une légère baisse entre 2002 et 2003. Les nouveaux emplois sont des emplois concernant le secteur privé. L'emploi public quant à lui reste stable. Les emplois supplémentaires sont majoritairement des emplois à temps partiel (+ 55 000). L'emploi féminin quant à lui poursuit sa hausse, avec plus de 100 000 créations nettes en un an.

II-II-III : Aperçu sur la création d'entreprise, comparaison entre 2004 et 2005 (source APEC)

La création d'entreprise, en juin 2005, est restée stable par rapport au même mois de l'année 2004 (+ 0,4 %). Par ailleurs, la comparaison des six premiers mois de l'année 2005 (120 097 créations pures) par rapport à ceux de l'année 2004 (123 008) montre que la création a légèrement diminué (- 2,4 %). On peut ainsi parler d'une stabilité et donc d'un renforcement de la création d'entreprise pour les six premiers mois de l'année 2005.

| | Mars | Avril | Mai | Juin |
|------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| 2004 | 23596 | 21249 | 17619 | 20391 |
| 2005 | 21347 | 21472 | 18116 | 20464 |

Sources par APEC

En termes d'activité, pour les six premiers mois de l'année 2005, les trois grands secteurs d'activité ont connu une évolution très proche : Activités secondaires (- 1 %), activités de type service (- 2 %) et activités de type commerce (- 4 %).

| | Juin 2004 | Juin 2005 | Janvier - Juin 04 | Janvier - Juin 05 | Evolution |
|---|-------------|-------------|-------------------|-------------------|---------------|
| Activités « secondaires » | 4348 | 4472 | 28025 | 27753 | -1,0% |
| Industrie (dont agro-alimentaire) | 1087 | 1073 | 6521 | 6141 | -5,8% |
| Construction | 3261 | 3399 | 21504 | 21612 | 0,5% |
| Activités de type commerce | 7922 | 7687 | 44568 | 42810 | -3,9% |
| Commerce | 5563 | 5281 | 32091 | 30385 | -5,3% |
| <i>Dont commerce de gros et intermédiaire</i> | <i>1636</i> | <i>1338</i> | <i>10488</i> | <i>8847</i> | <i>-15,6%</i> |
| <i>Dont commerce de détail</i> | <i>3565</i> | <i>3524</i> | <i>19099</i> | <i>18975</i> | <i>-0,6%</i> |
| « Commerce de bouche » (charcutiers, boulangers, pâtisseries) | 173 | 230 | 859 | 1013 | 17,9% |
| Hôtels, cafés, restaurants | 1207 | 1089 | 5769 | 5464 | -5,3% |
| Immobilier | 979 | 1087 | 5849 | 5948 | 1,7% |
| Activités de type service | 8121 | 8305 | 50415 | 49534 | -1,7% |
| Transports | 557 | 469 | 3127 | 2844 | -9,1% |
| Services aux entreprises | 4820 | 4985 | 29675 | 29313 | -1,2% |
| <i>Dont activités informatiques et Internet</i> | <i>809</i> | <i>821</i> | <i>4904</i> | <i>4993</i> | <i>1,8%</i> |
| Education | 257 | 245 | 1776 | 1855 | 4,4% |
| Santé | 957 | 1059 | 7086 | 6579 | -7,2% |
| Activités récréatives, culturelles et sportives | 844 | 784 | 4513 | 4336 | -3,9% |
| Services aux personnes | 686 | 763 | 4238 | 4607 | 8,7% |

Sources par APEC

Comme nous pouvons le constater, deux secteurs enregistrent une progression d'au moins 5 % : Le commerce de bouche (+ 18 %) et les services aux personnes (+ 9 %).

| | Juin 2004 | Juin 2005 | Janvier - Juin 04 | Janvier - Juin 05 | Evolution |
|-----------------------------|-----------|-------------|-------------------|-------------------|-----------|
| Entreprises artisanales (1) | 5642 | 5960 | 35012 | 35873 | 2,5% |

Sources par APEC

D'après ce tableau, nous pouvons nous apercevoir qu'il y a une augmentation entre 2004 et 2005 de 2,5% du nombre de création d'entreprises artisanales. Par contre, il y a une baisse du nombre de créations d'entreprises individuelles (- 4 %) sur la période de janvier à juin 2005.

