



Editorial

Par Pierre Alain GOURION
Avocat aux Barreaux de LYON
et de BRUXELLES

Avec les feuilles tourbillonnantes de l'automne, voici notre livraison d'octobre.

Du contrat "nouvelle embauche" à la délégation de signature, de la modernisation de l'économie à la réforme de l'héritage, de l'intercommunalité à la Biennale de l'OMC, de la circulation des jugements en Europe à la nouvelle société commerciale communautaire et au droit espagnol de la concurrence, il y en a pour tous les goûts et pour toutes les pointures.

Fasse que les vôtres y trouvent, avec notre bon souvenir, de quoi satisfaire votre appétit de lecture juridique.

Sommaire

FRANCE :

- Délégations de pouvoirs ; délégations de signature : quels enjeux ? : p.1
- Le contrat nouvelle embauche, un contrat de travail à durée indéterminée pouvant être facilement résilié dans les premiers mois de sa conclusion : p.4
- Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie p.5
- La réforme des procédures collectives : la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : p.6
- La réforme de l'héritage ou comment donner et partager peuvent devenir plaisants : p.7
- Intercommunalité : L'impossibilité d'adhérer à deux syndicats mixtes : p.9

DROIT INTERNATIONAL :

- Recouvrement de créances au sein de l'Union européenne : en route vers la libre circulation des décisions judiciaires ! : p.10
- Etes-vous prêt pour créer une SOCIETE EUROPEENNE en France ? p.12
- L'OMC à Hong Kong, Les enjeux de la prochaine Conférence ministérielle : p.13
- Espagne : Vers une réforme du droit de la concurrence espagnol : p.16

DELEGATIONS DE POUVOIRS ; DELEGATIONS DE SIGNATURE : QUELS ENJEUX ?



par Audrey PALMADE
Master 1 Droit
international

De plus en plus couramment, directeurs financiers et autres dirigeants d'entreprises ont tendance à se décharger d'une partie de leurs fonctions en les déléguant. Choissant des salariés à leurs yeux compétents et de confiance, comme par exemple les crédits managers, ils les autorisent par

le biais de délégations de pouvoirs ou de signature à agir en leur nom.

Les premières établissent un transfert de compétences entre le dirigeant (délégant) et le préposé de l'entreprise (déléataire). Quant aux secondes, elles impliquent la possibilité pour le salarié de signer actes et documents aux lieu et place du dirigeant.

Ainsi, en tant que crédit manager et sous réserve d'une délégation valide, vous pouvez tout autant signer chèques et documents pour ordre qu'accorder des lignes de crédit ou encore représenter l'entreprise lors de procédures collectives.

Une question cruciale se pose néanmoins pour les bénéficiaires de ces délégations car le procédé n'est pas sans risque pour le préposé mal - voire pas du tout - informé des conséquences. Dans quelle mesure répond-il des actes commis sous l'empire de ces délégations ? Quid des signatures apposées en bas de documents officiels ? Peut-il voir sa responsabilité engagée en cas de faute ?

Aucun texte de loi ne règlemente véritablement cette pratique pourtant monnaie courante. Les rares dispositions existantes n'apparaissent qu'au travers de la législation applicable à des domaines comme l'hygiène et la sécurité dans le travail ou l'environnement, secteurs particulièrement friands de délégations... et pour cause !

Certains éléments de réponse relatifs aux responsabilités découlant de délégations ont donc été apportés par les tribunaux.

Les premiers arrêts consécuteurs remontent à 1902 et admettaient le recours à la délégation de pouvoirs ou de signature dans les matières où la loi l'autorisait expressément. Aujourd'hui, la délégation est accueillie dans tous les domaines où elle n'est pas interdite par la loi, en somme quasiment dans toutes les situations juridiques, dont celle de la relation hiérarchique directeur financier/ crédit manager.

Au cours de son évolution, la jurisprudence a pu mettre en exergue des conditions de validité applicables aux délégations. En cas de respect de ces formalités, la pratique peut engendrer, dans une certaine mesure, la mise en jeu de la responsabilité du salarié signataire.

Délégation, oui mais conditionnée*Un champ d'application fort étendu*

Au regard de la jurisprudence, apparaissent non seulement des conditions " formelles " de validité, mais également des domaines d'application plus ou moins ciblés.

Si la délégation de signature est une situation tout à fait répandue, la délégation de pouvoirs touche tout particulièrement la législation sociale : hygiène et sécurité, environnement (pollution des eaux), transport et circulation routière, embauche des travailleurs étrangers...

En outre cette dernière reste une pratique plus largement acceptée par la jurisprudence dans un grand groupe, que dans une petite entreprise. En effet, il est compréhensible que, dans le cadre d'une multinationale par exemple, le dirigeant considère comme nécessaire de confier à des salariés des tâches de moindre importance qui lui incombent pourtant de par sa fonction. Pour apprécier l'opportunité de la délégation, la Cour utilise des critères tels que la masse salariale, la complexité de la structure de l'entreprise, la nature de l'activité, ou encore l'organisation du travail dans l'entreprise.

Le procédé peut même s'avérer obligatoire dans les cas où le dirigeant serait véritablement dans l'impossibilité matérielle d'assumer certains actes (éloignement géographique...), de s'assurer lui-même l'application de toute la réglementation en vigueur, notamment en matière de sécurité. Le délégataire, plus disponible, serait nécessairement plus apte à prévenir accidents du travail et autres troubles. Si le défaut de délégation vient à nuire à la Société, il peut être interprété comme une négligence de la part du dirigeant.

La délégation de pouvoirs touche par exemple, en matière procédurale, à l'établissement et au soutien de déclarations de créances ; au dépôt de requêtes ; à la représentation de l'entreprise devant les juridictions compétentes. En matière de financement par affacturage, le signataire peut se voir confier la signature de quittances subrogatives, d'actes de transfert et cession de créances, le soin de versements et retraits divers, le certificat des factures ; pour ne citer que quelques exemples.

La délégation de signature, quant à elle, possède des avantages pratiques évidents, quelle que soit la taille du groupe considéré, puisqu'elle soulage le dirigeant de tâches administratives souvent fastidieuses. Elle concerne la trésorerie (signature de chèques), et autres documents et courriers pour ordre.

Délégation - subdélégation - codélégation

Lorsque l'objet de la délégation confiée à un salarié est trop important, ce dernier peut penser à déléguer à son tour une partie de ses prérogatives. La subdélégation est-elle une faculté reconnue, ou bien applique-t-on ici l'adage établi de droit public " delegatus delegare non potest " ?

En réalité, les réponses semblent différer, selon que l'on considère la délégation de pouvoirs ou la délégation de signature.

En effet, la signature **ne peut** être subdéléguée. Toute convention

serait nulle et entrainerait mise en jeu de la responsabilité du " subdéléguant " en cas d'infraction.

En revanche, la Cour admet depuis 1983 la subdélégation de pouvoirs, même sans autorisation du délégant originel. Dans le cas où la délégation aurait un large objet, il peut même être reproché au délégataire de n'avoir pas subdélégué et d'avoir par conséquent failli à ses fonctions.

La subdélégation obéit aux mêmes règles de validité que la délégation. Néanmoins, le juge sera plus regardant quant aux compétences effectives du subdélégué.

Enfin, en principe, une même mission ne peut être déléguée à plusieurs personnes différentes (codélégation de pouvoirs). En effet, un tel procédé entrainerait une dissolution des responsabilités et n'aurait pas de sens. En revanche, le chef d'entreprise peut tout à fait établir plusieurs délégations, dès lors qu'elles ont des objets distincts. Ainsi, un même salarié peut bénéficier de plusieurs délégations différentes.

Conditions de validité

Toutefois, ces délégations, pour être considérées par la Cour, doivent obéir à plusieurs exigences, relatives à la fois à l'acte lui-même, au délégant et au délégataire.

- Dans un arrêt du 23 mars 2004, la Cour de cassation récapitule une nouvelle fois les conditions entendues de validité de la délégation de pouvoirs - sachant que ces conditions s'appliquent tout à fait à la délégation de signature.

La délégation doit d'abord être non équivoque, " certaine et exempte d'ambiguïté ". Son existence ne fait aucun doute. C'est pourquoi, si l'écrit n'est pas en lui-même une condition de validité, il est fortement recommandé, ne serait-ce que pour faciliter la preuve de l'existence de la délégation. Si une délégation ambiguë doit être interprétée par le juge lors d'un litige, elle le sera restrictivement.

Elle doit être limitée dans le temps et bien déterminée, c'est-à-dire qu'une délégation attribuant vaguement tout une généralité de pouvoirs (ex : les missions administratives) pour une durée indéfinie serait écartée.

En outre, elle doit revêtir un caractère de permanence, sans lequel le salarié ne pourrait pas remplir efficacement sa mission.

Une certaine publicité est également conseillée afin que le délégataire puisse justifier de l'autorité dont il fait preuve vis-à-vis des salariés de l'entreprise. Outre un acte de délégation express, la Cour accepte la délégation prévue au contrat de travail, dans l'organigramme de la société ou encore dans une note de service ou d'information.

- La délégation doit être établie au profit d'un préposé salarié de l'entreprise, et en aucun cas au profit d'un tiers non salarié ; bien que soit admise à présent une délégation conclue avec un préposé d'une autre société mais appartenant au même groupe (cas des filiales).

Sont considérés en cas de litige la qualification, l'ancienneté, l'indépendance, le nombre de subordonnés, et jusqu'à la rémunération. En effet, la jurisprudence tient compte du niveau hiérarchique du préposé, n'importe quel salarié ne pouvant donc pas endosser les responsabilités liées à la délégation.

Enfin, le délégant doit s'assurer que le délégataire qu'il aura choisi possède **les compétences, l'autorité et les moyens nécessaires** à l'accomplissement de sa tâche.

Si l'objet de la délégation relève d'un domaine particulièrement précis, pointu, il convient de fournir au délégataire la formation théorique et pratique essentielle à sa mission. Après vérification scrupuleuse, le juge écartera toute délégation ne remplissant pas cette condition.

L'autorité s'analyse par les pouvoirs de sanction du préposé. Sans que la faculté de licenciement n'entre nécessairement en jeu, le délégataire doit avoir la possibilité de faire respecter ses décisions.

Quant aux moyens, ils doivent être énoncés précisément, et sont surtout d'ordre financier. Le salarié doit pouvoir bénéficier d'un budget et de moyens d'accès aux ressources financières indispensables à son action.

