

Editoriaux



Par Pierre Alain GOURION

Avocat aux Barreaux de LYON et de BRUXELLES

Du prêt de main-d'œuvre à la location d'une société de travail temporaire, de l'échange de fichiers sur Internet à la coopération intra-entreprise, de l'insolvabilité au nouveau "EU", des archives intercommunales à l'avenir de la justice pénale internationale, chacun des thèmes abordés ici correspond à un travail effectué pour le compte d'un des clients du cabinet.

La technicité et la variété font le sel de notre profession, et sa difficulté.

Merci de votre lecture, de votre soutien... et de vos suggestions.



Par Nicolas SOUBEYRAND

Avocat au Barreau de LYON

Les flocons tombent, le froid s'installe sur l'Europe entière. Certains y voient déjà les effets, contradictoires, du réchauffement de la planète.

Ne sombrons pas dans un pessimisme d'ambiance en ce début d'année 2006. Gageons que cette nouvelle année soit heureuse et pleine d'espoirs.

La lettre d'actualité de BGV LYON attaque déjà sa troisième année. Le réseau BGV inaugure son nouveau site internet (www.bgvlaw.com) et vous invite à le visiter. Le cabinet GOURION se restructure et se renforce pour aborder sous les meilleurs auspices la nouvelle année.

Cette onzième livraison de la Lettre d'actualité diversifie les matières abordées autour de l'idée maîtresse de coopération. Le droit cherche depuis toujours à concilier les intérêts contradictoires des parties en présence.

Halte à la confrontation !

Privilégions la coopération !

Heureuse lecture et joyeuse année.

LA COOPERATION ENTRE ENTREPRISES : QUELLE INGENIERIE CONTRACTUELLE ?

Pour répondre aux défis de la mondialisation et aux impératifs de compétitivité, les entreprises cherchent à atteindre une taille critique au plan mondial. Toutefois, cet objectif de croissance est bien souvent contrarié par la nécessité de dégager une rentabilité financière attractive, sans quoi elles risquent la fuite des investisseurs.



par Sébastien MALRIC
Maître Spécialisé
Juriste Manager
International,
EM-LYON

Les modes traditionnels de développement des entreprises, croissance interne et fusions-acquisitions, ont l'avantage de permettre un contrôle total sur les filiales mais nécessitent de lourds investissements.

Sous l'influence des modèles nippons, la coopération est apparue non plus comme un simple préalable aux opérations capitalistiques traditionnelles mais bien comme une solution alternative de développement des entreprises : un maillage de contrats de coopération à moyen / long terme vient remplacer les investissements directs pour donner naissance à des firmes-réseaux, ou hollow corporations.

Mais si la coopération emporte de nombreux avantages, elle impose de nouvelles contraintes.

La coopération consiste pour plusieurs entreprises indépendantes à mettre en commun une partie de leurs ressources dans un but conjoint afin d'en retirer des avantages réciproques. S'il en résulte une interdépendance dans le domaine de la coopération, les partenaires restent autonomes et, par delà, concurrents pour tout ce qui déborde du domaine de la coopération.

La définition même de la coopération exclut l'exercice d'un pouvoir de contrainte d'un partenaire sur l'autre, d'où une certaine instabilité des partenariats entre entreprises et la nécessité de développer des relations de qualité. Nombre d'études soulignent en effet le

Sommaire

FRANCE :

- La coopération entre entreprises : quelle ingénierie contractuelle ?..... p.1
- Le prêt de main-d'oeuvre : mise à disposition ou détachement ?..... p.3
- ANPE et société de travail temporaire : comment ça marche ?..... p.5
- L'échange de fichiers internet et les droits d'auteur : casse-tête juridique sur fond de bataille économique..... p.6
- Archives intercommunales : la mise en place d'un réseau de gestion..... p.8

DROIT INTERNATIONAL :

- Le Règlement communautaire CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité..... p.9
- L'arrivée du .eu amène l'Europe sur le devant de la toile..... p.10
- La justice pénale internationale : un avenir incertain ?..... p.11

le fort taux d'échec des partenariats entre entreprises, en particulier internationaux.

La question de la prévention et de la gestion des conflits dans les partenariats entre entreprises se pose ainsi avec une acuité particulière. En ce qu'il formalise la relation, établit les contributions respectives des partenaires, détermine l'attribution des résultats et envisage les responsabilités éventuelles, le contrat apparaît comme l'instrument privilégié de la prévention des conflits.

La rédaction d'un accord de coopération emporte des spécificités qui le distinguent des contrats classiques : pour donner un exemple, dans un contrat de vente le vendeur cherchera à obtenir une rémunération maximale alors l'acheteur cherchera le prix le plus modique. Très différente est la situation des parties qui envisagent un partenariat : il s'agit pour elles de s'assurer de l'existence d'un objectif conjoint s'accordant avec leurs politiques de développement respectives, les futurs partenaires devant ainsi instituer entre eux des rapports fondés sur l'égalité et caractérisés par une confiance réciproque.

Le rédacteur du contrat doit ainsi non seulement prévenir les risques et assurer l'exécution des engagements pris par les parties, mais également établir des modes d'organisation dans une situation proche du fonctionnement d'une société.

La spécificité contractuelle de la coopération se retrouve tant au niveau du montage juridique de la coopération (I) que de la rédaction de l'accord central (II).

I. La structure juridique du partenariat.

Les partenariats entre entreprises se caractérisent par leur diversité. Diversité tout d'abord quant aux opérations économiques objet du partenariat : consortium visant à la réalisation d'un marché public, fabrication en commun d'un produit, fourniture et distribution, recherche et développement, coopération financière, etc...

Ces objectifs peuvent être réalisés par divers modes de coopération. Le partenariat peut s'inscrire de manière classique dans un document contractuel unique, mais le plus souvent il se réalise sous la forme d'une pyramide englobant une pluralité d'accords hiérarchisés, avec ou sans création d'une filiale commune (ou joint-venture).

Un document contractuel unique est évidemment la structure la plus simple, mais la complexité inhérente à ce type d'opération se retrouvera à l'intérieur du contrat qui risque d'être atteint d'obésité et de perdre en clarté et en lisibilité.

La structure pyramidale composée d'un accord de base et de contrats satellites est la plus courante et certainement la plus pratique. L'accord de base expose les objectifs et les principes de la coopération, la réalisation concrète de ces objectifs étant renvoyée aux contrats satellites pour chaque domaine particulier. Par exemple, un accord de coopération industrielle et commerciale renverra à un contrat satellite exposant les modalités de la réalisation en commun d'un produit industriel, un second accord prévoyant la coopération commerciale pour la distribution du produit, ces accords secondaires renvoyant eux-mêmes à

d'autres contrats d'application particulière : ventes, licences de brevet, sous-traitance, etc...