| | Juin 2004 | Juin 2005 | Janvier - Juin 04 | Janvier - Juin 05 |
|---------------------------|--------------|--------------|-------------------|-------------------|
| Entreprises individuelles | 10090 | 10225 | 60630 | 58373 |
| Sociétés | 10301 | 10239 | 62378 | 61724 |

Sources par APEC

Pour conclure ces différents tableaux, nous pouvons constater que le nombre de création d'entreprise entre 2004 et 2005 reste stable. De nos jours, avec l'arrivée de nouveau contrat tel que le 'contrat nouvel embauche', un taux de chômage qui reste élevé (9,9% en octobre 2005), etc., trouver un emploi que l'on apprécie réellement et qui nous passionne devient tellement difficile que l'envie de créer sa propre entreprise ne va t'elle pas devenir La Solution pour les chômeurs, les jeunes diplômés ou autres personnes ? Cette stabilité que l'on retrouve de 2004 à 2005 ne va t'elle pas, dans un futur proche, devenir inégalable ?

II-II : Comparaison entre l'évolution du portage en France et à l'étranger

II-II-I : Différence entre la France et les autres pays

Les statuts de portage salarial varient d'un pays à l'autre selon le cadre légal. Cependant, certains pays pratiquent depuis longtemps ce mode de travail. Le Royaume-Uni compte environ 100 000 portés, l'Italie et l'Allemagne environ 80 000. Aux Etats-Unis, entre 300 000 et 400 000 cadres travaillent sous un statut comparable. Ce changement d'un pays à l'autre est notamment dû aux mœurs, ainsi qu'à la législation concernant ce concept.

En France, la formule est restée discrète pendant une dizaine d'années, tandis que les umbrella companies, se développaient à belle allure en Grande-Bretagne. C'est aussi pour cela que le nombre de porté en Angleterre est beaucoup plus élevé que celui de la France. Cependant, il

est fort possible que dans les dix prochaines années, la France compte un nombre similaire de porté.

Comparons à présent la situation Française avec celle de l'Angleterre. L'Angleterre compte plus de 60,5 millions d'habitants en 2005 (dont environ 30 millions de la population active) avec un taux de chômage de 4,8% à la fin de 2004. La France quant à elle, compte aussi plus de 60,6 millions de personnes en 2005 (dont environ 27,7 millions de la population active) avec un taux de chômage en 2005 de 10,1%. L'Angleterre ayant un nombre de porté de plus de 100 000 et la France un nombre d'environ 20 000, on peut supposer que si la progression du portage salarial continue de telle sorte qu'il arrive à hauteur de celui de l'Angleterre, alors, même si cette théorie peut paraître assez simple et rapide à dire, le portage salarial pourrait faire baisser le taux de chômage de la France.

II-II-II : Le cas des Umbrella Companies en Angleterre

On compte en Angleterre des milliers de portés. Leur définition du portage salarial est la suivante :

- Une liberté de faire ce que l'on veut,
- La possibilité de travailler chez soit ou à l'étranger,
- Une constante variété dans le travail,
- Une flexibilité dans les méthodes de travail,
- Un haut niveau de rémunération,
- Plus de contrainte administrative et de problème entre employeur et employé, etc.

Les bénéfices du portage en Angleterre sont de plusieurs sortes :

- ◆ Consultation gratuite du planning financier,
- ◆ Droit à une réduction fiscale due à la création d'entreprise,
- ◆ Plus d'administration,
- ◆ Droit à une assurance pour les indemnités professionnelles,
- ◆ Droit de détenir des actions,
- ◆ Droit à son propre site internet,

Sur les différents sites internet des agences de portage salarial anglais, ils précisait à chaque fois à qui convient le portage salarial car être indépendant est loin d'être facile :

- Des personnes qui ont un savoir particulier,
- Avoir des facilités pour trouver un travail et de maintenir une bonne réputation,
- Etre indépendant signifie aussi travailler dans un monde en étant seul,
- Etre passionné par son métier,
- Etre organisé, déterminé, gérer son emploi du temps, etc.

Comment fonctionnent les agences de portage salarial en Angleterre ?