En outre, si le délégataire doit remplir des conditions particulières, il est clair que le délégant, lui aussi, doit disposer des pouvoirs nécessaires à la conclusion d'un tel acte.

- Le délégant doit être le représentant légal de la Société concernée par la délégation, gérant ou président, selon la nature de la Société, ou même liquidateur en cas de procédure de dissolution.

Pèse sur lui une obligation d'information consistant à présenter au préposé le contenu et les effets de la délégation dont il bénéficie.

De plus, compte tenu des effets de la délégation, le dirigeant ne peut l'imposer. Elle doit être librement acceptée par un préposé éclairé et prêt à en assumer les conséquences éventuelles. Cependant, doctrine et jurisprudence demeurent indécises sur ce point. Ainsi, un arrêt de la Chambre criminelle du 7 février 1995 prévoit l'obligation d'acceptation du salarié si la délégation survient en cours de contrat de travail.

Effets de la délégation : Quelles responsabilités ?

Dès lors que les conditions énoncées sont respectées, la délégation est pleinement valable, posant alors la question suivante : qui est responsable de quoi ? La mise en jeu des responsabilités au sein de l'entreprise s'apprécie foncièrement sur deux plans, pénal et civil.

Du point de vue pénal

L'avantage flagrant de la délégation de pouvoirs est de décharger le dirigeant de sa responsabilité pénale. En effet, dès lors que celui-ci ne prend pas part aux actes répréhensibles, il ne peut être tenu, aux yeux de la loi, pour responsable des actes accomplis par son délégataire.

Néanmoins, il incombe au dirigeant d'apporter la preuve - par tous moyens - de l'existence et de la validité de cette délégation.

Pour le délégataire en revanche, l'acceptation de la délégation requiert réflexion car il hérite alors de la responsabilité pénale du dirigeant, c'est-à-dire de la responsabilité aussi bien de ses propres fautes que de celles de ses subordonnés, mêmes commises en son absence. Toutefois, cette responsabilité est exclue en l'absence de faute.

En principe, le cumul des responsabilités délégant/ délégataire est écarté. Toutefois, le chef d'entreprise met en jeu sa responsabilité s'il est au courant d'infractions commises par son préposé et s'abstient d'intervenir ; ou encore s'il est responsable d'une faute étrangère au domaine de compétence du délégataire.

Pour être efficace et limiter tout risque de condamnation, l'employeur doit exercer sur son préposé une surveillance limitée, toute immixtion rendant la délégation inopérante.

Enfin, le projet de loi portant adaptation de la justice à l'évolution de la criminalité, dont l'entrée en vigueur est attendue pour décembre 2005 prévoit la possibilité de mise en jeu de la responsabilité pénale de la société en cas d'infraction commise par le délégataire.

Du point de vue civil

Vis-à-vis de la société, la responsabilité du dirigeant délégant reste engagée en premier lieu dans la mesure où il n'a pas su choisir la personne adéquate, apte à assurer certaines de ses compétences. Dès lors qu'il y a nuisance au bon fonctionnement de l'entreprise, le dirigeant rend des comptes.

En outre, l'employeur demeure civilement responsable du fait de son préposé - hors abus de fonctions - tel qu'énoncé à l'article 1384al5 du Code civil ; principe rappelé par l'article L260-1 du Code du travail. La délégation n'a en l'espèce aucun effet exonératoire.

En cas de délégation de signature uniquement, le délégant conserve toutes ses responsabilités, tout acte signé en vertu de la délégation étant réputé signé par le dirigeant. Toutefois, si le délégataire dépasse le cadre de la délégation, ou s'il exerce des prérogatives une fois la délégation révoquée, il engage à son tour sa responsabilité, en particulier à l'égard des tiers.

En dernier lieu, la question du dirigeant de fait.

La jurisprudence définit comme dirigeant de fait "toute personne physique ou morale qui, sans avoir été régulièrement désignée en qualité de dirigeant de droit, se sera distinguée par une activité positive dans la direction et la gestion de la personne morale, en tout indépendance, pour influencer sur celle-ci de manière déterminante".

Il s'agit d'une "participation à la conduite générale de l'entreprise, active, régulière et comportant prise de décision".

S'il advient qu'un préposé use de pouvoirs normalement attribués au représentant légal de la société vis-à-vis de tiers,

ceux-ci peuvent ainsi se méprendre sur la véritable identité du salarié. La Cour peut-elle alors redéfinir les fonctions du délégataire et l'élever au rang de dirigeant de fait ?

En pratique, pas vraiment. En effet, si les cas de gérance de fait dans de telles conditions existent, ils sont rares et touchent à de toutes petites sociétés, voire à des sociétés en participation. Or, nous avons vu que la délégation - de pouvoirs - prend toute son importance dans les grands groupes où la confusion dirigeant de fait/ dirigeant de droit serait impensable compte tenu de la nécessaire restriction de l'objet de la délégation.

On notera néanmoins le cas du directeur qui bénéficie d'une délégation générale de pouvoirs : outre le problème posé par la généralité de la délégation, le salarié est alors assimilé, au regard des tiers à un dirigeant de fait, endossant toutes les responsabilités afférentes.

La fin de la délégation

Plusieurs circonstances peuvent engendrer le terme de la délégation de pouvoir. Ainsi, outre révocation ou dénonciation du délégant, il suffit que les rapports délégant / délégataire changent, ou bien que le délégataire renonce tout simplement à en bénéficier pour que la délégation soit caduque.

Par un arrêt du 30 mars 1999, la Chambre criminelle a établi parmi les causes de caducité de la délégation, la cessation des fonctions du délégant. Pour être toujours valable sous la direction du nouvel employeur, ce dernier doit réitérer l'acte.

Toute la complexité de la notion réside dans son caractère jurisprudentiel qui implique ainsi une instabilité inhérente à l'évolution du droit du travail. Le salarié doit bien prendre garde à l'encadrement de la délégation de pouvoirs dont il bénéficie, que ce soit dans le temps, ou au niveau des tâches à effectuer. La délégation de signature quant à elle est beaucoup moins risquée puisque, hors faute grave du délégataire, le délégant demeure responsable.

LE CONTRAT NOUVEL EMBAUCHE, UN CONTRAT DE TRAVAIL A DURÉE INDETERMINEE POUVANT ÊTRE FACILEMENT RESILIE DANS LES PREMIERS MOIS DE SA CONCLUSION

1 - Champ d'application du nouveau dispositif

En application de l'Ordonnance 2005-893 complétée par le Décret 2005-894, les entreprises du secteur privé employant au plus vingt salariés peuvent depuis le 4 août 2005 recourir au " contrat nouvelle embauche " (C.N.E.) pour leurs nouvelles embauches à durée indéterminée, que le contrat soit conclu à temps partiel ou complet.

L'effectif à prendre en considération est celui de l'entreprise et non de l'établissement. Il s'évalue dans les conditions de droit commun (Art. L 620-10 du Code du Travail) : Conformément à l'Ordonnance 2005 - 892, les jeunes de moins de vingt-six ans embauchés à compter du 22 juin 2005 ne sont temporairement pas pris en compte pour son calcul.

Sont toutefois exclus du nouveau dispositif :

- les contrats de travail concernant les assistantes maternelles et les employés de maison ;
- les emplois à caractère saisonniers ;
- les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

2 - Régime juridique applicable à la conclusion et à l'exécution du C.N.E.

Le contrat doit être conclu par écrit.

Les formalités d'embauche de droit commun sont applicables.

Sous réserve des modalités gouvernant sa rupture au cours des deux premières années, la relation de travail est régie par les stipulations du contrat à durée indéterminée applicables à l'espèce notamment en application de la convention collective et du Code du travail. Le salarié peut en outre bénéficier du congé de formation dans les conditions applicables aux titulaires d'un contrat à durée déterminée (Art.L 931-13 à L 931-20-1 du Code du travail).

Il convient de noter qu'en cas de licenciement du salarié au cours des deux premières années d'un C.N.E., il ne peut être conclu un nouveau contrat de ce type entre les mêmes parties avant écoulement d'un délai de trois mois à compter du jour de la rupture du premier contrat.

3 - Conditions requises pour rompre le contrat au cours des deux premières années

Chaque partie dispose de la faculté de mettre fin au contrat par lettre recommandée avec accusé de réception pendant les deux années suivant sa conclusion.

La procédure de licenciement pour motif personnel (entretien préalable, notification et motivation du licenciement, contrôle de la motivation du licenciement) n'est pas applicable, sauf dans l'éventualité où l'employeur envisage de licencier le salarié pour faute grave ou lourde, et ainsi de le priver du bénéfice du préavis et de l'indemnité spéciale de rupture.

La motivation de la rupture dans ce délai n'est requise par la Loi que si le salarié a commis une faute grave ou lourde.

Dans les autres cas, la loi ne prévoit pas d'obligation de motivation. Il est toutefois à craindre que la jurisprudence considère qu'une rupture purement discrétionnaire relève de l'abus de droit.

Le licenciement dans le délai de deux ans d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou représentatif doit être préalablement autorisé par l'inspecteur du travail.

Lorsque l'employeur envisage un licenciement collectif pour motif économique dans lequel sont compris des salariés titulaires d'un C.N.E., ces derniers sont comptabilisés dans le décompte des effectifs servant à déterminer l'étendue de ses obligations en matière d'information et de consultation des représentants du personnel.

4 - Obligations de l'employeur en cas de rupture à son initiative au cours des deux premières années

Sauf faute grave, lourde, ou cas de force majeure, la présentation de la lettre recommandée fait courir un préavis en cas de rupture à l'initiative de l'employeur, si le salarié est présent depuis au moins un mois dans l'entreprise. La durée de préavis est de quinze jours si le contrat est conclu depuis moins de six mois à la date de présentation de la lettre, et d'un mois si le contrat est conclu depuis une durée comprise entre six mois et deux ans.

Sauf faute grave, lourde, ou cas de force majeure, l'employeur doit verser :

- au salarié au plus tard à la fin du préavis, une indemnité spéciale égale à 8% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis la conclusion du contrat, suivant le régime fiscal et social de l'indemnité de licenciement ;
- aux ASSEDIC, une contribution égale à 2% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis la conclusion du contrat, laquelle n'est pas assimilée à un élément du salaire soumis à cotisations.