Enfin, la création d'une joint-venture est la forme la plus aboutie de la coopération en ce que les partenaires, en tant qu'associés, partagent les risques et les bénéfices issus de la coopération. La création d'une société commune ne dispense pas les partenaires de conclure un contrat organisant les principes de la coopération, tel qu'un pacte d'actionnaire. En effet, quand bien même le capital de la JV serait inégalement réparti, le principe même de la coopération exclu qu'un partenaire impose ses choix. De plus le régime juridique des statuts de société emporte des inconvénients majeurs par rapport au contrat : publicité vis-à-vis des tiers, lourdes formalités en cas de modification, etc...

Il est également envisageable que l'objet social de la joint-venture soit limité à une partie seulement du partenariat. Pour reprendre l'exemple d'une coopération industrielle et commerciale, la JV pourrait se limiter à la fabrication d'un produit fini, chaque partenaire étant lié avec la filiale par un contrat de distribution pour l'approvisionnement en produits intermédiaires. Ainsi si les partenaires souhaitent conserver leur indépendance commerciale tout en valorisant leur alliance, ils peuvent se lier en retour avec leur filiale pour la commercialisation du produit fini. Des contrats d'agence commerciale permettraient par exemple aux partenaires de conserver leur clientèle (n'oublions pas qu'ils restent concurrents en dehors du partenariat !) tout en partageant les risques par rapport aux clients finaux. Le partage des bénéfices pourra être modulé en fonction de l'importance des prestations respectives des partenaires au niveau des prix de transfert et des commissions avec la JV.

Ainsi, si chaque partenariat est unique et impose une réflexion sur la structure juridique la plus adaptée à la spécificité de la relation, il existe une constante qui tient à la nécessité de rédiger un accord central visant à organiser la coopération.

II. La rédaction de l'accord central

L'accord central de la coopération possède une double fonction : il est un contrat au sens juridique du terme, susceptible d'exécution forcée par une autorité juridictionnelle (juge ou arbitre), il constitue également la charte fondamentale du partenariat dans laquelle les parties exposent les objectifs et les principes de la coopération.

Cette deuxième fonction a une portée plus éthique que juridique. Ainsi par exemple des " clauses de coopération " par lesquelles les parties entendent fonder leur relation sur des valeurs communes telles que la transparence, la recherche de synergies ou encore le respect des identités et des marques de chacun. De tels principes, du fait de leur abstraction, ne peuvent recevoir une sanction juridique directe. Il faut toutefois se garder d'en déduire leur inutilité : la pratique démontre leur efficacité psychologique dans la mesure où ces valeurs auront été discutées et formalisées en commun, elles ont de plus vocation à irriguer le contrat et recevoir une application concrète par des stipulations plus précises. Elles serviront, enfin et le cas échéant, à guider le juge ou l'arbitre dans son interprétation du contrat.

L'accord central peut également anticiper sur l'évolution de la relation. La confiance nécessaire à l'établissement d'une coopération de qualité préexiste rarement à la conclusion de l'accord et beaucoup de partenariats ont été initiés sur une base restreinte, puis ultérieurement développés. L'accord peut ainsi décrire de manière non contraignante l'évolution de la relation telle qu'elle est envisagée par les parties au cas où la coopération s'avérerait positive.

Il est absolument indispensable que les partenaires formalisent les objectifs mutuels recherchés dans le partenariat : la coopération n'est viable que dans une logique gagnant/gagnant. Chaque partenaire doit ainsi définir les avantages attendus de la coopération et s'assurer de sa capacité à satisfaire les intérêts des autres partenaires. Oublier cette règle fondamentale mène droit au litige.

Ces éléments ont vocation à être intégrés au préambule de l'accord. Au-delà, deux aspects doivent être particulièrement soignés dans l'accord : l'organisation d'une communication fluide entre les partenaires et l'engagement de rechercher ensemble des solutions aux difficultés rencontrées.

Sur la communication entre les partenaires, l'accord peut instaurer une structure collégiale, souvent appelée Comité de coordination, au sein de laquelle les partenaires se concerteront, notamment pour prendre toutes les décisions nécessaires. L'accord doit prévoir avec précision les modalités de fonctionnement ainsi que les missions du comité (par exemple définir, coordonner et contrôler les tâches des parties).

Enfin la gestion des conflits revêt une importance particulière au regard des nombreux échecs de partenariats. Une procédure judiciaire signifiant souvent la mort de la coopération, le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits est fortement conseillé. Les partenaires doivent prévoir des procédures de résolution amiable et les employer aussitôt qu'un conflit est envisagé. Précisions ainsi l'utilité particulière de la médiation dans le cadre de la coopération en ce qu'elle s'attache aux intérêts des partenaires et non leurs positions. L'arbitrage peut constituer, en complément de la médiation, une alternative pertinente au contentieux judiciaire.

Source : Sébastien Malric, " Diversité culturelle et pathologies des partenariats internationaux ", Thèse professionnelle, EM-LYON, 2005

LE PRÊT DE MAIN D'ŒUVRE : MISE A DISPOSITION OU DETACHEMENT ?



par
Nicolas
SOUBEYRAND

Avocat au Barreau de
LYON

Le détachement de salarié ou leur "mise à disposition" sont issus de la pratique des entreprises mais très peu appréhendés par le droit du travail.

Ces deux pratiques peuvent répondre à différentes motivations :

- détachement à l'intérieur d'un groupe au bénéfice d'une filiale en raison des compétences techniques du salarié ;
- alternative à un licenciement économique car le poste occupé par le salarié n'a plus de raison d'être, du moins temporairement ;
- en réponse à un besoin ponctuel, pour l'exercice d'une mission, notamment à l'étranger ;
- pour des besoins de formation ;
- en cas de sanction disciplinaire...

Dans le Code du travail, un seul article fait référence au prêt de main d'œuvre : L. 125-3 qui l'interdit lorsqu'il est pratiqué à titre exclusif et à but lucratif, sous réserve des dispositions relatives au travail temporaire.

Le prêt de main-d'œuvre est par conséquent licite à condition d'être pratiqué de manière exceptionnel (accessoire) et sans rémunération de l'employeur.

Cette pratique se caractérise par deux éléments :

- le maintien du contrat de travail liant le salarié et son entreprise ;
- l'accomplissement de la prestation de travail dans l'entreprise d'accueil.

Juridiquement, le prêt de main d'œuvre peut être apprécié de trois manières selon le degré de détachement :

- le salarié exécute sa prestation de travail dans un autre établissement mais reste sous la direction directe de son employeur initial. Généralement, cette opération est effectuée en application d'une clause de mobilité géographique contenue dans le contrat de travail. Dans ce cas, il ne s'agit que d'une modalité d'exécution de son contrat et ne nécessite par l'accord du salarié au moment du "détachement" géographique.
- le salarié exécute sa prestation de travail dans une entreprise d'accueil sous la direction et le contrôle de cette dernière. Un contrat spécifique peut être conclu ou non pour l'accomplissement de cette tâche avec, dans les deux cas, maintien de l'ancien contrat. Il s'agira dans ce cas d'une modification du contrat de travail puisque le pouvoir de direction a été transféré quand bien même les autres éléments du contrat de travail n'auraient pas été modifiés. Un accord du salarié est alors nécessaire. Selon que ce prêt de main d'œuvre donne lieu à la conclusion d'un nouveau contrat ou non, on parlera soit de mise à disposition (en l'absence de contrat), soit de détachement (en cas de conclusion d'un deuxième contrat de travail avec l'entreprise d'accueil) ;
- Le salarié exécute sa prestation de travail sous la direction et le pouvoir disciplinaire de l'entreprise d'accueil. Dans ce cas, il s'agira d'une "novation" du contrat dans la mesure où une obligation contractuelle s'est éteinte et qu'une nouvelle a été créée liant le nouvel employeur. Le lien de subordination ne peut exister à l'égard de deux employeurs.