- L'adhésion est gratuite et sans obligation,
- Elles désirent construire une relation durable avec les portés,
- Elles dirigent toutes l'administrations (les contrats, les conditions légales, l'aspect financier...),
- Elles supportent la carrière du porté,
- Elles essayent de rendre la vie plus simple et moins seul pour le porté,
- Elles entraînent et conseillent le porté sur la manière de gérer, négocier avec le client,
- Contrairement aux agences françaises, les 'umbrella companies' aident les portés à leur trouver du travail, elles prospectent (comme des agences d'intérim),
- Elles peuvent négocier elles-mêmes avec le client et informer ensuite le porté,
- Au fur et à mesure que la relation dur entre le porté et la société de portage un 'portfolio' est effectué par l'agence dans le but de montrer au futur client le travail effectué par le porté.

Quels pourcentages prennent les 'umbrella companies' ?

- ♦ Aucun site internet ne mentionnait combien la société prenait en commission. Ils disent seulement que la commission est 'petite' et qu'il n'y a aucun coût additionnel.

A présent nous allons analyser la différence entre trois 'umbrella companies' qui sont : CPM, Prosperity4 et Freelance UK

II-II-III : Comparaison entre trois ‘umbrella companies’

CPM

Les services de CPM :

Ils insistent beaucoup sur le paiement, sur le fait qu’il n’y a aucun risque et que le porté est payé dès que la mission est finie.

Pour le porté, les services sont les suivants :

- Gain en temps et coût (le porté passe beaucoup moins de temps, même pas du tout de temps avec la paperasse),
- Le paiement se fait automatiquement par l’agence donc le porté n’a pas de souci à avoir. Par exemple faire des relances si le client ne paye pas, etc., donc il gagne du temps pour effectuer son travail,
- Création de fonds de pension pour la retraite, etc.

CPM à divers partenaire tels que :

- Pour le paiement : CPM Express Pay

- CPMDRIVE : C’est un concept innovant. Il permet au porté d’obtenir la voiture de son choix. Ils fournissent aussi une maintenance gratuite et en cas d’accident, le porté est couvert par diverses assurances. De plus il n’y a aucune taxe dessus.

Le principe du CPMDRIVE est de payer moins par mois lorsque l’on achète une voiture neuve.

- ICE (International Computer Education): C’est une organisation qui offrent des formations.

- ERA (Expense Reduction Analysts) : C’est un organisme qui permet de nous apprendre à ‘garder notre argent tout en se faisant de l’argent’.

Celles-ci sont gratuite lorsque l’on adhère à CPM.

PROSPERITY4

Les bénéfices offerts par Prosperity4 sont :

- ✓ Un compte financier personnalisé,
- ✓ Pas d’administration pour le porté, il faut simplement qu’il envoie son emploi du temps de la semaine,

- ✓ Création de fonds de pension pour la retraite,
- ✓ Paiement par BACS dès que la mission est finie,
- ✓ Indemnité professionnel (couvert jusqu'à £1 million),
- ✓ Assurance (couvert jusqu'à £1 million),
- ✓ Les vacances et les arrêts maladie sont payés,
- ✓ Droit à une couverture sociale,
- ✓ Droit à des réductions sur la santé et les voyages,
- ✓ Pas besoin de comptable.

De plus, Prosperity4 montre se que le porté gagne :

Comptable = £120

Administration = £1000

Assurance professionnel = £350

Charges bancaire = £100

Employeur = £150

TOTAL = £2800

FREELANCE UK

Les bénéfices proposés par Freelance UK sont :

- Recherche et fournit les sponsors,
- Offre beaucoup d'assurance diverse,
- Droit de détenir des actions,
- Organise l'ouverture du compte en banque,
- Aide pour les aspects financier (notamment pour le contrôle fiscal, pour gagner plus d'argent, etc.),
- Création de fonds de pension pour la retraite,
- Aide financière notamment pour des prêts hypothécaire à l'habitation, prêt pour l'achat de voiture, etc.,
- Assurance.

Comme nous pouvons le constater, les agences anglaises ne sont pas vraiment différentes les unes des autres. Ce qui les différencient, ce sont surtout les prêts possibles notamment pour l'achat d'une maison, d'une voiture, etc....

Autrement, aucune d'entre elles ne disent de combien est le pourcentage concernant la commission. Cependant, je pense que comme en France, le pourcentage va être le même d'une société à une autre et qu'ils se différencieront par rapport aux services fournis.