Il convient de noter que l'employeur devra rappeler dans la lettre recommandée ci-dessus visée que les litiges relatifs à la cessation du C.N.E. sont prescrits après écoulement d'un délai de 12 mois décomptés depuis l'envoi du courrier. A défaut, cette prescription abrégée prévue par la loi ne pourrait être valablement opposée au salarié.

5 - Garanties offertes au titulaire d'un C.N.E. perdant son emploi

Un accord devrait intervenir entre les partenaires sociaux permettant aux titulaires de C.N.E. perdant leur emploi de bénéficier de la convention de reclassement personnalisée prévue à l'article L 321-4-2 du Code du travail et jusque là applicable aux salariés licenciés pour motif économique dans les entreprises de moins de 1000 salariés. A défaut, un décret en fixera les modalités d'application.

Si le contrat est rompu au cours de la première année, le salarié peut bénéficier d'un droit individuel à la formation dans les conditions de l'article L 931-20-2 du Code du travail, jusque là réservé aux titulaires d'un contrat à durée déterminé.

Le titulaire d'un C.N.E. perdant son emploi, s'inscrivant comme demandeur d'emploi dans un délai de trois mois à compter de

l'expiration du contrat, peut bénéficier d'une indemnisation alors qu'il ne remplit pas la condition de durée minimale d'affiliation, sous réserve de justifier d'une période d'activité continue de quatre mois en C.N.E., de rechercher un emploi, et d'avoir été involontairement privé de son emploi. (La condition de recherche d'emploi n'est pas exigée des salariés d'au moins 57 ans et demi, ou d'au moins 55 ans et justifiant de 160 trimestres de cotisations). Cette indemnité, versée pour une durée d'un mois à raison de 16,40 euros par jour, n'est pas cumulable avec l'allocation spécifique de solidarité. Son bénéficiaire doit être demandé dans les six mois du premier jour où l'intéressé remplit les conditions d'ouverture.

Xavier SEUX-BAVEREZ
Avocat au Barreau de LYON

LOI POUR LA CONFIANCE ET LA MODERNISATION DE L'ECONOMIE



par Audrey PALMADE
Master 1 Droit
international

Le 13 juillet dernier, le parlement adopte définitivement la loi dite "pour la confiance et la modernisation de l'économie", qui sera publiée le 27 juillet. Cette loi, particulièrement

destinée aux entreprises, vise notamment à simplifier les modalités administratives ainsi que leur accès au marché financier. Elle introduit en outre la société dite européenne en droit français. Enfin, la loi ouvre au gouvernement la voie de réforme du droit des sûretés.

L'administration des entreprises

L'utilisation des nouveaux moyens de télécommunication

Tandis que, lors des Conseils d'administration ou de surveillance, l'utilisation de la visioconférence avait déjà été validée par une loi de 2001, la loi de 2005 y ajoute tous les moyens de télécommunication" permettant l'identification et garantissant la participation effective" des intervenants. Vote et participation virtuels sont donc autorisés, dans la limite de la conformité aux statuts et hormis les séances où l'ordre du jour prévoit l'examen ou l'arrêté des comptes ainsi que l'établissement du rapport de gestion.

L'abaissement des quorums

Les conditions de quorum pour la tenue des assemblées sont assouplies. Par exemple, les assemblées générales extraordinaires ne requièrent plus que le quart des actions ayant le droit de vote, contre un tiers auparavant ; un cinquième contre un quart pour les assemblées générales ordinaires. A noter que les statuts, dès lors que les sociétés ne font pas appel public à l'épargne, peuvent toujours prévoir des quorums plus élevés.

Rapport sur le contrôle interne

La loi limite l'obligation de rédaction d'un rapport du Président sur le contrôle interne de l'entreprise aux sociétés faisant appel public à l'épargne. Ce rapport relate néanmoins les procédures d'élaboration de comptes, ceux-ci incluant les sociétés consolidées, qu'elles soient ou non cotées.

L'accès des entreprises au marché financier

- Il est prévu un accompagnement du développement de nouveaux marchés d'accès à la bourse sous forme de réduction d'impôt pour les particuliers-investisseurs ;
- Le champ de compétence de l'AMF est étendu en matière d'injonction et de sanctions à fins de transposition de la directive communautaire "abus de marchés" ;
- Lorsque le chiffre d'affaires de l'entreprise est inférieur à 150 000 euros, celle-ci est exonérée d'impôt forfaitaire annuel ;
- Enfin, les entreprises investissant dans la recherche et l'innovation, à condition que les fonds ne soient pas alloués à une entreprise "partenaire", peuvent bénéficier de réduction d'impôt.

La société européenne

Conformément au Règlement communautaire (CE) 2157/2001, la loi du 26 juillet 2005 introduit dans le droit français (Code de commerce, Code du travail) les modalités relatives à la société européenne. Celle-ci peut être constituée par fusion de SA de nationalités différentes, par une société holding ou une filiale, par transformation d'une SA. La loi fixe ainsi la procédure de transformation d'une SA en société européenne. En outre, l'implication des salariés (information, consultation voire participation) dans la vie de la société est un préalable absolument nécessaire à son immatriculation. Ces modalités sont organisées par un groupe spécial dit "de négociation".

Le droit des sûretés

Enfin, la loi offre la possibilité au gouvernement de modifier par ordonnance le droit des sûretés dans un délai de neuf mois après publication de la loi. Le mot d'ordre en l'espèce est encore la simplification : simplification des constitutions d'hypothèques, simplification de leur réalisation en cas de défaillance du débiteur. La loi souhaite également permettre le nantissement des stocks et donner une base légale à la garantie autonome (engagement de payer à première demande) et à la lettre de confort (engagement de soutenir un débiteur dans l'exécution de son obligation) qui ne sont pour l'instant que des pratiques jurisprudentielles.

Les dons exceptionnels

Le régime prévoyait, jusqu'au 31 mai 2005, l'exonération d'impôts sur des sommes allant jusqu'à 30 000 euros constituant un don d'ascendant à descendant. La loi de juillet 2005 fixe la date butoir au 31 décembre 2005, dans un but de soutien à la consommation.

La loi pour la confiance et la modernisation de l'économie est à lire en parallèle avec la loi en faveur des PME, adoptée le même jour par le parlement et visant modestement à "assurer la pérennité des entreprises", "soutenir la croissance" et "préserver emploi et savoir-faire".

LA REFORME DES PROCEDURES COLLECTIVES : LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES DU 26 JUILLET 2005



par Julie HAINAUT
Master 2 Recherche
Droit international
public

Etes-vous, en tant que chef d'entreprise, un bon débiteur, un "anticipateur", ou au contraire un mauvais débiteur, en ce sens que vous subissez la classique procédure collective avec état de cessation des

paiements ?

Entreprises en faillite, anticipez ! Tel est le nouveau mot d'ordre.

La loi nouvelle en matière de procédures collectives, qui s'inscrit d'ailleurs dans la lignée européenne, vient équilibrer les intérêts divergents des créanciers et des débiteurs. Elle vise à limiter le nombre de faillite d'entreprise en France, et instaure une procédure de redressement judiciaire anticipée, une procédure, comme son nom l'indique, de "sauvegarde".

Le but reste cependant le même que celui de la loi antérieure : sauvegarder les entreprises et les emplois. Mais la méthode change ! Il y a une volonté de corriger les imperfections de la loi du 25 janvier 1985, et de celle du 10 juin 1994, en simplifiant les procédures.

La législation nouvelle **vous permet désormais de saisir le tribunal en amont de la cessation des paiements**. Et vous pourrez même en retirer certains avantages... que vous n'aurez pas si vous attendez la cessation des paiements... Chefs d'entreprises, agissez donc au plus vite ! N'est-il pas préférable de traiter le plus tôt possible les difficultés que rencontre votre entreprise ? Comme l'a d'ailleurs affirmé Dominique Perben, "*il faut anticiper pour éviter la casse*" !

Voici les principaux changements opérés par cette nouvelle loi :

- Elargissement et multiplication des procédures. Désormais, les professionnels libéraux peuvent également bénéficier de cette nouvelle loi.
- Mise en place d'une procédure de conciliation. Les entreprises en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours et les professionnels libéraux peuvent désormais se placer sous le régime de la conciliation, sachant que la procédure de conciliation sera de 5 mois maximum.
- Mise en place d'une procédure de sauvegarde. Dorénavant, il ne faut plus attendre la cessation des paiements, critère inévitable jusqu'alors pour pouvoir ouvrir une procédure collective.
- Accélération de la procédure de liquidation judiciaire (notamment pour le débiteur qui se trouve dans l'impossibilité d'assurer le redressement de son entreprise).

- Nouvelles voies de recours pour le débiteur. Celui-ci peut désormais interjeter appel du jugement arrêtant ou rejetant le plan de cession.
- Maintien en fonction du dirigeant de l'entreprise liquidée judiciairement.
- Allègement du régime des sanctions contre les chefs d'entreprise en faillite, dont l'honnêteté n'est pas mise en cause. Les créanciers n'ont plus de droit de poursuite individuelle contre le débiteur condamné à une interdiction de gérer.
- Rôle accru du ministère public et diminution de celui du tribunal. La loi consacre un renforcement de l'information du ministère public concernant toutes les procédures judiciaires de traitement des difficultés des entreprises.

La loi de sauvegarde entrera en vigueur le 1er janvier 2006, mais ne sera pas applicable aux procédures en cours lors de son entrée en vigueur (dans ce cas, c'est la législation antérieure qui régira ces procédures).

Cette loi a pu faire l'objet de controverses, et on l'a même qualifiée de "loi de sauvegarde des banques". Cette loi déséquilibrerait, selon certains, la structure actuelle du droit des procédures collectives en ce sens que les banques bénéficieraient d'un privilège important, ce qui permettrait à un créancier privé, qui consent une avance, d'être payé par priorité aux autres créanciers (publics). Les établissements financiers en tireraient ainsi un bénéfice, au mépris des créanciers publics.

Cependant le but premier de cette loi reste d'anticiper la faillite. Comme le dit d'ailleurs si bien notre Garde des Sceaux Pascal Clément, passons du domaine de la "faillite" à celui de la "sauvegarde" !

Soignons l'entreprise avant qu'elle ne tombe malade !

LA REFORME DE L'HERITAGE OU COMMENT DONNER ET PARTAGER PEUVENT DEVENIR PLAISANTS

A l'heure où le ministre de l'Economie a mis en place un régime fiscal de faveur concernant les donations, il convient de mettre en lumière le texte qui en est à l'origine : le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités.