On ne parlera par conséquent de prêt de main d'œuvre que dans la deuxième hypothèse. Celle-ci comporte également une subtilité dans le degré de détachement selon qu'un contrat de travail propre au détachement vient ou non se superposer au contrat de travail existant.

1. Naissance du prêt de main d'œuvre :

Le prêt de main d'œuvre peut être mis en place des manières suivantes :

- un accord existe entre l'employeur d'origine et son salarié sur le principe du détachement et ses conditions. Cet accord peut être prévu dès la conclusion du contrat de travail ou par le biais d'un avenant au contrat. Si la fonction du salarié détaché est également modifiée, une clause de mobilité géographique sera insuffisante ;
- un accord est souvent conclu entre l'entreprise d'origine et l'entreprise d'accueil sur la mise à disposition du salarié et ses modalités mais aucun écrit n'est nécessaire. Dans ce cas, il s'agira d'une simple mise à disposition où l'employeur d'origine conservera son pouvoir disciplinaire et de contrôle ;
- Une convention tripartite peut être conclue entre l'entreprise d'origine, l'entreprise d'accueil et le salarié sur le principe et les modalités de détachement.

La mise à disposition ou le détachement peuvent être conclus pour une durée limitée ou illimitée, déterminée ou indéterminée.

2. Conditions du prêt de main d'œuvre :

La difficulté résulte du fait que le salarié mis à disposition ou détaché est en présence de deux employeurs.

Vis-à-vis de l'entreprise d'origine, le salarié est lié par son contrat de travail qui continue à s'appliquer.

Cependant, c'est pour le compte de l'entreprise d'accueil que le salarié va exécuter sa prestation de travail.

Le Code du travail nous donne quelques pistes sur les conditions d'exécution de la prestation par référence aux dispositions relatives au travail temporaire (l'article L. 125-3 renvoie aux articles L. 124-4-6, L. 124-4-7, L. 124-9, L. 341-3 et L. 422-1 alinéa 4).

Ces dispositions sont applicables qu'il s'agisse d'une simple mise à disposition ou d'un détachement.

a. Convention collective applicable :

La convention collective applicable est celle de l'entreprise d'accueil pour tout ce qui concerne les conditions d'exécution du travail (L. 125-3 faisant référence à L. 124-4-6 CT).

En cas de licenciement au sein de la société d'accueil, seule la convention collective applicable dans cette société sera appliquée.

Pour le reste, il faut distinguer selon que le contrat de travail initial est suspendu ou qu'il continue à s'appliquer, c'est-à-dire selon que l'employeur d'origine continue à exercer son pouvoir disciplinaire et / ou son pouvoir de contrôle et de direction. Cette question n'a pas été réglée par la jurisprudence.

Il semble par conséquent opportun de régler cette question dans le cadre de la convention de détachement.

A défaut, une application différentielle des conventions collectives d'origine et d'accueil n'est pas exclue.

b. Conditions d'exécution du travail :

L'article L. 124-4-6 prévoit expressément que l'entreprise d'accueil est responsable limitativement de ce qui a trait :

- à la durée du travail,
- au travail de nuit,
- au repos hebdomadaire,
- aux jours fériés,
- à l'hygiène et à la sécurité,
- au travail des femmes, des enfants et des jeunes travailleurs.

Pour tout le reste, l'article L. 124-9 prévoit qu'il n'est pas dérogé aux règles habituellement applicables découlant du contrat de travail, c'est-à-dire découlant du contrat liant le salarié détaché et l'entreprise d'origine.

Le paiement du salaire et des charges sociales incombent à l'entreprise d'origine, sauf stipulations conventionnelles contraires.

Dans ce cas, l'entreprise d'origine pourra demander le remboursement des salaires et charges sociales, sans n'y rien ajouter sous peine de devenir une opération à but lucratif.

c. Lien de subordination, pouvoir disciplinaire et pouvoir de direction :

Le salarié mis à disposition reste lié à son employeur d'origine ; le lien de subordination n'existe par conséquent qu'à son égard. Si ce lien de subordination disparaît au profit de l'entreprise d'accueil, la jurisprudence a tendance à considérer qu'il s'agit d'un nouveau contrat de travail conclut avec un nouvel employeur par l'effet de la novation, c'est-à-dire avec extinction de l'ancien contrat.

Le pouvoir de direction (ou autorité) et de contrôle reste un critère de qualification de la mise à disposition pour apprécier la question de savoir s'il y a ou non modification du contrat de travail en l'absence de modification de la rémunération, du lieu de travail, de la durée de travail et de la qualification. Si le pouvoir de direction reste exercé par l'employeur initial, il n'y a pas véritablement de détachement, mais simple mise à disposition ou seulement application d'une clause de mobilité dans une autre société du groupe.

Il est tout à fait admis que le pouvoir de direction puisse être transmis à l'entreprise d'accueil sans pour autant opérer transfert du lien de subordination. Il s'agira d'une délégation de l'autorité par l'entreprise d'origine, que l'on retrouve en matière de travail temporaire.

En revanche, le pouvoir disciplinaire ne peut être transmis pareillement et en cas d'exercice par l'entreprise d'accueil du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire, la jurisprudence tend à considérer que le lien de subordination est transmis et qu'il y a novation du contrat par substitution d'employeur.

3. Fin du prêt de main d'œuvre :

a. Convention de mise à disposition :

L'entreprise d'accueil n'est liée qu'à l'entreprise prêteuse.

Ainsi, l'entreprise d'accueil, si elle considère devoir mettre un terme à la mise à disposition, ne pourra rompre le contrat de travail. Seule l'entreprise prêteuse peut rompre le contrat de travail en invoquant notamment des faits fautifs à l'égard de l'entreprise d'accueil (mais pas un motif économique concernant la société d'accueil).

L'entreprise d'origine peut également mettre fin au contrat de travail pendant la durée de la mise à disposition, à condition de motiver cette rupture.

Le salarié ne peut rompre la convention de mise à disposition avec une durée déterminée sous peine que cette rupture ne soit considérée comme une inexécution fautive du contrat de travail.

En revanche, si la convention de mise à disposition ne comporte pas de terme, il peut en demander la cessation et le retour dans son entreprise d'origine.