Pour conclure, nous pouvons constater que le portage salarial répond à un besoin et est créateur d'emplois. A ce jour, il n'y a aucun projet ni proposition de loi, de nature à intégrer la pratique du portage dans le Code du travail. Or, nous pouvons remarquer que depuis 2005, plusieurs initiatives ont été effectuées. En effet, depuis le 2 août 2005, l'Etat a fait d'importantes avancées dans ce sens car il légalise le concept du portage salarial en adoptant l'intitulé 'd'entreprise de travail à temps partagé' (loi n° 2005-882 du 2août 2005 art.22 Journal Officiel du 3 août 2005).

De plus, la société de portage 'Ad'missions' (numéro deux du portage salarial en France) vient à son tour de signer un accord avec trois syndicats (CFTC, CFE-CGC, CGT). Cet accord consiste pour le porté, à avoir droit à un DIF (Droit Individuel à la Formation). Cela engendre donc une nouvelle étape vers l'uniformisation de cette forme de travail.

Depuis sa création le portage connaît un essor conséquent. Selon le SNEPS, plus de 45 000 salariés (soit une augmentation de 15 000 portés depuis 2004) et 50 000 entreprises ont bénéficié des services des adhérents du syndicat depuis 1996. Plus de 3 000 cadres supplémentaires optent chaque année pour ce mode de travail.

Ce développement est notamment dû à la population des cadres quinquagénaires contraints de se reconstruire un avenir professionnel après un incident de carrière. D'ailleurs, le nombre de personnes travaillant et étant en même temps à la recherche d'une autre situation professionnelle a doublé en 25 ans (1,8 million en 2002). Cependant, comme nous avons pu le constater, d'autres catégories de personnes s'intéressent au portage salarial (jeunes diplômés, femmes, chômeurs, retraités en quête de revenus supplémentaires, etc.). Dans un monde où les échanges sont en pleine évolution, le portage contribue à l'adaptabilité des entreprises. C'est pourquoi, comme nous avons pu l'analyser tout au long de ce mémoire, le portage salarial pourrait, une fois la législation mise en place, faire réduire le chômage, les gens devenant confiant par rapport à la légalité de ce mode de salariat. Pourrions-nous alors, dans un futur proche, comparer la situation des sociétés de portage à celle des sociétés d'intérim d'aujourd'hui ?

Historiquement, le portage salarial a débuté avec les professions intellectuelles (communication, marketing, informatique, etc.). Mais, il se pourrait bien que le portage se diversifie vers des professions manuelles ? Le futur appartiendrait-il à des sociétés de portage spécialisées ?

Licences Creative Commons

Quelle est la qualification juridique des documents-type Creative Commons ?

Les documents Creative Commons sont des contrats-type qui permettent à l'auteur de **communiquer au public** les conditions d'utilisation de son œuvre.

Ce sont des offres ou sollicitations, l'offre étant définie comme la « *manifestation de volonté (...) par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres (déterminées ou indéterminées) la conclusion d'un **contrat** à certaines conditions* » (1).

On peut qualifier ces offres de contrats à exécution successive et de concession de droit d'usage. Elles sont fournies **à titre d'information** gratuitement par Creative Commons et n'impliquent **aucun transfert des droits** de propriété intellectuelle (2). Elles ne peuvent donc pas être qualifiées de vente ou de cession.

La qualification de prêt à usage ou de commodat adresse les biens qui doivent être restitués, ce qui n'a guère de sens dans le cas de biens immatériels.

Le louage de chose incorporelle ou licence (location d'un meuble incorporel en droit de la propriété intellectuelle) est défini à l'article 1709 du Code Civil comme « *un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Le prix à payer n'entraîne ici aucune rémunération, mais les obligations qui pèsent sur l'Acceptant laissent à penser que la personne qui offre une œuvre sous de telles conditions en retire des avantages.

Le respect de la destination et l'usage de la chose louée en bon père de famille fait partie des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux.

La qualification de licence, sous-catégorie de contrats, est traditionnellement réservée à la propriété industrielle (licence de brevet ou de marque) et aux logiciels, et n'est pas employée en propriété littéraire et artistique. Cependant, ce terme est communément utilisé pour nommer les Creative Commons *licenses*, sous l'influence du terme américain et du concept de "licences libres" : licence GNU GPL, Licence Art Libre...