Avec plus de 350.000 dossiers de successions déposés en 2004, il s'est avéré absolument nécessaire d'entreprendre une refonte législative en la matière et de "dépoussiérer" les textes relatifs au droit de l'héritage datant de 1804 !

Après trois projets avortés en 1988, 1991 et 1995, le ministre de la Justice, Pascal Clément devrait présenter à l'Assemblée Nationale d'ici à l'automne 2005 le projet de loi initié par son prédécesseur Dominique Perben.

L'ancien Garde des Sceaux a, en effet, présenté au mois de mai à

l'occasion du 101ème congrès des notaires les grandes lignes de son projet.

En substance, le nouveau droit des successions se synthétiserait de la manière suivante : une plus grande liberté pour organiser sa succession, une simplification de la gestion du patrimoine successoral et une accélération du règlement des successions.

Liberté, simplicité, rapidité, et si donner et partager devenaient la nouvelle donne en France ? Allons nous aboutir, dans un futur proche, à la fin des déchirements familiaux et autres complications du même ordre survenant à l'occasion du décès d'un proche ?

Si la réponse est en demie-teinte, il n'en reste pas moins que la récente mesure "Sarkozy" ainsi que quelques autres dispositions adoptées pour favoriser les donations ont le vent en poupe et l'assentiment populaire, alors que la réforme de l'héritage est attendue au tournant...

L'état des mesures relatives aux donations

Conséquence de l'augmentation de l'espérance de vie, les Français héritent de plus en plus tard. Une nécessité s'est donc fait sentir, celle d'anticiper les successions en favorisant le recours aux donations aux enfants et petits-enfants.

Et c'est précisément sur ce point que le législateur s'est attardé, une modification du régime des donations-partage fait partie du corps de réforme du droit des successions et des libéralités, tandis que certaines mesures ont d'ores et déjà été adoptées par voie de décret et autres loi de finances.

La donation bénéficie d'un régime fiscal de faveur permettant de réduire les droits que les enfants auront à payer lors du décès du donateur. Aussi l'objet de la nouvelle mesure adoptée par le ministre de l'Economie permet elle de donner 30.000 euros en franchise d'impôt, et ce jusqu'au 31 décembre 2005.

En outre, un nouveau barème de l'usufruit a été établi en 2004, si bien qu'il est beaucoup plus intéressant aujourd'hui de donner un bien tout en conservant les revenus qu'il génère, et ceci constitue en sus une alternative à la donation en pleine propriété puis à la succession.

Enfin, la loi de finances pour 2005 proroge jusqu'au 31 décembre 2005 également, la mesure provisoire de réduction de 50% des droits de mutation pour les donations consenties en pleine propriété.

En définitive, on constate que par l'action du législateur, la transmission du patrimoine par voie de donation est encouragée et, somme toute, attrayante.

Il a par ailleurs été fait cas de la nouvelle configuration de la société pour l'adoption de ces règles. En effet, le paysage social français étant constitué de plus en plus par des familles recomposées et autres enfants naturels, il s'est avéré nécessaire d'élargir le champ des donations.

Ces mesures n'ont pas encore été "ratifiées" et feront partie de l'examen du projet de loi sur les successions dans son ensemble,

mais elles consistent une extension de la possibilité de donation au sein des familles recomposées.

Lumière sur le nouveau régime global des successions

Sécuriser le règlement des successions

Actuellement, lorsqu'une personne décède, la seule consultation du livret de famille permet de déterminer le nombre d'enfants du défunt, et ainsi le nombre de personnes éligibles à sa succession.

Avec le projet de loi, les inconvénients pratiques et risques d'erreurs engendrés par cette formalité seraient éradiqués. En effet, le texte prévoit qu'une mention en marge de l'acte naissance du défunt des enfants qu'il a déclarés ou reconnus devant l'officier d'état civil permettra de dénombrer les héritiers potentiels.

D'autre part, la réforme résoudrait les opérations successorales dans des délais plus courts.

Le délai dont disposent les héritiers pour "opter" à peine de prescription est réduit de 30 à 10 ans.

La règle de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire se trouve simplifiée par la réforme.

En effet si cette règle permet à l'héritier de n'être tenu des dettes de la succession que dans la limite des biens recueillis, elle présente un certain nombre d'inconvénients tels que sa lourdeur et l'inégalité entre les "successeurs" (héritiers et créanciers) qu'elle engendre.

Désormais, et si le projet de loi est adopté, cette option nouvellement dénommée "acceptation à concurrence de l'actif" sera bien mieux encadrée, notamment grâce aux formalités de publicité imposées et à la diminution du délai de déclaration de créances.

Dans la même inspiration, le projet de loi prévoit que l'héritier pourra demander à être déchargé en tout ou partie d'une dette qu'il avait de justes raisons d'ignorer lors de l'acceptation (article 786-1 nouveau du code civil).

Cette nouvelle règle modifie substantiellement le droit en vigueur, puisqu'aujourd'hui l'héritier découvrant après son acceptation une dette importante du défunt est tenu de s'en acquitter quelles que soient les incidences sur son patrimoine personnel. Disposition très stricte qui, de l'avis de tous devait être abrogée.

Simplifier l'ordonnancement de la succession

Deux axes ont été suivis par le législateur dans l'optique d'une simplification des démarches des héritiers : celui de l'administration de la succession par le biais d'un mandat et celui d'un allègement des mesures relatives à l'indivision.

En effet, le projet de loi encourage le recours au mandat comme instrument de gestion de la succession ; d'où la création d'un "mandat posthume". Ainsi toute personne pourra, par anticipation, donner mandat à une autre de gérer ou d'administrer certains biens lorsque les héritiers n'ont pas la capacité de le faire eux-mêmes, notamment dans l'hypothèse de

gestion de l'entreprise après le décès de l'entrepreneur, et dans celle de la gestion d'un patrimoine en présence d'héritiers mineurs ou atteints d'un handicap.

De manière plus générale toutefois, le projet de loi réserve le cas de la désignation d'un mandataire par les héritiers eux-mêmes selon les règles classiques dévolues au contrat de mandat. Une désignation judiciaire de ce mandataire pourra le cas échéant être effectuée.

En effet il est prévu que tout intéressé à la succession pourra requérir, devant le tribunal de grande instance du lieu du dernier domicile du défunt, la nomination d'un mandataire. Les pouvoirs de ce dernier seront limités à la gestion et l'administration de la succession (article 813-5 nouveau du code civil).

Ayant constaté qu'" on se retrouve [souvent] avec des situations de blocage du fait de l'inertie ou de la mauvaise volonté d'un héritier, ce qui fait traîner la succession pendant des mois ", Dominique Perben a décidé de remplacer la règle traditionnelle de décision à l'unanimité en matière d'indivision par celle d'un recours à une majorité des deux-tiers.

Ceci contribue, d'une certaine manière à simplifier les démarches des héritiers.

Accélérer le partage des successions

Le mot d'ordre en la matière est "partage amiable" qui est nettement favorisé par l'entremise de la réforme du droit des successions et des libéralités.

Toutefois une part importante est octroyée au partage judiciaire de la succession, notamment dans les hypothèses de conflits entre héritiers.

Il conviendra également d'aborder la question de la transmission des entreprises par le biais de la succession.

Ainsi, le projet de loi tend à promouvoir les pactes successoraux dans l'optique de permettre aux héritiers réservataires de renoncer par avance à tout ou partie de leurs réserves.

En pratique il sera possible, à l'instar des us et coutumes anglo-saxonnes, d'avantager un héritier par rapport aux autres (cas d'un enfant handicapé par exemple). L'héritier signataire du pacte renoncera alors par avance à exercer l'action en réduction contre les libéralités faites par le défunt et portant atteinte à sa part de réserve. Cette possibilité est toutefois conditionnée par l'accord de l'héritier et de celui qui a vocation à hériter.

Un partage judiciaire des successions peut éventuellement être envisagé dans les cas de conflits ou d'inertie des légataires.

En effet, la réforme accorde au notaire la possibilité de passer outre ces situations de blocage, puisqu'il pourra mettre en demeure les indivisaires de se présenter en personne ou au moyen d'un représentant désigné judiciairement.

La conduite du partage sera alors menée par le notaire qui sera limité dans le temps par un délai de mission ; il devra composer les lots et permettre la vente de gré à gré des biens successoraux

impartageables en nature à la demande de l'un des héritiers.

Par ailleurs, le souci de continuité des entreprises à la mort de l'entrepreneur est également apparu. Les règles du code Napoléon étant dépassées par l'évolution de la société en matière successorale "classique", inutile de préciser que rien était prévu concernant le devenir des entreprises au lendemain du décès de leur dirigeant.

Le projet de loi s'est donc attelé à combler ces lacunes en convergeant vers trois mesures favorisant la continuité des unités économiques.

Tout d'abord les nouvelles dispositions du code civil permettraient aux héritiers d'assurer la continuation immédiate de l'entreprise sans prise de risque, autrement dit, sans que cela les engage à accepter la succession dont elle dépend.

Il est prévu en outre de maintenir judiciairement l'indivision pour tous les types d'entreprises, afin de préserver la valeur de l'exploitation, de permettre à un indivisaire de reprendre l'activité ou de conserver les revenus nécessaires aux subsistances de la famille du défunt.

Enfin, et ce très logiquement, une mesure est envisagée qui permettrait l'attribution préférentielle de toute entreprise à celui des copartageants qui est compétent pour gérer l'entreprise.

Fort de cette refonte globale du droit des successions et des libertés, héritiers et créanciers retrouveraient une place prédéfinie, leurs droits et prérogatives seraient simplifiés, délimités et éclaircis, et peut être que l'ouverture de la succession du défunt pourrait, à défaut d'être agréable, se dérouler dans la paix des familles.

Aurélie M'BIDA

INTERCOMMUNALITE : L'IMPOSSIBILITE D'ADHERER A DEUX SYNDICATS MIXTES



par
Aurélie DIAT
Auditrice de justice

Les premiers syndicats mixtes ont été institués par un décret du 20 mai 1955. Ils seront donc bientôt cinquantenaires. Cette forme de coopération originale fut souvent modifiée. Les deux

dernières lois intervenues dans cette tendance constante à la modification de leur organisation et de leur fonctionnement sont la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, et la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux.