Dans tous les cas, le salarié sera réintégré à la société d'origine qui devra lui proposer une affectation. A défaut d'affectation, le contrat de travail sera considéré comme rompu à l'initiative de l'employeur.

b. Convention de détachement :

Dans la mesure où le détachement nécessite la conclusion d'un contrat de travail entre la société d'accueil et le salarié, la société d'accueil :

- peut rompre elle-même le contrat de travail qu'elle a conclu avec le salarié détaché ;
- doit respecter la procédure de licenciement.

En cas de rupture anticipée du détachement à l'initiative de l'entreprise d'accueil, le salarié aura droit à des dommages et intérêt correspondant aux rémunérations qu'il aurait perçu jusqu'au terme du contrat (Cass. Soc. 2 oct. 1991).

Si la cessation du détachement s'accompagne d'une proposition de mutation définitive dans la société d'accueil, le salarié est en droit de refuser la proposition.

La société d'origine peut également mettre fin au contrat de travail l'a liant au salarié détaché, mais, ce, sans préjudice du contrat de travail existant avec la société de détachement. Toutefois dans ce cas, une fois le détachement terminé, le salarié n'a aucun droit à réintégration.

Une fois le détachement terminé, le salarié détaché a droit à sa réintégration dans la société d'origine. Il ne peut refuser de se voir affecter à son ancien poste ou à défaut dans un emploi similaire : rémunération équivalente, même qualification...

L'entreprise d'origine n'est pas tenue de lui offrir un poste similaire à celui qu'il occupait dans l'entreprise d'accueil si celui-ci occupait un emploi supérieur au poste initial. La jurisprudence a en effet considéré qu'il s'agissait d'un avantage momentané (Cass. Soc. 22 mars 1982). Dans ce cas, il ne peut refuser de réintégrer son poste initial.

Si l'entreprise d'origine n'affecte pas le salarié détaché au terme

de son détachement, la rupture du contrat de travail lui sera imputable.

Si c'est le salarié qui souhaite mettre fin au détachement, l'entreprise d'origine est encore tenue de le réintégrer.

En cas de licenciement du salarié détaché au sein de l'entreprise d'accueil, l'entreprise d'origine ne peut le licencier pour le même motif ; elle devra invoquer des motifs propres et distincts.

En cas de licenciement dans l'entreprise d'origine, l'ancienneté prise en compte n'est pas suspendue pendant la période de détachement. (L. 122-10 CT).

Le prêt de main d'œuvre est une pratique que l'on rencontre régulièrement en matière sportive : deux joueurs pour un poste d'avant-centre dans un même club. La mise à disposition d'un autre club permettra ainsi de ne pas avoir à payer des charges sociales et un salaire pour un salarié qui ne joue pas sans perdre le joueur de manière définitive.

On pourrait envisager d'autres utilisations de cette pratique, notamment comme alternative au licenciement économique lors des baisses d'activité.

La souplesse recherchée par le Gouvernement qui multiplie les contrats précaires : CNE, CPE et autres à venir certainement, semble pouvoir être atteinte par ce type de pratique, quitte à renforcer un peu les droits des salariés détachés.

On peut ainsi imaginer qu'un salarié devienne détaché au sein de l'entreprise qu'il veut créer ou qu'il voudrait reprendre, avec derrière la garantie d'une réintégration en cas d'échec de son projet.

Plutôt que de multiplier les contrats précaires, favorisons l'existant et offrons aux salariés les moyens de leurs ambitions.

ANPE ET SOCIETE DE TRAVAIL TEMPORAIRE : COMMENT ÇA MARCHE ?



par Cécile Médail
Master 1 Droit
international

Aux termes de l'article L.124-1 du Code du Travail, "est un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire

d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue elle embauche et rémunère à cet effet".

La loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale autorise désormais les sociétés de travail temporaire à cumuler leur activité de base avec des services de placement.

L'ACTIVITE DE PLACEMENT

La loi du 18 janvier 2005 consacre la définition jurisprudentielle de la notion de placement. Ainsi, "l'activité de placement consiste à fournir, à titre habituel, des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que la personne physique ou morale assurant cette activité ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler".

Outre les termes de la définition, la loi reprend deux grands principes contenus dans la convention 181 de l'Organisation Internationale du Travail :

- la gratuité des services de placement pour les personnes "à la recherche d'un emploi" (les services aux employeurs peuvent être facturés) ;
- la non discrimination.

Quels changements ?

1. La fin d'un monopole théorique de l'ANPE :

Jusqu'à maintenant, l'agence nationale pour l'emploi (ANPE), créée en 1967, détenait théoriquement le monopole du placement sur le marché du travail, sous réserves des dérogations reconnus à certains organismes à but non lucratif (notamment l'agence pour l'emploi des cadres). Dépourvu de sanction pénale, le monopole a toujours été interprété d'une manière souple : des opérateurs privés comme les cabinets de recrutement n'ont jamais été réellement inquiétés.

Le monopole était accompagné de deux obligations :

- celle, bien réelle, faite aux demandeurs d'emploi de s'inscrire à l'ANPE, sous peine de ne pas être indemnisés
- celle faite aux employeurs de notifier à l'ANPE l'ensemble de leurs offres d'emploi et aux responsables de publications de lui communiquer toutes les annonces qui leur étaient transmises était pour le moins théorique : les supports d'annonces emploi, en particulier les sites Internet, ont pu publier des offres sans les transmettre à l'ANPE.

De fait, l'agence ne rassemblait officiellement que 35 % des offres d'emploi. La suppression du monopole public de placement met ainsi les textes en conformité avec la réalité.

Le véritable changement n'est pas la fin du monopole en elle-même mais les deux mesures qui l'accompagnent :

- la possibilité dorénavant offerte à l'ANPE de créer des filiales,
- les sociétés de travail temporaire sont autorisées à cumuler leur activité de base avec des services de placement.

2. Deux nouveaux marchés pour les entreprises "d'intérim" :

Ces sociétés peuvent proposer des services de recrutement en CDI et CDD, qui vont les mettre en concurrence directe avec les cabinets de recrutement. Face à ces derniers, leur puissance financière et le remarquable maillage du territoire offert par leurs réseaux sont des atouts indéniables.

Cependant, les cabinets de recrutement sont en France spécialisés sur la partie supérieure du marché du travail, ce qui devrait les protéger dans un premier temps.

On peut penser que les entreprises d'intérim vont partir des catégories professionnelles qu'elles connaissent (plutôt peu qualifiées) et remonter progressivement vers le middle management, segment sur lequel la concurrence sera alors forte avec les cabinets. Les pratiques des entreprises de travail temporaire d'"industrialisation" des processus de recrutement et de paiement au résultat, radicalement différentes de celles de cabinets de recrutement, font craindre à ces derniers une forte concurrence sur les prix.

Outre les services aux entreprises, les entreprises de travail temporaire s'intéressent au placement de chômeurs. Il s'agit cette fois de se poser en prestataire aux côtés de l'ANPE, de l'UNEDIC ou des Conseils généraux (pour le placement des chômeurs non indemnisés bénéficiant du RMI, dont les conseils généraux sont en charge). Plusieurs expériences de ce type ont d'ailleurs débuté avant le vote de la loi du 18 janvier 2005.