La nouveauté de ce type d'offre peut enfin amener à la qualification de contrat innommé.

Quelle est la validité des licences Creative Commons au regard du formalisme français des contrats de droit d'auteur ?

Le formalisme des contrats de cession de droits de propriété littéraire et artistique (CPI L. 131-3) peut s'appliquer aux licences ou autorisations d'utilisation (3). Celles-ci doivent décrire de manière précise le domaine d'exploitation, soit l'étendue, la destination, le lieu et la durée des droits concédés.

L'article 3 des licences Creative Commons énumère l'**étendue** des droits proposés : « *la reproduction de l'œuvre seule ou incorporée dans une œuvre dite collective, comme une publication périodique, une anthologie ou une encyclopédie* », au sens de l'article L. 121.8 du CPI, voire modifiée en vue de former certaines « *œuvres dites dérivées : traductions, les arrangements musicaux, les adaptations théâtrales, littéraires ou cinématographiques, les enregistrements sonores, les reproductions par un art ou un procédé quelconque, les résumés, la distribution d'exemplaires ou d'enregistrements* » desdites œuvres, au sens du CPI, article L. 122-4, seconde phrase.

La **durée** (toute la durée légale de protection de l'Œuvre, telle qu'elle est définie aux articles L. 123, L. 132-19, L. 211-4...) et l'étendue (le monde entier) sont également identifiées.

Quant à la **destination**, elle est clairement repérable dans l'intention de l'auteur de contribuer à un fonds commun en autorisant certaines utilisations gratuites de son œuvre.

La cession des droits de reproduction et de représentation à titre gratuit est permise à l'article L. 122-7 du CPI.

On précisera que les sous-licences sont explicitement interdites dans les documents Creative Commons, être titulaire d'un droit d'usage ne confère pas au bénéficiaire d'une licence Creative Commons le droit de céder ces droits. Le bénéficiaire ne pourra distribuer l'œuvre ou la communiquer au public que sous les mêmes conditions sous lesquelles il l'a reçue. Le terme « bénéficiaire » et non pas le terme « licencié » a été retenu pour désigner dans la traduction française la personne qui accepte l'offre. Ce choix marque une volonté de confirmer cette interdiction et peut ainsi favoriser ainsi le consentement éclairé de l'acceptant.

L'article 3 de la version originale prévoit que « *Les droits mentionnés ci-dessus peuvent être exercés sur tous les supports, médias, procédés techniques et formats, qu'ils soient connus aujourd'hui ou mis au point dans le futur.* »

L'article L. 131-6 accepte « *la clause d'une cession qui tend à conférer le droit d'exploiter l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat.* ». Elle « *doit être expresse* », ce qui est le cas dans la version originale des licences. Mais étant donné qu'elle doit également « *stipuler une participation corrélatrice aux profits d'exploitation* », la phrase a été écartée de la version française, à l'instar de la solution retenue par les traducteurs allemands conformément à l'article 31.4 de la loi allemande sur le droit d'auteur de 1965, plus stricte, qui interdit l'exploitation sous une forme non prévisible.

Si les cessions peuvent être consenties à titre gratuit, l'article L131-3 du CPI prévoit que les **adaptations audiovisuelles** doivent prévoir une rémunération.

Cependant, la jurisprudence (4) a admis la validité d'une cession des droits d'adaptation audiovisuelle même si aucune rémunération n'était stipulée, la contrepartie étant fournie par la publicité faite à l'ouvrage, œuvre préexistante. L'intention de l'auteur d'obtenir une diffusion et une distribution de son œuvre sous Creative Commons plus large peut être interprétée comme le souhait d'une plus grande notoriété grâce aux copies et aux diffusions qu'effectueront les Acceptants, sans exiger une exploitation conforme aux règles spécifiques d'un contrat d'édition, ni être lié par un contrat d'exclusivité avec un producteur.

L'autorisation d'adaptation audiovisuelle ne doit-elle pas figurer dans un contrat écrit distinct de celui qui autorise les autres actes ?