Qu'est-ce qu'un syndicat mixte ? Il en existe deux grandes catégories :

1 - Les syndicats mixtes ouverts, visés à l'article L.5721-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) : "Un syndicat mixte peut être constitué par accord entre des institutions d'utilité commune interrégionales, des régions, des ententes ou des institutions interdépartementales, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale, des communes, des chambres de commerce et d'industrie, d'agriculture, de métiers et d'autres établissements publics en vue d'œuvres ou de services présentant une utilité pour chacune de ces personnes morales. Le syndicat mixte doit comprendre au moins une collectivité territoriale ou un groupement de ces collectivités".

2 - Les syndicats mixtes fermés, qui, selon les dispositions de l'article L.5711-1 du CGCT, modifié par l'article 176 de la loi du 13 août 2004, sont constitués exclusivement de communes et d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) ou uniquement d'EPCI.

Très récemment, le Conseil d'Etat a jugé, par un arrêt en date du 5 février 2005 (*Société des eaux du Nord de la France*) qu'un syndicat mixte fermé ne peut adhérer à un autre syndicat mixte, qu'il soit fermé ou ouvert. Cette décision se justifie de deux manières :

- le Syndicat intercommunal d'assainissement du Nord, lui-même composé de communes et d'EPCI, en adhérant au Syndicat interdépartemental des eaux du Nord de la France, subdéléguait à ce dernier (contestataire de l'acte d'adhésion) les compétences en matière d'assainissement du Nord. Le Conseil d'Etat fait donc ici, d'une part, application d'un principe général selon lequel il ne peut y avoir de subdélégation de compétences sans texte l'autorisant (*CE, 31 octobre 1986, Ministre de l'Urbanisme, du logement et des transports c/ Epoux Lamberet - Recueil CE, p. 347 + CE, 10 décembre 1993, Rénier - Recueil CE, p. 561*) ;
- la solution retenue rejoint, d'autre part, partiellement la position du ministre de l'Intérieur qui avait considéré, dans une circulaire du 5 juillet 2001 (circulaire NOR), qu'un syndicat mixte ne pouvait appartenir à un autre syndicat mixte, sauf dans le domaine du traitement des déchets.

Une intervention du législateur semble toutefois être nécessaire, ce pour trois raisons :

- concernant la portée de l'arrêt : selon ce dernier, un syndicat mixte, ouvert ou fermé, ne peut contenir en son sein un syndicat mixte fermé. Mais, cela concerne-t-il également la situation dans laquelle un syndicat mixte ouvert aurait pour membre un autre syndicat mixte ouvert ?
- prendre en considération et résoudre le problème de la fragilité des syndicats mixtes due à la contestabilité de l'acte portant création d'un syndicat mixte, et donc l'instabilité juridique qui en résulterait ;
- la spécificité des syndicats mixtes dans le traitement des déchets : faut-il étendre cette interdiction à tous les syndicats mixtes ?

Voici un certain nombre de questions qui attendent une réponse claire, mais aussi rapide compte tenu du développement soutenu et de grande envergure de l'intercommunalité.

Source : *La Gazette des communes* - " Les modes de création des syndicats mixtes " - Analyse juridique - 2 mai 2005

RECouvreMENT DE CREANCES AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE : EN ROUTE VERS LA LIBRE CIRCULATION DES DECISIONS JUDICIAIRES !

par Nicolas
SOUBEYRAND,
Avocat au Barreau de
LYON

La "Communauté économique européenne", aujourd'hui "Union européenne", cherche depuis le Traité de Rome du 25 mars 1957 à développer les échanges commerciaux entre les Etats membres de



la Communauté.

Cette construction s'est organisée autour du principe de "libre circulation" des marchandises, des personnes, des capitaux et du libre établissement.

L'Union européenne a ainsi détecté et supprimé toutes les entraves à ces libres circulations, constituées soit de barrières ou restrictions douanières, soit de mesures dites d' "effet équivalent".

On peut considérer aujourd'hui que l'Europe des 25 est dotée d'un marché unique totalement libéré. Toutefois, cette ouverture totale, qui a grandement favorisée les flux transfrontaliers entre les Etats membres, a généré une part non négligeable de difficultés de paiement.

Cependant, en matière d'action en paiement, l'Union européenne a été moins rapide pour permettre à un vendeur ou prestataire lésé de recouvrer ses impayés aussi efficacement qu'il pourrait le faire dans son propre pays.

La raison de ce décalage tient à ce que la compétence pour adopter des règles en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice reste nationale ; elle n'a pas été conférée à l'Union européenne, ce qui privait la Commission du pouvoir de proposer des textes dans ce domaine.

Même s'il existe de nombreuses conventions bilatérales ou multilatérales facilitant la réception dans un Etat étranger des décisions de justice françaises, les outils communautaires se sont fait cruellement attendre.

Dans un premier temps, les Etats membres de la C.E.E. ont, par un texte conventionnel du 27 septembre 1968, adopté un corps de règles tendant à unifier et faciliter la réception et l'exécution des décisions rendues par un Etat membre dans un autre. Cependant le caractère international de ce texte n'avait pas la souplesse d'adaptation d'un Règlement communautaire.

Avec l'adoption du Traité d'Amsterdam et la "communautarisation" de la coopération judiciaire civile, les outils se sont multipliés et les efforts renforcés pour favoriser une libre circulation des décisions judiciaires en matière civile et commerciale.

Principalement, nous disposons de trois textes règlementaires :
- le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des

décisions en matière civile et commerciale, qui a pris la suite de la Convention de Bruxelles de 1968 à l'égard de tous les Etats membres à l'exception du Danemark

- le Règlement 1348/2000 du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale
- Le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées

Dans le cadre d'une procédure judiciaire introduite en France contre une personne physique ou morale établie dans un Etat membre de l'Union (à l'exception du DANEMARK), ces outils seront utilisés à trois stades :

- la délivrance de la citation en justice,
- la signification de la décision française obtenue,
- l'exécution forcée de cette décision dans l'Etat membre du défendeur.

I. La citation en justice d'une personne domiciliée dans un Etat membre :

Lorsqu'on assigne, en France, une personne et qu'on lui délivre une citation à comparaître devant un tribunal civil, le recours à un huissier de justice est nécessaire. Un huissier est un officier public de la République Française et en tant que tel n'a de pouvoir que sur le territoire français.

La délivrance des citations à comparaître auprès de personnes domiciliées dans un Etats tiers est traditionnellement opérée par les voies diplomatiques, ce qui constitue une procédure longue et complexe.

Le Règlement 1348/2000 a introduit entre les Etats membres la possibilité de faire délivrer ces actes par l'intermédiaire d'un huissier français qui transmet sa demande à l' "entité requise" désignée par l'Etat destinataire de la citation.

Il en résulte que les contraintes sont réduites à une obligation de traduction de l'assignation dans la langue officielle de la personne assignée, sous peine de lui laisser la possibilité de refuser l'acte.

L'huissier transmet à son homologue l'acte à délivrer, qui adresse en retour un formulaire préétabli annexé audit Règlement qui contient toutes les indications sur les conditions de délivrance de l'acte.

La vérification de ces conditions permet ensuite au tribunal saisi de vérifier si le défendeur a bien eu connaissance de l'action introduite contre lui et s'il a été en mesure de préparer sa défense.

Si le Tribunal estime que l'acte a été délivré régulièrement, il rendra un jugement soit contradictoire, si le défendeur a comparu, soit réputée contradictoire s'il s'est abstenu de comparaître. Dans ces deux cas, le jugement ne peut être remis en cause sur le fondement de la non comparution.

Une fois la décision de justice obtenue, il est nécessaire de la rendre définitive. Les délais des voies de recours ne peuvent commencer à courir qu'à partir du moment où la décision aura été "signifiée" à la partie défaillante.

II. Signification de la décision de justice :

Comme l'assignation, la décision de justice doit faire l'objet d'une signification.

Dans ce cas, le Règlement 1348/2000 permettra à un huissier français de procéder à cette opération en transmettant la décision assortie d'une traduction assermentée à l' " entité requise " par l'Etat de destination de l'acte qui devra la délivrer dans les meilleurs délais.

Une fois les délais, augmentés de deux mois, d'appel, lorsque cette voie de recours est ouverte, ou de pourvoi en cassation, sont écoulés, la décision devient définitive et peut faire l'objet d'une exécution forcée.

III. Exécution forcée des décisions de justice :

Engager une action judiciaire en France ou à l'étranger n'a d'intérêt que si la décision finale peut être exécutée de manière forcée.

Il n'est bien sûr pas exclu qu'une partie défaillante, en recevant dans son pays la décision de justice française traduite, l'accepte et paye spontanément les condamnations prononcées contre elle.

Le plus souvent il sera nécessaire de faire exécuter cette décision par la force publique.

Une décision de justice rendue par un Tribunal étranger n'a aucune valeur contraignante aux yeux d'un autre Etat dans lequel elle doit être exécutée.

En France, une décision est dite exécutoire en vertu d'une formule apposée sur la décision : rendue *"au nom du peuple français"* (...) *"en conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou le dit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandant et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En foi de quoi le présent arrêt (ou jugement etc.) a été signé par..."*.

Cette formule permet seulement d'obtenir le renfort de la puissance publique française en France.

Dès lors, pour faire exécuter une décision judiciaire dans un autre Etat, il est nécessaire de requérir du tribunal compétent qu'il appose sa formule exécutoire sur la décision française, à l'occasion d'une procédure dite "d'exequatur".

Traditionnellement, cette procédure soumet la décision française au contrôle du juge de l'Etat d'exécution.

Il convient alors d'examiner les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux entre la France et le pays d'exécution pour apprécier le degré de ce contrôle.

Au niveau de l'Union européenne, la Convention de Bruxelles de 1968 a limité ce contrôle à la conformité de la décision à l'ordre public, aux droits de la défense ou avec d'autre(s) décision(s) de justice rendue(s) dans cet Etat ou dans un autre et ce sans la présence de la partie défaillante.

Une fois la formule exécutoire apposée, la partie défaillante dispose d'une voie de recours, qui entraîne un débat contradictoire devant le juge saisi. Le juge est dans ce cas appelé à

statuer de nouveau sur la question de la conformité de la décision française à l'ordre public, aux droits de la défense et à la compatibilité avec d'autres décisions de justice.

Le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 a repris cette procédure d'exequatur.

Une libre circulation totale des décisions de justice consisterait à ne plus devoir passer par cette procédure d'exequatur, la décision rendue en France serait alors exécutoire directement dans tout Etat de l'Union.