L'ECHANGE DE FICHIERS SUR INTERNET ET LES DROITS D'AUTEUR : CASSE TETE JURIDIQUE SUR FOND DE BATAILLE ECONOMIQUE



par Cécile Médail
Master 1 Droit
international

L'actualité du téléchargement de fichiers informatique ne cesse d'être alimentée. Dans notre lettre d'actualité n°3, nous avons fait un premier tour d'horizon de la question. Les difficultés soulevés par cette

pratique n'ont-ils pas encore trouvé de solution satisfaisante pour les acteurs des mondes numériques et économiques.

Le "Peer to Peer" (P2P) est l'expression anglaise utilisée pour désigner une architecture logicielle de "point à point". Contrairement au réseau internet, principalement basé sur une architecture client-serveur, le P2P permet une connexion directe entre deux terminaux, cumulant chacun ces deux fonctions. Kazaa est certainement parmi les sites internet rendent possible l'échange de fichiers de poste à poste sans serveur central, le plus connu.

Cette technologie suscite depuis longtemps de nombreuses réflexions sur le plan juridique. Les échanges de fichiers pirates ou non sur ces réseaux sont au centre des préoccupations des industries audiovisuelles qui ont adopté sans succès, une politique de répression.

1. La position de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés : le refus de la riposte graduée

La CNIL a manifesté, dans une décision du 18 octobre 2005, son opposition à la mise en place d'une politique répressive contre les utilisateurs des réseaux P2P, qui exploitent cette technologie pour s'échanger, sur internet, des contenus dont certains sont protégés par la loi sur les droits d'auteur.

La Commission s'est refusée à autoriser la traque de ces internautes par les organismes d'ayants droits, en écartant la mise en œuvre d'une "riposte graduée", c'est-à-dire l'envoi par les Fournisseurs d'accès internet français à ces mêmes internautes, d'e-mails de menaces de poursuites judiciaires.

Pour justifier ce refus, la CNIL affirme que les textes actuels ne pourraient permettre la mise en place d'une telle instrumentalisation. En effet, la riposte graduée qui doit être proportionnée à la finalité, s'avère inadaptée car elle n'apparaît pas comme strictement limitée au besoin de la lutte contre la contrefaçon.

La CNIL déclare, d'autre part, la riposte graduée contraire au principe de protection des données personnelles. Ainsi, "l'envoi de messages pédagogiques pour le compte de tiers ne fait pas partie des cas de figure où les fournisseurs d'accès à internet sont autorisés à conserver les données de connexions des internautes". Une décision surprenante puisqu'une telle autorisation avait été accordée quelques mois plus tôt.

2. La position des Tribunaux : l'affirmation du droit à la copie privée :

La légalité du téléchargement de morceaux de musique et de films sur Internet (*Download*).

Le Tribunal de Grande Instance du Havre l'a de nouveau affirmée le 20 septembre dernier en se fondant sur la loi liée à la copie privée.

Le Tribunal a ainsi repris à son compte une décision du 10 mars 2005 dans laquelle la Cour d'appel de Montpellier assimile les téléchargements à la copie privée. Elle rappelle en effet qu'en application l'article L.122-2 du code de la propriété intellectuelle, dès lors qu'" une œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective ". L'origine de la copie (CD, DVD, Internet, ou toute autre chose !) s'avère donc indifférente.

C'est maintenant à la cour de cassation qu'il revient de se prononcer sur la question afin d'établir clairement si le fait de télécharger constituer ou non un acte de copie privée, quelle qu'en soit la source.

L'illégalité de l'autre versant du téléchargement, la mise à disposition (partage) du public (*Upload*).

Le Tribunal du Havre ne déroge pas à la jurisprudence antérieure : la mise en partage d'œuvres protégées reste illégale lorsqu'elle n'est pas autorisée.

Par conséquent, la copie est légale mais la diffuser ne l'est pas. Le seul moyen de détenir une copie est alors de posséder l'original, ce qui est contraire au texte sur la copie !!

Mais le partage est-il illégal ?

Une chose est sûre, nul ne peut être poursuivi pénalement dès lors que les critères posés par l'article L-122-5 du Code de la propriété intellectuelle sont remplis :

- la copie doit être destinée à un usage non-collectif. Cette condition exclut du bénéfice de la copie privée différentes organisations pour éviter la diffusion d'une œuvre parmi ses membres à moindre frais exemple : forum d'échange).

- il s'agit de restreindre l'usage de la copie au strict usage privé du copiste. Or, l'usage strictement privé du copiste, qui fait obstacle au droit de l'auteur d'interdire l'utilisation de son œuvre, n'est pas un usage défini dans le Code de la propriété intellectuelle ni précisé par les juges.

Le critère relatif à l'origine de la copie privée manque. En conséquence, le copiste, qui permet à d'autres personnes de copier l'œuvre dont il dispose, fait-il un usage illégal de sa copie dès lors que le copiste secondaire en fait également un usage privé.

Dans cette logique, si le downloadeur bénéficie incontestablement de la protection de l'article L-122-5 au titre duquel l'auteur ne peut interdire la reproduction de son œuvre, l'uploadeur, dans la mesure où il permet à un autre utilisateur d'effectuer une copie privée au sens de l'article L-122-5, peut-il être considéré comme un contrefacteur ? Ou bien existe-t-il un droit à copie privée secondaire ?

3. La transposition de l'European Union Copyright Directive du 22 mai 2001 (EUCD), un projet de loi sur les droits d'auteur pour le moins controversé :

La décision de la CNIL à de nouveau lancé la polémique autour de l'adoption de la loi transposant l'EUCD en droit français.

En effet, ce projet de loi censé améliorer la protection des auteurs et producteurs en luttant contre le développement du piratage de musique et de films sur Internet par des mesures techniques de protection des œuvres, conduit à remettre en cause le droit sur la copie privée.

Ainsi, le fait de "cracker" une protection numérique (CD ou DVD...) pourrait devenir en France, comme c'est déjà le cas en Allemagne où l'EUCD a déjà été adoptée, une pratique illégale.

Vous pouvez jeter vos lecteurs MP3 et lecteur de DVD intégré au PC car vous ne pourrez plus les utiliser en raison de ces mesures de protection.

Dès lors, si ce projet de loi est adopté, la situation sera pour le moins ubuesque, puisque les copies privées seront être légales mais impossibles car les éditeurs auront posé des mesures de protection.

4. Vers la création d'une Licence globale ?

Contrairement à ce que l'on pouvait craindre, le projet de loi n'a pas été adopté lors de sa discussion au Parlement le 23 décembre dernier. Les députés ont, au delà des clivages politiques, infligé un camouflet au gouvernement qui souhaitait son adoption en urgence. Déjà passionnés, les débats sont devenus incontrôlables avec l'adoption, malgré l'avis négatif du gouvernement, de deux amendements créant la "Licence Globale Optionnelle" qui légalise les échanges de fichiers entre internautes, lesquels acquitteraient en contrepartie une redevance forfaitaire aux fournisseurs d'accès.