D'après l'article L113-4, « *l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

L'article L131-4 alinéa 3 stipule que « *les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre imprimée* ». On peut se demander si le choix de l'option qui autorise les modifications ne contraindrait pas à recourir à deux contrats Creative Commons séparés, de manière à respecter cette disposition qui vise à protéger l'auteur en lui faisant prendre conscience du fait qu'il s'agit de deux actes de cession bien différents.

La réponse est non car les licences Creative Commons ne sont pas assimilables à des contrats d'édition au sens de l'article L132-1 du CPI : elles ne prévoient pas d'obligation pour le

bénéficiaire correspondant à la charge pour l'éditeur d'assurer la publication et la diffusion des exemplaires dont la fabrication est autorisée.

Quelle est la validité des offres Creative Commons vis-à-vis du droit général des obligations ?

L'absence de signature n'est pas le signe d'une absence de consentement ou d'information sur l'objet et la nature de l'engagement contractuel. Il est en effet obligatoire d'accompagner toute reproduction ou communication de l'œuvre d'une copie ou d'un lien vers le texte Creative Commons qui la gouverne. Il est précisé dans l'objet du contrat que l'exercice sur l'œuvre de tout droit proposé dans ladite offre vaut acceptation tacite de celle-ci, à l'image des licences d'utilisation de logiciels qui prennent effet à l'ouverture de l'emballage du disque d'installation. On peut inférer de l'article 1985 du Code Civil relatif au mandat que le commencement de l'exécution du contrat proposé par le destinataire de l'offre « révèle » son acceptation (5).

La personne qui propose de contracter, l'auteur au sens de l'article 113 du CPI, garanti dans l'article 5a qu'elle a bien obtenu tous les droits nécessaires sur l'œuvre pour être en mesure d'autoriser l'exercice des droits conférés par l'offre. Elle s'engage à ne pas transmettre une œuvre constitutive de contrefaçon ou d'atteinte à tout autre droit de tiers (autres titulaires de droits ou sociétés de gestion collective qui auraient pu être mandatées, ou tout autre tiers), et à permettre une jouissance paisible à ceux qui en accepteront les termes.

Cependant, la version originale 2.0 des textes Creative Commons (notre travail de traduction et d'adaptation portait jusqu'en mai 2004 sur la version originale 1.0) prévoit que cette clause de garantie deviendra optionnelle. Une telle exclusion de garantie pourrait être jugée sans valeur en cas de dommage. La responsabilité délictuelle étant d'ordre public, elle aura vocation à s'appliquer par défaut, même sans mention explicite : la responsabilité de l'offrant est alors définie par la législation applicable.

Enfin, proposer des textes en langue française n'est pas seulement plus commode pour les utilisateurs français, mais répond également à l'impératif d'utiliser la langue française dans le cadre de relations avec des salariés ou des consommateurs (6) dans un contexte professionnel privé ou public.

Les contrats Creative Commons sont-ils compatibles avec le droit moral, norme impérative ?

Droit à la paternité

N'est-il pas obligatoire de choisir l'option Paternité ? (On notera que l'option Paternité devient obligatoire à partir de la version 2.0.)

On pourrait en effet penser que l'option *Non Attribution*, qui n'imposait pas d'indiquer la paternité de l'œuvre, ne pouvait pas être choisie en droit français car le droit à la paternité, prérogative de droit moral, est inaliénable. La même question est soulevée par l'article 4.a qui permet à l'Offrant de demander à l'Acceptant de retirer de l'Œuvre dite Collective ou Dérivée

toute référence au dit Offrant.

Effectivement, un contrat qui imposerait à l'auteur de renoncer définitivement à son droit au nom, en échange d'une contrepartie financière ou non, serait nul. La jurisprudence relative aux contrats dits de « nègre » où l'auteur réel écrit un ouvrage pour autrui, et s'engage à renoncer à être identifié comme auteur auprès du public, est stable : l'auteur réel pourra toujours se faire reconnaître comme auteur (7).

Les documents Creative Commons n'imposent pas une renonciation définitive, mais permettent une renonciation provisoire et une clarification (8). L'auteur pourra toujours faire reconnaître sa paternité.