C'est dans cette voie que s'est engagée l'Union européenne, qui introduit en matière civile et commerciale trois nouveaux instruments directement exécutoire :

- le *"titre exécutoire européen pour les créances incontestées"*, introduit par le Règlement 805/2004 du 21 avril 2004, qui sera efficace à compter du 21 octobre 2005,
- la *"procédure européenne d'injonction de payer"*, qui est au stade de la proposition de règlement,
- la *"procédure européenne pour les demandes de faible importance"*, qui est également au stade de la proposition.

Le **titre exécutoire européen** vise à s'appliquer aux créances d'ordre pécuniaire, liquides, exigibles et incontestées. Cela recouvre les hypothèses où le débiteur :

- soit a reconnu sa dette dans un acte authentique, l'a accepté ou a conclu une transaction,
- soit n'a pas répondu à une demande ou a laissé entendre qu'il ne s'oppose pas à l'existence de la créance.

En pratique, seront concernées les créances contenues :

- dans un acte dressé par notaire,
- dans une décision judiciaire définitive,
- dans les reconnaissances de dettes,
- dans les transactions,
- dans les jugements réputés contradictoires,
- dans les ordonnances (nationales) d'injonction de payer
- dans les ordonnances de référé provision à la condition que le défendeur n'ait pas comparu ou s'il ne conteste pas la créance en cours de procédure.

Si la créance entre dans le champ de ce Règlement, aucune procédure d'exequatur n'est nécessaire, seul l'obtention d'un certificat de la part de la juridiction d'origine, c'est-à-dire celle qui a rendu la décision ou compétente, est nécessaire pour lui conférer une valeur exécutoire.

Une fois ce certificat de titre exécutoire européen obtenu, la décision pourra être exécutée dans l'Etat membre comme toute autre décision qui aurait été rendue par une juridiction de cet Etat.

La **procédure européenne d'injonction de payer** n'est pas encore adoptée au niveau de l'Union européenne. Son entrée en vigueur était prévue dans la version actuelle au 1er janvier 2006 mais il semble peu probable que cette date soit respectée.

Elle consistera à produire, devant un juge, un formulaire contenant des informations suffisamment précises pour identifier clairement la créance et sa justification afin de permettre au défendeur de décider en connaissance de cause de la contester ou de ne pas la contester. La juridiction rend le cas échéant un avis de paiement européen, délivré au défendeur qui peut alors soit payer volontairement sa dette soit introduire une réclamation dans un délai de trois semaines.

En cas de réclamation, la procédure européenne se transforme en procédure ordinaire en paiement. En l'absence de réclamation dans le délai, le juge saisi délivre une décision d'injonction de payer européenne immédiatement exécutoire. Le défendeur dispose d'un nouveau délai de trois semaines pour s'opposer à l'injonction et encore dans ce cas la procédure se transforme en procédure ordinaire. Les conditions d'exécution de l'injonction de payer européenne sont laissées au droit national de chaque Etat membre.

Une toute récente proposition de Règlement (du 15 mars 2005) concerne **les demandes de faible importance**.

Ce texte vise les créances en matière civile et commerciale dont la valeur pécuniaire ou non pécuniaire ne dépasse pas les 2000 (hors intérêts frais et dépens) au moment de l'engagement de la procédure. La procédure est introduite, devant le juge désigné par l'Etat membre, par le dépôt d'un simple formulaire. Aucune audience n'est prévue, sauf si le juge l'estime nécessaire. Le formulaire est ensuite adressé au défendeur qui pourra renvoyer dans un délai d'un mois un formulaire en réponse. Ce formulaire en réponse est communiqué au demandeur. Dans le délai d'un mois, le juge saisi peut rendre sa décision, demander des renseignements supplémentaires ou citer les parties à comparaître devant lui. En l'absence de réponse du défendeur, il rend une décision par défaut. La décision doit être rendue dans un délai maximum de six mois à compter de l'enregistrement de la demande.

La décision sera exécutoire immédiatement et exécutable dans tout Etat membre dès lors qu'elle aura été certifiée par la juridiction qui l'aura rendu.

Ces nouveaux instruments européens ont le mérite d'exister ou pour certain d'être en gestation. Leur but est certainement de changer les mentalités consistant à croire qu'en ne payant pas un créancier étranger, on ne risque pas grand-chose. Cependant, d'un point de vue judiciaire, ces procédures ne manquent pas de s'interroger sur le devenir de la justice au niveau de l'Union européenne. Toutes ces procédures sont instituées selon des modes de preuve approximatifs : la proposition de Règlement sur l'injonction de payer n'exige pas la production des documents justifiant la demande, en l'absence de contradiction : souvent la décision est prise et dans un second temps, le défendeur peut s'opposer, sans confrontation des parties, sans explication devant le magistrat qui se contente de rendre sa décision sur la base de formulaire à remplir.

Il est fort à craindre que ce type de justice par échange de formulaires à cocher ne se transforme en une gestion automatisée des litiges, sans intervention ni des parties, ni des avocats ni au final des magistrats. Si l'Union poursuit par ce biais une œuvre de sécurisation des échanges transfrontaliers, ce sera au détriment des règles les plus essentielles de la procédure civile.

Sources : <http://europa.eu.int> :

- Règlement (CE) N° 1348/2000 du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (JO CE 30/06/2000)

- Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOCE du 16/01/2001)

- Règlement (CE) N° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JOUE du 30/04/2004)

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer du 25 mai 2004

- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne pour les demandes de faibles importances du 15 mars 2005

ETES-VOUS PRET POUR CREER UNE SOCIETE EUROPEENNE EN FRANCE ?



par
Bénédicte RAJOT
Avocate au Barreau
de LYON
Docteur en droit

Créer une société européenne devient enfin possible en France. En effet, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 "pour la confiance et la modernisation de l'économie" contient des

dispositions sur le statut de la société européenne (SE). Cette loi transpose un règlement communautaire en 2001, instituant la SE (Règl. (CE) n° 2157/2001, 8 oct. 2001 : JOCE n° L 294, 10 nov., p. 1), appelée aussi Societatis Europea.

Ses dispositions concernent à la fois les aspects relevant du droit des sociétés (introduits dans le Code de commerce), mais aussi les aspects relevant du droit du travail (introduits dans le Code du travail) ; en effet, le règlement est complété par une directive relative à l'implication des travailleurs dans le fonctionnement de la SE (Dir. 2001/86/CE, 8 oct. 2001 : JOCE n° L 294, 10 nov., p. 22).

Les aspects relevant du droit des sociétés

La loi française transpose donc les dispositions suivantes (non exhaustives) :

- nécessité d'exercer l'activité en France, également lieu de l'immatriculation au RCS ;
- acquisition de la personnalité juridique dès cette immatriculation ;
- possibilité de transférer le siège social (statutaire et réel) dans un autre Etat membre (décision lors d'une AGE) ; MAIS, le procureur de la République du Tribunal de Grande Instance du lieu de l'administration centrale peut s'opposer à ce transfert, car ce transfert implique un changement de droit applicable ;
- possibilité pour une SE de se transformer en SA, à condition que la SE soit immatriculée depuis plus de 2 ans en France et que le bilan de ses deux premiers exercices aient été approuvés ;
- direction composée de 7 membres au maximum.

Par ailleurs, la loi reprend les modalités de constitution de la SE telles qu'énoncées dans le texte européen :

- par fusion transfrontalière entre 2 SA exerçant dans des Etats membres différents ;
- par la création d'une holding commune par des SA ou SARL d'Etats membres différents ;
- par transformation d'une SA en SE si la SA a une filiale dans un autre Etat membre ;
- par constitution d'une SE filiale, par tout type de société si deux d'entre elles relèvent du droit d'Etats membres différents.

En revanche, il n'est pas possible de créer une SE en soi ; il doit toujours y avoir, à l'origine, une société, type SA ou SARL, ayant une situation communautaire (relevant de plusieurs Etats membres différents).

Notons qu'une SE peut néanmoins, faire appel public à l'épargne.

En ce qui concerne les aspects fiscaux, le principe qui devrait être appliqué serait le traitement de la SE comme une entreprise

multinationale, à savoir qu'elle sera soumise à la loi fiscale nationale, applicable tant au niveau de la société que de ses établissements.

Notamment, les SE constituées par voie de fusion bénéficieront du régime fiscal mis en place par la Directive européenne n° 90/434/CEE. *Une note sur les questions fiscales concernant la SE sera publiée dans la prochaine Newsletter, en Janvier 2006.*

Les aspects relevant du droit du travail

La loi du 26 Juillet 2005 prévoit aussi, et c'était la condition sine qua non, pour envisager la création d'une SE en France (et dans les autres Etats membres également), la participation active des salariés de l'entreprise concernée (SA ou SARL).

Tout d'abord, l'implication des salariés concerne : l'information, la consultation et le cas échéant la participation des salariés. Les modalités de cette implication sont négociées et arrêtées par un accord entre les dirigeants des sociétés participantes et les représentants des salariés. A cette fin, est constitué un groupe spécial de négociation (chargé de prévoir donc les modalités de l'implication des salariés).

Ce groupe spécial est établi en proportion du nombre de salariés employés dans chacun des Etats membres, dans les filiales ou les établissements. Le nombre de sièges est attribué en proportion des pourcentages de l'effectif.

Les membres de ce groupe spécial sont désignés par les organisations syndicales de salariés parmi les élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux, sur la base des résultats des dernières élections.

Il faut noter que le temps passé en réunion par les membres de ce groupe est qualifié de temps de travail effectif et donc rémunéré en tant que tel. De plus, les sociétés participantes sont tenues de prendre en charge les dépenses nécessaires à la bonne exécution de la mission de ce groupe. De même, ce dernier peut se faire assister d'experts ; mais un seul de ces experts sera rémunéré par les sociétés participantes.

Une certaine majorité issue du groupe de négociation peut bloquer le processus de négociation. En effet, selon l'article L. 439-33 du Code du travail, *"le groupe spécial de négociation prend ses décisions à la majorité absolue de ses membres qui doit représenter également la majorité absolue des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés.*

Par dérogation au premier alinéa, la décision de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées et de se fonder sur la réglementation relative à l'information et à la consultation dans les Etats membres où la société européenne emploie des salariés est prise à la majorité des deux tiers des membres du groupe spécial de négociation d'au moins deux Etats membres et à la condition qu'ils représentent au moins les deux tiers des salariés des sociétés participantes, des filiales et établissements concernés. Dans ce cas, les dispositions prévues par la section 3 du présent chapitre ne sont pas applicables. Une telle décision ne peut être prise dans le cas d'une société européenne constituée par transformation lorsqu'il existe un système de participation dans la société qui doit être transformée.