Le gouvernement ne l'entend pas ainsi. De nouveaux amendements seront soumis au Parlement lors de la reprise des discussions, le 8 février. Ces dispositions instaureront "un régime gradué et proportionné de sanctions" pour différencier le simple téléchargement illégal de la mise à disposition massive d'œuvres protégées. Alors que le téléchargement occasionnel serait considéré comme une contravention de seconde classe, ceux qui contournent les verrous informatiques pour un pillage massif ou qui détournent les œuvres dans un but commercial, seraient exposés à des peines beaucoup plus lourdes.

La Licence Globale n'exclut pas ces sanctions car elle permet uniquement l'échange d'œuvres dont les auteurs et producteurs ont consenti au préalable, la libre circulation. A défaut d'accord, il s'agira d'un échange illégal susceptible d'être sanctionné.

Les industries de l'audiovisuel qui lui ont fait part, dans un communiqué commun, de leur "profonde inquiétude" face à cette "expropriation des droits d'auteur sur Internet", et écarte toute possibilité de légalisation des échanges de fichiers sur les réseaux P2P.

L'enjeu économique qui motive ces organismes d'ayants droit à poursuivre des internautes devant les juridictions pénales et à soutenir la mise en place de mesures de protection est grand. Ils peuvent en effet redouter qu'à long terme les artistes se passent d'eux en se créant une notoriété directement sur le web tout en étant rémunérés grâce à la Licence.

Cependant, il serait vain de s'engager sur la voie de l'illégalité de la technologie du P2P. Ces réseaux ne sont en effet pas contrôlables et les échanges de fichiers continuent et ils progressent... Il faudrait également démontrer que les échanges d'œuvres par P2P sont dommageables aux auteurs alors que les études récentes tendent à prouver le contraire. De plus, un artiste existe essentiellement à travers son public. Or, il ne peut s'engager sur la voie répressive sans se couper de lui. Les ayants-droits mettront plus de temps à se faire une raison : la légalité du téléchargement sonne le glas d'un modèle, et résonne comme la chronique d'une perte annoncée de privilèges justifiés par les impératifs économiques qui étaient ceux des créateurs il y a 50 ans.

Le 8 février débutera la seconde mi-temps du match sur les droits d'auteur, au cours duquel s'affronteront partisans et opposants de la Licence Globale. Mais joue-t-on la bonne partie ?

La réforme du droit d'auteur de 2006 doit-elle vraiment se jouer uniquement sur la légalité ou non du téléchargement, les sanctions et les rémunérations à apporter à Johnny ? Aveuglés par ce débat sans grande importance pratique (le téléchargement non encadré continuera avec ou sans loi), l'on oublie que le droit d'auteur dans son ensemble est heurté par Internet et appelle une grande réforme.

ARCHIVES INTERCOMMUNALES : LA MISE EN PLACE D'UN RESEAU DE GESTION

Lorsque l'on parle d'intercommunalité, on imagine rapidement que ce terme implique des difficultés, une certaine complexité,



par Aurélie DIAT

Master 1 Droit public
Assistante de Justice

des organisations diverses et variées, ou encore des transferts de compétences et une gestion lourde.

Désormais, il faut intégrer et ajouter, au sein même de cette notion, celle

d'archives.

Les groupements de communes sont devenus de gros producteurs d'archives intercommunales qui se divisent en archives propres à ces groupements, et celles des compétences transférées. Si une loi ou un règlement porte sur les archives en général, aucun texte ne vise celles issues de l'intercommunalité. Or, ces documents s'avèrent être de plus en plus nombreux.

Ces archives sont publiques et soumises à la loi de 1978 sur la communication des documents administratifs. Elles sont donc susceptibles d'être produits dans le cadre d'une enquête. D'où la nécessité absolue de pouvoir y recourir de manière aisée et rapide. Ceci conduit donc à réfléchir, rapidement et sérieusement, sur les moyens de les classer et de les préserver.

Cet objectif de reconstitution est attribué à la Direction des archives de France (DAF), investie d'un rôle d'impulsion et de contrôle sur l'ensemble des archives publiques. Il résulte des contrôles déjà opérés par elle, par le biais des archives départementales (AD), que certaines archives sont confiées au département ou à un service d'archives municipales, tandis que d'autres sont stockées (ce qui est déjà pas mal) mais non traitées, ou, pour certaines restent introuvables.

La première solution avancée : le partage d'un archiviste entre plusieurs collectivités. Il s'agit d'une solution économique en raison du partage des frais entre les collectivités concernées que cet archiviste va engendrer. Cette économie peut être encore diminuer par ce que l'on appelle la "mutualisation" des équipements, en utilisant un ouvrage public déjà existant afin d'installer l'intéressé. Cette solution du partage est plus avantageuse que l'idée d'une centralisation de la conservation des archives qui impliquerait la création inévitable d'équipement.

En 2003, un document préparatoire à la directive nationale d'orientation (DNO) 2003-2005 de la DAF suggérait que les DRAC apportent aux collectivités une aide dégressive sur trois ans pour la création de postes intercommunaux. Mais, ce point n'a pas fait l'unanimité. D'où, pour le moment, des choix d'organisation d'un réseau d'archives intercommunales avant tout basés sur des critères économiques.

Le rôle d'archiviste intercommunal ne risque pas de tomber dans la monotonie. Son activité est en effet double : opérationnelle et patrimoniale. Le regroupement d'archives pourrait être, entre autres, à l'origine de la préservation d'une mémoire collective. Mais, ceci ne peut se passer d'un appui technique et méthodologique, d'où le caractère organisationnel de cette activité.

Notons que cette production à grande échelle d'archives par les groupements de communes contribue indirectement à la création d'emplois, ce qui peut constituer un nouvel élément favorable au dynamisme des collectivités locales.

LE REGLEMENT COMMUNAUTAIRE CE N° 1346/2000 RELATIF AUX PROCEDURES D'INSOLVABILITE



par Julie HAINAUT
Master 2 Recherche
Droit international
public

Le redressement et la liquidation judiciaires ne sont plus strictement soumises aux articles L 620-1 et suivants du Code du commerce, mais également à un texte communautaire : le Règlement (CE)

n°1346/2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce Règlement communautaire, entré en vigueur le 31 mai 2002, s'applique donc à toutes les procédures collectives ouvertes depuis ce fameux 31 mai 2002 dans tous les Etats de l'UE, exception faite du Danemark, et sans qu'une loi de transcription soit utile.

L'objectif de ce texte est de faciliter la reconnaissance des décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité, d'en garantir l'efficacité, et de simplifier l'exécution des décisions rendues dans le cadre de ces procédures.