En revanche, ce droit à l'anonymat ne doit pas donner lieu à de fausses attributions de paternité, notamment dans le cas où l'utilisateur-auteur indiquerait un autre nom que le sien, ou s'approprierait indûment la paternité d'une œuvre. Le principe général étant la présomption de titularité au bénéfice de celui sous le nom duquel est divulguée l'œuvre, le système Creative Commons ne permet pas plus que le cas général d'authentifier la paternité des œuvres. La paternité indiquée dans une offre Creative Commons reste soumise à la bonne foi des utilisateurs.

Droit au respect

Autoriser à l'avance les modifications n'équivaut pas à aliéner le droit au respect. Le droit d'adaptation, traditionnellement cédé à l'avance, n'implique pas d'autoriser les modifications qui porteraient atteinte à l'intégrité de l'œuvre ou à l'honneur et la réputation de son auteur. L'auteur qui aurait mis à disposition son œuvre sous une offre Creative Commons autorisant les modifications et la création d'œuvres dites dérivées, se réserve toujours la possibilité d'un recours fondé sur droit au respect, en cas d'utilisation ou de dénaturation de son œuvre telle qu'elles lui porteraient préjudice.

Droit de retrait

Le droit de retrait, lui aussi d'ordre public, pourra toujours être exercé, même si le parcours de l'œuvre rend son application encore plus difficile sur les réseaux. Celui qui propose l'offre de mise à disposition se réserve à tout moment le droit de proposer l'œuvre à des conditions différentes ou d'en cesser la diffusion (article 7.b), dans le respect des offres précédemment consenties. L'auteur qui met fin au contrat Creative Commons devra respecter la bonne foi (9) des personnes qui auront dans l'intervalle appliqué le contrat qu'il proposait.

Droit de divulgation

Le titulaire des droits sur l'œuvre conserve le contrôle du moment et des conditions de sa divulgation et de sa communication au public, non pour s'assurer de la réservation des droits exclusifs, mais pour rendre l'œuvre libre de certains droits.

Certains pourraient se demander si la condition de Partage à l'Identique des Conditions Initiales ou ShareAlike ne constitue pas une atteinte au droit de divulgation de la personne qui, ayant accepté une œuvre sous de telles conditions contractuelles, la modifie en apportant une contribution originale, et acquiert elle-même le statut d'auteur de la nouvelle œuvre dite dérivée.

Le nouvel auteur conserve ses prérogatives et décide du moment de la divulgation de la nouvelle œuvre. Il ne lui est pas interdit de la divulguer sous des conditions différentes, mais c'est à la condition d'obtenir une autorisation écrite de la part de l'auteur de l'œuvre préexistante, comme dans le système juridique classique, hors Creative Commons.

Le contrôle de l'utilisation après divulgation en vertu des options Partage des Conditions Initiales à l'Identique (*Share Alike*) et Pas d'Utilisation Commerciale (*Non Commercial*) n'est-il pas incompatible avec le principe d'**épuisement des droits** ?

L'épuisement du droit de distribution prévu en droit communautaire établit qu'une fois l'original de l'œuvre ou sa copie mise en circulation sur le territoire communautaire avec le consentement du titulaire de ce droit, par exemple après la première vente, il ne peut plus exercer ledit droit. Le titulaire ne peut donc exercer ce droit de propriété intellectuelle qu'une seule fois, il ne peut pas l'exercer à nouveau dans un autre Etat-membre. L'épuisement ne concerne que la distribution physique d'exemplaires matériels, de supports, à l'exclusion des services en ligne et des copies licites en découlant (Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, article 4.2 et considérant 29). Le titulaire conserve ses autres droits patrimoniaux.

L'article 2 des contrats Creative Commons stipule bien qu'ils s'appliquent sans préjudice du droit applicable, et ne visent donc en aucun cas à restreindre ce type de prérogatives. On peut toutefois se demander si le fait de restreindre les conditions d'utilisation après la première mise à disposition respecte l'épuisement.

Tout d'abord, les options Partage des Conditions Initiales à l'Identique (*Share Alike*) et Pas d'Utilisation Commerciale (*Non Commercial*) ne conduisent pas à interdire formellement toute modification qui ne serait pas proposée aux mêmes conditions ou toute utilisation commerciale, ce qui reviendrait à imposer des conditions de distribution. Elles se contentent simplement de réserver les droits non proposés, qui continuent à requérir l'autorisation du titulaire des droits, à l'instar du droit d'auteur classique.