Lorsque la participation concerne une proportion du nombre total des salariés employés par les sociétés participantes d'au moins 25 % en cas de constitution d'une société européenne par fusion, et d'au moins 50 % en cas de constitution par holding ou filiale commune et lorsque le groupe spécial de négociation envisage de fixer un nombre

ou une proportion des membres de l'organe de surveillance ou d'administration par lesquels les salariés exercent leurs droits à participation à un niveau inférieur à celui qui était le plus élevé au sein de l'une des sociétés participantes, la décision est prise dans les conditions prévues au deuxième alinéa".

La loi prévoit alors également les modalités dans le cas où aucun accord n'a pu être trouvé avec les représentants des salariés et qu'un aucun groupe spécial de négociation n'a pu être constitué. Dans ce cas, il est institué un comité de la société européenne (voir article L. 439-34 et suivants du Code du travail).

Avant toute création de SE, il convient donc d'informer les représentants des salariés des entreprises concernées ; ceux-ci peuvent ainsi émettre un avis sur les mesures envisagées par l'organe décisionnaire de la société, afin de tenir compte de leur avis dans les orientations et dans le processus de décision de la SE.

Cette information communiquée doit d'ailleurs permettre d'envisager de préparer des consultations avec l'organe compétent de la société.

En ce qui concerne la participation des représentants des salariés, celle-ci peut prendre différentes formes, au choix :

- soit élire ou désigner certains membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société ;
- soit recommander la désignation d'une partie, ou de l'ensemble des membres de l'organe de surveillance ou d'administration de la société, ou de s'y opposer.

Vous voulez en savoir plus ? N'hésitez pas à nous contacter...
Nous sommes à votre disposition.

L'OMC A HONG KONG LES ENJEUX DE LA PROCHAINE CONFERENCE MINISTERIELLE



par Ludovic
LORENZO,
Docteur en droit

La grande messe biennale du commerce international se tiendra cette année à Hong Kong : l'OMC y organise sa Conférence ministérielle du 13 au 18 décembre prochain.

Ce genre d'événement est toujours très médiatisé, du fait de l'importance de la manifestation, de son caractère officiel, de ces enjeux de l'événement, mais aussi de la grande agitation d'une myriade d'ONG avides d'influences et de la mobilisation des altermondialistes. L'actualité de l'OMC va donc prendre une place grandissante en cette fin d'année. Aussi est-il opportun de formuler quelques éléments de décryptage afin de mieux appréhender la préparation actuelle et le déroulement prochain de cette Conférence. Ce rendez-vous mondial des Etats est capital pour deux raisons. D'une part, les Conférences ministérielles de l'OMC ont pour fonction normale de faire avancer les négociations entre Etats membres au sujet de leurs relations commerciales ; et bon nombre de domaines commerciaux comportent des enjeux nationaux et régionaux cruciaux (coton, services publics, etc.). D'autre part - outre l'identité remarquable du pays d'accueil, la Chine - cette Conférence succède à celles de Singapour (1996), Genève (1998), Seattle (1999), Doha (2001) et

Cancún (2003), dont on connaît, au moins pour les trois dernières, les résultats très décevants.

Les acteurs et observateurs du commerce international inclinent au pessimisme quant à l'issue de cette Conférence. Certes, une grande agitation règne actuellement à Genève avec la multiplication des réunions extraordinaires visant à faire avancer les négociations. En outre, l'OMC s'est dotée depuis le 1er septembre dernier d'un nouveau Directeur général - le bien connu Pascal Lamy - dont l'énergie se met au service du succès de cette Conférence. Cependant, le processus de négociations au sein de l'OMC semble en panne et il n'est pas certain que cette nouvelle Conférence le redémarre.

Le sort de cet événement semble donc bien funeste. Enjeux importants mais chances de réussite bien minces : le succès de cette Conférence serait extraordinaire, et son échec dramatique.

Cependant, cette approche binaire peut être nuancée, même s'il n'est pas question de remettre en cause l'importance des enjeux et le pessimisme ambiant. En effet, le sort de cette Conférence n'est pas encore scellé (I) et son contexte doit être précisé (II).

I. La Conférence de Hong Kong, résultat d'un effort

Pour favoriser sa réussite, le processus de négociation a été rationalisé dans son étendue (A) et dans sa structure (B).

A. Des négociations resserrées

L'OMC a dix ans cette année et sa création est un succès : extension et approfondissement des domaines commerciaux objet du multilatéralisme ; bon fonctionnement et développement d'un véritable juge international des différends commerciaux interétatiques. La première phase d'installation de cette Organisation est maintenant achevée, sans doute depuis la Conférence de Seattle de 1999. Depuis cette date, l'OMC semble être entrée dans la phase molle de l'après-crédation et de l'avant-développement. La régulation multilatérale du commerce international, qui a pour cadre l'OMC, peine à avancer.

Après Seattle, la Conférence ministérielle de Doha en 2001 a initié le Programme de Doha pour le Développement (PDD). Ce Programme a dressé une liste de sujets prioritaires devant faire l'objet de négociations et a fixé les délais et procédures de ces négociations. En particulier, le PDD a créé le Comité des négociations commerciales et ses organes subsidiaires pour mener à bien le programme de négociations défini. La Conférence suivante - celle de Cancún en 2003 - avait pour fonction de dresser un bilan des travaux de négociations fixés par le PDD. Elle s'est terminée par un constat d'échec qui a provoqué la réaction suivante.

Le Conseil général a adopté le 1er août 2004 l' "Ensemble de résultats de juillet" qui a pour objectif d'atténuer l'échec de la Conférence précédente en redynamisant les négociations du PDD. Cette décision focalise les efforts des Membres sur quelques domaines précis de négociation. De ce fait, ces Résultats de juillet constituent la liste des sujets prioritaires qui seront traités lors de la Conférence ministérielle de Hong Kong. Ces sujets sont les suivants :

- agriculture ;
- accès aux marchés pour les produits non agricoles (NAMA) ;
- développement (traitement spécial et différencié, assistance technique, etc.) ;
- services ;
- facilitation des échanges.

Il faut ajouter à ces sujets certains domaines précis que l'actualité de l'OMC met en évidence :

- mise en œuvre des règles OMC ;
- accords commerciaux régionaux ;
- environnement ;
- propriété intellectuelle (dont les indications géographiques) ;
- Système de règlement des différends.

En réalité, tous ces sujets constituent un PDD allégé : ils sont les domaines principaux pour lesquels les Etats ont choisi de faire porter leur effort de négociations. Et ce choix va plus loin que la déclaration d'intention.

B. Des négociations localisées

Les Membres de l'OMC ne se sont pas contentés de fixer une liste plus étroite de sujets prioritaires pour leurs négociations. Ils ont dotés l'OMC de structures nouvelles consacrées à l'avancement de ces négociations. Pour la grande majorité de ces domaines, des organes spécialisés de l'OMC ont été créés.

Il s'agit des groupes de négociation (accès aux marchés, règles, facilitation des échanges) et des sessions extraordinaires d'instances existantes (Conseil du commerce des services, Conseil des ADPIC, Organe de règlement des différends, Comité de l'agriculture, etc.). Ils sont tous des organes subsidiaires du Comité des négociations commerciales (CNC), présidé par le Directeur général et placé sous l'autorité du Conseil général, ce dernier exerçant les fonctions de la Conférence ministérielle dans l'intervalle entre les réunions de cette Conférence. Toutes ces instances sont composées des représentants de tous les Etats membres de l'OMC.

La Conférence ministérielle de Hong Kong n'est donc ni l'unique lieu ni le seul moment de la négociation multilatérale. Tous les sujets prioritaires précédemment mentionnés ne pourraient être discutés et tranchés durant cette réunion de six jours, qui plus est à l'unanimité des 148 Etats membres.

Les groupes de négociation et les sessions extraordinaires jouent un rôle fondamental de préparation à la décision en constituant l'enceinte des négociations entre les Membres. L'avancement de la régulation du commerce international par l'OMC passe formellement par la Conférence ministérielle mais il est conditionné par l'efficacité du travail mené lors des réunions périodiques des groupes de négociations et sessions extraordinaires - chapeautés par le CNC.

Bien plus, les négociations progressent bien souvent en dehors de ces instances formelles de l'OMC. D'une part, les négociations OMC avancent aussi à l'extérieur de l'OMC, au cours de nombreuses autres rencontres inhérentes aux relations internationales : réunions de groupements (APEC, G-10, G-20, G-33, Groupe de Cairns, Etats ACP, etc.), réunions de l'OCDE, etc. D'autre part, l'activité informelle est essentielle : réunions informelles des chefs de délégation, rencontres plurilatérales, voire discussions dans les couloirs. Certains diplomates affirment même que le lieu principal de prise de décision d'une organisation internationale est sa cafétéria !

La Conférence de Hong Kong sera donc le résultat d'une démarche particulière visant à favoriser la réussite des négociations commerciales internationales : diminution du nombre des sujets à traiter et création d'enceintes spécialisées. Cette méthode est nouvelle. De ce fait, l'issue de la prochaine Conférence sera riche en enseignements. Il reste que la course au résultat semble trop effrénée, parce que tardive.

II. La Conférence de Hong Kong, brouillon d'une réussite

Après la pause d'août, l'agitation estivale de l'OMC s'est poursuivie par une rentrée qui s'annonce chargée. Il n'est pas certain que ce semestre marathon (A') aboutisse au succès de la Conférence de Hong Kong (B').

A- Les négociations dynamisées

La période actuelle de rentrée est un moment décisif pour la teneur de la Conférence de Hong Kong. Pour l'instant, le bilan de l'avancement des négociations est globalement négatif. M. Supachai, Prédécesseur de M. Lamy à la direction générale et à la Présidence du CNC l'a constaté le 28 juillet dernier (document OMCTN/C/5).

Il serait fastidieux d'entrer dans les détails de l'avancement des discussions pour chacun des domaines prioritaires de négociation. Il suffit de se reporter aux comptes-rendus des sessions extraordinaires ou des groupes de négociation pour chacun des sujets. Bien entendu, les progrès sont variables en fonction des domaines considérés. Des résultats positifs ont d'ores et déjà été obtenus. Mais, mis à part les équivalents ad valorem (EAV) dans l'agriculture qui sont un succès tangibles, les autres progrès restent bien peu significatifs. Il n'est pas certain que l'augmentation du volume des offres pour les services aboutisse à une décision sérieuse lors de la prochaine Conférence.