UN DROIT DE L'INSOLVABILITE COMMUNAUTAIRE

Le Règlement affirme que la procédure principale est celle ouverte dans l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, procédure qui produit ses effets dans tous les autres Etats membres. Un critère de compétence internationale est donc établi. Ce centre, précise le Règlement, est le lieu où le débiteur gère, et ce de manière habituelle, ses intérêts, et qui peut donc être vérifié par les tiers. Il s'agit donc du siège réel d'une entreprise. Le texte prévoit également une présomption en faveur du siège social des personnes morales (art. 3. 1), en s'appuyant sur le fait que l'établissement est appréhendé comme tout lieu d'opération où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens. Ainsi, on constate que le Règlement communautaire ne s'attache qu'aux situations des succursales dépourvues de personnalité juridique (et non à celles des filiales).

Ce sont à la fois le droit de l'insolvabilité et le droit international privé qui sont concernés ici. Ainsi, deux tribunaux d'Etats étrangers peuvent se déclarer compétents pour ouvrir une procédure principale, s'ils estiment que le centre des intérêts principaux du débiteur est sur leur territoire.

Le Règlement dégage également un autre principe : celui de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture pour "tous les effets de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés". Cependant, le texte réserve certaines situations juridiques, afin d'exclure l'application de cette loi à certains effets spécifiques de la procédure. Dès lors, les droits réels d'un tiers sur un bien localisé dans un autre Etat membre lors de l'ouverture de la procédure ne sont pas affectés par celle-ci (art. 5).

Le Règlement prévoit la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire quand le débiteur exploite un établissement dans un autre Etat membre que celui où il a le centre de ses intérêts principaux (art. 3. 3). Il s'agit d'une procédure de liquidation, qui n'a d'effet que sur le territoire. Celle-ci peut être ouverte à la demande des personnes habilitées par le droit applicable à cette procédure, mais également à la demande de l'administrateur de la procédure principale, si cette ouverture reste conforme aux buts de celle dans laquelle il a été désigné (art. 29).

Qu'il s'agisse d'une procédure principale ou accessoire, les créanciers ont un droit de produire leurs créances, notamment au profit des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale (art. 32 et 39). Il est nécessaire que les créanciers soient avisés de cette faculté, et ce de manière individuelle, par une notice individuelle adressée par l'administrateur de la procédure.

UN REGLEMENT COMMUNAUTAIRE CONTESTE ET CONTESTABLE

On l'a dit, c'est le centre des intérêts principaux du débiteur qui détermine la compétence internationale des tribunaux. Mais un problème se pose...deux tribunaux peuvent apprécier de façon différente ce critère de compétence ! Le Règlement permet à un tribunal d'écarter une procédure principale étrangère s'il considère qu'elle produirait des effets contraires à son propre ordre public (art. 26) ! La présomption simple posée par le Règlement, en faveur du siège statutaire, a donc un caractère assez "flou"...

Quand une procédure est déjà ouverte à l'étranger, il n'est pas nécessaire pour les tribunaux d'examiner le critère appliqué ; ceux-ci doivent en principe reconnaître la procédure principale étrangère. Ainsi, même si le Règlement communautaire soumet la reconnaissance d'une procédure étrangère à l'application du critère de compétence du centre des intérêts principaux, la jurisprudence considère qu'il y a une interdiction d'analyser, encore une fois, le critère appliqué.

Notons qu'il est toujours possible, pour les juridictions des autres Etats membres, d'ouvrir une procédure secondaire, si l'entreprise insolvable a un établissement secondaire dans leur ressort.

On constate que plusieurs éléments contenus dans le Règlement sont une source d'insécurité juridique :

- Risque de forum shopping, ce qui engendre, pour les partenaires commerciaux des entreprises, un inconvénient dans l'identification du risque d'insolvabilité et du droit applicable si une procédure est ouverte.
- Risque de décisions contraires.
- Risques dus à l'élargissement de l'UE, liés à la prévisibilité des aléas de l'insolvabilité.
- Risque du manque d'information à temps de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

L'ARRIVEE DU ".EU" AMENE L'EUROPE SUR LE DEVANT DE LA TOILEE

par Romain RAMEAU

DESS Droit
communautaire



Enfin un signal positif ! Après plusieurs mois de flottement suite au double "non" franco-néerlandais au projet de Traité constitutionnel, après les affrontements autour du budget communautaire, l'Europe

semble avoir retrouvé un peu d'unité, sur le plan économique tout au moins, grâce à Internet. En effet, le 7 décembre dernier a été lancé le ".eu", la nouvelle extension Internet pour les noms de domaine européens (le nom de domaine permettant l'identification d'un site par les internautes).

Les mauvaises langues prétendront qu'il ne s'agit là que d'un sujet anecdotique, voire symbolique, mais s'il y a bien une chose dont souffre l'Europe aujourd'hui, c'est précisément d'un manque de symboles auxquels peuvent se référer les citoyens.

UN SUCCES ATTENDU

Il faut croire que nombre de professionnels et d'institutionnels attendaient impatiemment de pouvoir déposer leur nom de domaine en ".eu". Pas moins de 100 000 demandes ont été enregistrées le premier jour auprès d'EURid, une société à but non lucratif choisie par la Commission européenne pour gérer sa nouvelle extension. On est encore loin du ".com", le concurrent américain qui recense à lui tout seul plus de 40 millions d'adresses Internet, mais l'ambition est là et les espérances sont grandes de voir l'Europe combler son retard sur les Etats-Unis dans ce secteur.

Ainsi, Catherine Gabay, directrice de l'innovation, de la recherche et des nouvelles technologies au MEDEF, estime qu' "il est important que la voix de l'Europe puisse mieux se faire entendre dans les discussions avec l'Icann (Internet Corporation of Assigned Names and Numbers - responsable de la gestion du système mondial des noms de domaine)". De même, la Commission européenne par la voix de Viviane Reding, commissaire à la société de l'information et aux médias, espère que le ".eu" connaîtra le même succès que les ".com" ou ".org".

Avant ce démarrage en trombe du ".eu", dont la naissance avait été décidée lors du Conseil européen de Lisbonne en 2000, il a fallu mettre en place un cadre réglementaire spécifique :

- Le règlement CE n° 733/2002 du 22 avril 2002, relatif à la mise en œuvre du nom de Domaine de Premier Niveau (DPN) ".eu", prévoyait qu'un organisme à but non lucratif assurerait la fonction de registre chargé de l'administration et de la gestion du DPN ".eu". Cette tâche a été confiée à EURid comme nous l'avons vu plus haut.
- Puis un autre règlement de la Commission (règlement CE n°874/2004 du 28 avril 2004) a défini les règles applicables à la mise en œuvre et aux fonctions du DPN ".eu" et les principes en matières d'enregistrement.

Jusque là, deux procédures d'enregistrement de l'extension européenne étaient en concurrence : l'une préconisait une méthode régulée à l'image du ".fr" français. L'avantage non négligeable de cette méthode résidait dans le fait qu'elle limitait considérablement le cyber-squattage.

Toutefois, elle comportait un inconvénient de taille puisqu'elle risquait de ralentir le développement du ".eu", comme cela a d'ailleurs été le cas en France puisque les noms de domaines se terminant par ".fr" ne sont guère plus de 400 000 aujourd'hui, très loin des 9 millions de ".de" (Allemagne) ou des 4,5 millions de ".uk" (Royaume-Uni).