Enfin, on peut rappeler que la notion d'épuisement est utilisée en droit communautaire à des fins de régulation économique. Elle est utile dans les situations où un ayant-droit abuse de son monopole pour affecter le commerce et la concurrence en interdisant la commercialisation ou en imposant des restrictions quantitatives à l'importation ou des mesures d'effet équivalent. Les objectifs du Traité de Rome sont de lutter contre le cloisonnement du marché intérieur et les abus de position dominante. Sont visées d'un côté les entraves à la libre circulation des marchandises constitutives d'obstacles à la commercialisation sur le territoire national de produits régulièrement mis en circulation sur le territoire d'un autre Etat membre, et de l'autre la faculté de contrôler les actes ultérieurs de commercialisation et d'interdire les réimportations. Certaines restrictions ont d'ailleurs été admises par la Cour de Justice des Communautés Européennes ; ainsi, l'arrêt Cinéthèque (10) valide comme conforme au droit communautaire la loi française sur la chronologie des médias (11) qui impose un délai entre l'exploitation des films en salle et la vente ou la location de supports.

Quelle sera la loi applicable en cas de conflit ?

Il n'y a pas de clause déterminant la loi applicable et la juridiction compétente dans les contrats Creative Commons. Les règles de droit international privé prévalent, et, pour choisir la loi applicable, le juge saisi déterminera le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat, ou le lieu du dommage ou du dépôt de la plainte.

Les contrats Creative Commons prévoient à l'article 8c que si un article s'avère invalide ou inapplicable au regard de la loi en vigueur, cela n'entraîne pas l'inapplicabilité ou la nullité des autres dispositions, l'article en question devant être interprété de manière à le rendre valide et applicable.

Les clauses abusives sont réputées non écrites si le contrat conduit à établir des rapports déséquilibrés entre les droits et obligations entre un professionnel et un consommateur (12). Un raisonnement a fortiori permet de déduire que les offres Creative Commons satisfont ces exigences, ainsi que les exigences de prudence et d'information.

Un auteur peut se retourner contre la personne qui utilise son œuvre sans respecter les conditions qui lui sont attachées. L'auteur qui estimerait qu'il y a eu atteinte à ses prérogatives patrimoniales pourrait toujours demander au juge une révision du contrat. Le bénéficiaire du contrat pourrait également se retourner contre le donneur de contrat qui a transmis une œuvre contrefaisante.

Notes

1. Dir. Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique Association Henri Capitant, PUF Quadrige 4ème éd. 2003.
2. Voir Christophe Caron, Les licences de logiciels dites « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, Dalloz 2003, n° 23, p. 1556 et Melanie Clément-Fontaine, La licence GPL, mémoire de DEA, Université de Montpellier, 1999. <http://crao.net/gpl/>
Contra en faveur de la qualification de cession, Cyril Rojinsky et Vincent Grynbaum, Les licences libres et le droit français, Propriétés Intellectuelles, juillet 2002/4, p. 28.
3. Cass.1ère civ. 23/01/2001, Communication Commerce Electronique avril 2001 & A. et H.-J. Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, Litec, 2ème éd. 2001, n° 482.
4. CA Paris, 1re ch. B, 21-09-1990 : Jurisdata n. 023403, in Lucas, Traité de la Propriété Littéraire et Artistique, note 280.
5. Dir. Michel Vivant, Lamy Droit de l'Informatique et des réseaux, par. 875.
6. Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite loi Toubon.
7. Cour de cassation, Civ.1, 4 avril 1991, affaire Béart, Revue Internationale du Droit d'Auteur, octobre 1991, p. 125 (cassation de l'arrêt d'appel ayant admis que l'auteur de thèmes musicaux renonce, par contrat, à être identifié comme tel auprès du public).
8. Hubert Guillaud, <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-fr/2004-January/000039.html>

9. Comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation (Vocabulaire Capitant, op cit)

10. Arrêt de la CJCE du 11 juillet 1985, Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français, Aff. jointes 60/84 et 61/84, Rec. 1985 p. 2605.

11. Loi n°82-652 du 29/07/1982 sur la communication audiovisuelle, JORF du 20/07/1982, p. 2431, article 89.

12. L132-1 Code de la Consommation