Ces résultats positifs semblent donc bien maigres face à l'ampleur des questions en cours de négociation, au grand nombre des domaines traités et à la portée normalement attendue d'une Conférence ministérielle. En réalité, tout espoir de voir le succès de l'échéance de Hong Kong n'est pas vain. Les mois de septembre à novembre de cette année vont être déterminants. Tout dépend de l'avancement des négociations au sein des organes subsidiaires du CNC.

Pour ces trois mois à venir, les réunions de ces instances se multiplient. Le personnel de l'OMC, à l'image de son nouveau Directeur général, se mobilise pour appuyer les Etats membres et faciliter le processus de négociation. Les représentants des Etats membres se consacrent de manière grandissante aux discussions sur les sujets prioritaires de négociation. Ce surcroît d'activité pourrait fort bien permettre le succès de la Conférence. La question reste en suspens de savoir s'il n'est pas déjà trop tard pour une mobilisation efficace.

Le nouveau Directeur général l'a bien dit le 14 septembre dernier, lors de l'ouverture de la réunion du CNC qu'il préside pour la première fois : "Nous entrons aujourd'hui dans une période de trois mois de négociation permanente, je dis bien permanente, un peu comme une équipe de foot qui rejoint un centre d'entraînement où elle s'enferme pendant les quelques semaines qui précèdent un match décisif".

Pour poursuivre cette métaphore footballistique, il n'est pas certain que cette mise au vert fasse gagner le match. Elle aura quand-même au moins le mérite de souder l'équipe et de lui faire reprendre le goût de la compétition. Il ne serait pas raisonnable de prévoir dès maintenant un échec du rendez-vous de Hong Kong, même si le pessimisme semble actuellement l'attitude la plus réaliste. A l'inverse, l'optimisme béat n'est jamais judicieux, surtout lorsqu'il s'agit de négociations internationales.

Plus probablement, le résultat de cette Conférence sera plus nuancé. La volonté des Etats d'avancer dans leurs négociations ainsi que l'expérience des dernières Conférences ratées inciteront

certainement les négociateurs à obtenir quelques résultats. Il n'est pas certain que les grands sujets avancent en bloc alors qu'ils n'ont pas encore réellement progressé, à trois mois de l'échéance. Mais la volonté d'éviter l'échec pourrait bien conduire les membres à s'entendre sur quelques points annexes, comme les accords commerciaux régionaux ou la révision du mécanisme de règlement des différends commerciaux.

Certes, cette démarche minimaliste n'aurait qu'une portée limitée et la Conférence de Hong Kong ne serait pas un événement marquant de l'histoire de l'OMC. Cependant, elle pourrait fort bien constituer un résultat positif sur le plus long terme en étant la première étape importante et officielle de la relance d'un processus de négociations actuellement au point mort.

Quoi qu'il advienne lors de cette Conférence, il faut pour l'instant retenir que ces trois mois de rentrée sont décisifs pour l'avancement des négociations. Les discussions au sein des instances subsidiaires du CNC sont à suivre avec la plus grande attention.

B- Les négociations dynamisées ?

En définitive, la proximité de cette Conférence ministérielle interroge sur la situation de l'OMC et sur son avenir. La question principale pourrait bien être la suivante : la réussite de la Conférence de Hong Kong est-elle une question de survie ? En effet, la constatation des échecs précédents - depuis Seattle - est inquiétante. Le processus de négociation est en panne alors qu'il est indispensable à une libéralisation des échanges érigée en solution pour la croissance, le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le développement des pays les plus faibles.

Actuellement, c'est la seule jurisprudence du Système OMC de règlement des différends commerciaux qui crée le droit de l'OMC et développe la régulation multilatérale du commerce international. Bien des Etats ne sont pas satisfaits de cette situation dans laquelle le juge se substitue à la décision politique défailante.

Si faute il y a, elle en incombe à la communauté des Etats membres de l'OMC. Le personnel de l'Organisation, et en tête son nouveau Directeur général Pascal Lamy, ne peuvent que faciliter les discussions et donner aux membres l'appui technique et administratif dont ils ont besoin dans leur processus de négociation. Les hauts-fonctionnaires de l'OMC n'ont pas le pouvoir de décision qui appartient naturellement à l'ensemble des Etats membres. Ce sont ces derniers qui négocient au sein des instances spécialisées de l'OMC et qui adoptent les décisions politiques. M. Lamy l'a récemment rappelé lors de son entrée en fonction le 1er septembre dernier, en déclarant que "le Directeur général de l'OMC n'a pas de baguette magique".

Bien entendu, la personnalité et la compétence du Directeur général peuvent influencer sur le succès du processus de négociation, par les mécanismes et contacts qu'il va mettre en œuvre à cet effet. Mais il ne faut pas oublier que la décision politique est interétatique. C'est le paradoxe du droit international public : le créateur du droit est aussi le sujet de ce droit, du fait de l'absence de toute autorité supérieure. L'interétatique règne puisque le supra étatique n'existe pas. Dans ces conditions, le succès d'une négociation dépend de la volonté unanime des Etats à entériner un accord fruit de leurs discussions.

Faut-il pour autant s'inquiéter de l'immobilisme de l'OMC ? L'avenir de l'OMC est-il hypothéqué par un nouvel échec à Hong Kong ? Rien n'est moins sûr, et ce pour deux raisons.

D'une part, la Conférence de Hong Kong se trouve aux deux tiers du Cycle de Doha, commencé en 2001 et devant s'achever fin 2006. Un échec ou un résultat minimal de cette Conférence serait, certes, un frein au bon déroulement de ce Cycle mais il n'en serait pas le coup d'arrêt. Cette Conférence s'intègre dans un processus de négociations plus vaste qui pourra toujours se poursuivre et s'achever sur un succès, au besoin en le sauvant comme il l'a déjà été après Cancún par l' "Ensemble des résultats de juillet". Les négociations continueront au sein et à l'extérieur des organes subsidiaires du CNC ; et l'échéance de la fin du Cycle en 2006 pourra être un accélérateur efficace, ce d'autant plus si le bilan de Hong Kong est médiocre.

D'autre part, l'intérêt principal de l'existence de l'OMC est de procéder à une régulation multilatérale du commerce international. Or, cette Organisation y parvient assez bien. La fonction de régulation de l'OMC n'est pas remise en cause. En effet, l'ensemble de règles de l'OMC est effectif et ces normes touchent tous les grands domaines du commerce international. Surtout, l'applicabilité de ce droit est garantie par un juge - celui du Système de règlement des différends de l'OMC - doté du pouvoir de contrainte, alors même que les Etats supportent difficilement - dans la tradition des relations internationales - la remise en cause de leur souveraineté. Par conséquent, la création faible ou inexistante d'un droit de l'OMC en complément du droit actuel ne serait pas fatale à cette Organisation.

En l'espèce, ne pas avancer n'est pas reculer. La stagnation peut être synonyme de consolidation. Il est encore trop tôt pour remettre en question le mécanisme de prise de décision de l'OMC. Rendez-vous en fin de Cycle, fin 2006.

ESPAGNE : VERS UNE REFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE ESPAGNOL



par Maria RUANO - PHILIPPEAU,
Avocate aux
Barreaux de LYON et
MADRID

L'Espagne cherche à se doter d'un nouveau dispositif législatif dans le domaine du droit de la concurrence.

Ce que l'on reproche au système actuel, qui date de

l'année 1989, est principalement son incapacité à sanctionner les infractions les plus graves et les lourdeurs des procédures mises en place.

C'est donc dans un but de réforme approfondie qu'au mois de janvier 2005, le Gouvernement espagnol a présenté aux différents opérateurs économiques intéressés un "Livre Blanc", afin de susciter un débat public et des propositions de refonte du dispositif actuel.

Le "Livre Blanc" devrait donner lieu, début 2006, à une nouvelle loi espagnole en matière de droit de la concurrence.

Les réformes proposées sont nombreuses.

La refonte du système espagnol de contrôle des concentrations est ainsi envisagée, avec un renforcement de l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics de l'institution espagnole chargée de la

défense de la concurrence.

A cet effet, la procédure actuelle permettant au Ministère de l'Economie de saisir le Tribunal compétent de certains dossiers devrait se retrouver supprimée.

L'application directe par les juges et tribunaux ordinaires des règles de concurrence est également proposée, ainsi que des modifications au niveau des organismes compétents sont également envisagées.

Ainsi, l'actuel "*Servicio de Defensa de la Competencia*" (organe d'instruction) et le "*Tribunal de Defensa de la Competencia*" (organe juridictionnel) seraient fusionnés dans un seul organisme : la "*Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*".

Cette réforme viserait notamment à accélérer les procédures en matière de concurrence.

Une proposition particulièrement novatrice contenue dans le "Livre Blanc" est celle visant à l'instauration d'un "programme de clémence".

Ces "programmes", qui trouvent leur origine dans le droit "antitrust" des Etats Unis, puis dans le droit de la concurrence de l'Union, mettent en place un système d'élimination ou de réduction des sanctions administratives en faveur des entreprises "repentie", lesquelles accepteraient de dénoncer l'existence d'infractions graves des règles du droit de la concurrence et fourniraient aux autorités compétentes les éléments de preuve pertinents.

Le projet propose également la transposition en droit espagnol du modèle communautaire applicable en matière d'exemptions de certains accords contraires au droit de la concurrence.

Actuellement, en droit espagnol, les accords restrictifs du la concurrence qui ne bénéficient pas d'une exemption automatique doivent faire l'objet d'une notification aux autorités compétentes, aux fins d'obtention d'une autorisation, alors que le droit communautaire prône un système "d'auto évaluation" par les entreprises intéressés de l'effet anticoncurrentiel de leurs projets.

Enfin, le "Livre Blanc" propose le renforcement du contrôle des aides étatiques aux entreprises, dont le but d'instaurer, à terme, un dispositif analogue à celui prévu au niveau communautaire par le Traité de Rome.

BGV LAW

Cabinet GOURION & Partenaires

Directeur de la publication

Pierre Alain GOURION

Directrice de la rédaction

Maria RUANO-PHILIPPEAU

23, Place Bellecour, 69003 LYON

Tel : +33 (0)4 78 37 31 85 - Fax : + 33 (0)4 72 40 25 36

Email : bgv.lyon@bgvlaw.com

www.bgvlaw.com