Par conséquent, la Commission a choisi la méthode du "premier arrivé, premier servi" (considérant n°11, règlement n°874/2004) afin de donner l'impulsion adéquate pour le lancement du ".eu". 779 bureaux d'enregistrement, accrédités par EURid, ont donc été chargés de recevoir et traiter toutes les demandes. Enfin, le 21 mars 2005, l'ICANN a officiellement reconnu EURid comme structure désignée par l'Union européenne pour gérer le nom de domaine ".eu" ces cinq prochaines années.

La procédure retenue se déroulera en trois étapes : du 7 décembre 2005 au 6 février 2006, le dépôt des noms sera réservé aux organismes publics ainsi qu'aux détenteurs d'une marque déposée. Du 7 février au 6 avril 2006, des dossiers pourront être déposés pour les noms de sociétés, les marques non déposées ou les noms d'œuvres d'art.

Ces deux phases initiales visent à "garantir aux titulaires de droits antérieurs des possibilités convenables de faire enregistrer les noms sur lesquels ils détiennent des droits" (considérant n°12), donc à empêcher le cyber-squattage, lequel se développe grâce au principe "premier arrivé, premier servi" : en effet, contrairement à l'AFNIC, l'ICANN utilise ce principe à la lettre et ne se préoccupe pas de la disponibilité des noms de domaines qu'elle attribue.

Enfin, à partir du 7 avril 2006, toute personne établie ou résidant dans l'Union européenne pourra prétendre à une extension en ".eu" pour son site ou son adresse courriel.

DES AVANTAGES INDENIABLES

Plusieurs questions peuvent d'ores et déjà se poser sur les applications de cette nouvelle extension des noms de domaine :

Quels seront les rapports entre le DPN ".eu" et les extensions nationales ?

Il n'y aura aucune concurrence entre eux. Le ".eu" ne remplacera pas les suffixes nationaux tels que le ".fr", le ".it" (Italie) ou le ".nl" (Pays-Bas) mais viendra en complément. Les utilisateurs seront couverts par les lois et les juridictions européennes.

En cas de conflit sur l'attribution d'un nom de domaine, quelle sera la loi applicable et la juridiction compétente pour trancher le litige ?

Le règlement de la Commission n°874/2004 du 28 avril 2004, dans son considérant n°5, dispose que "pour assurer une meilleure protection des droits des consommateurs, et sans préjudice des règles communautaires concernant la juridiction compétente et le droit applicable, les litiges entre les bureaux

d'enregistrement et les demandeurs de services d'enregistrement doivent être réglés selon le droit d'un des Etats membres".

En outre, l'article 21 paragraphe 1 de ce même règlement prévoit qu' "un nom de domaine est révoqué, dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire ou judiciaire appropriée, quand un nom de domaine enregistré est identique ou susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel un droit est reconnu ou établi par le droit national et/ou communautaire, tels que les droits mentionnés à l'article 10 paragraphe 1, et que ce nom de domaine :

a) a été enregistré sans que son titulaire ait un droit ou un intérêt légitime à faire valoir ce droit sur ce nom, ou

b) a été enregistré ou utilisé de mauvaise foi".

Quel est l'intérêt pour les entreprises et les particuliers de passer au ".eu" ?

- Pour les entreprises connaissant une activité de dimension européenne et qui bénéficient des avantages du marché intérieur (libre circulation des marchandises), le ".eu" leur permettra d'accroître leur visibilité sur le marché européen et mondial. Jusqu'à aujourd'hui, les entreprises devaient choisir entre créer un site Internet dans un des marchés couverts ou créer un site pour chacun de ces marchés. Avec le nom de domaine ".eu", elles disposeront d'une réelle identité européenne sur Internet et pourront recourir à un ensemble unique de règles, ce qui aura pour conséquence une simplification et une meilleure sécurité juridique, notamment du point de vue des droits de propriété intellectuelle.

- Les particuliers qui, comme les entreprises, auront choisi de passer au ".eu" pourront bénéficier d'une identité européenne spécifique sur Internet. De plus, ils profiteront du droit communautaire en matière de protection des individus et des consommateurs qui se révèle très contraignant à l'égard des professionnels.

Précisons tout de même que la Commission, par le biais des articles 7 et 8 du règlement n°874/2004, a pris soin de bloquer 1400 noms à la demande des Etats membres. La France en a choisi 124, dont les mots "France", "République française" ou encore les noms de région. Ces dispositions permettent ainsi la protection des dénominations officielles et des appellations courantes des Etats membres et de leurs composantes. Heureuse précaution car on n'ose imaginer le scandale que provoquerait une adresse telle que "republiquefrancaise.eu" si celle-ci renvoyait à un site interdit aux moins de 18 ans !

LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE : UN AVENIR INCERTAIN ?

"Les allusions répétées au processus de vérité, au processus de justice, et au processus de paix rappellent une maxime talmudique. Par trois choses le monde est maintenu : par la vérité,



par Julie HAINAUT

Master 2 Recherche
Droit international
public

par la justice et par la paix. Jusqu'où ces objectifs sont-ils incompatibles, conciliables et se renforcent mutuellement ? Le sentiment prédominant se résumait à cette réponse : les trois sont en réalité un

seul : si justice est faite, la vérité reprend ses droits et la paix en résulte ". Dès lors, il suffirait que justice soit faite au Rwanda, en Ex-Yougoslavie, en Sierra Léone...pour que la réconciliation nationale en résulte, et donc la paix. Mais cette justice, qu'elle soit d'ailleurs nationale ou internationale, est-elle réellement efficace?

Jusqu'à la fin des années 80, les violations des droits de l'homme n'étaient pratiquement jamais sanctionnées, et encore plus quand elles étaient commises par un Etat ou par ses dirigeants contre leurs propres ressortissants. La multiplication récente d'institutions judiciaires à ce sujet et l'avènement d'une justice pénale internationale sont autant de signes de l'ascension du pouvoir juridictionnel.

L'histoire de la justice pénale internationale est déroutante, notamment parce que, même si l'on tient la Cour pénale internationale (CPI) pour terminus ad quo, sa victoire est ravie par un brusque revirement de l'Histoire. En effet, à peine née, cette utopie universaliste est anéantie par les attentats du 11 septembre qui sonnent comme un brutal rappel du principe de réalité. Ainsi, d'un côté la Cour pénale ouvre un immense espoir pour les militants des droits de l'homme, qui voient ainsi se concrétiser la première institution d'un Etat universel ; mais d'un autre côté, les événements du 11 septembre renforcent les réalistes dans leur scepticisme sur une justice en état "d'apesanteur politique", qui n'a pas de force à sa disposition et sur laquelle les puissants n'ont aucune emprise. Ainsi, on a pu se demander si les attentats du 11 septembre avaient mis fin à l'époque des droits de l'homme...

La justice pénale internationale est une justice qui a eu du mal à se constituer. Elle est ainsi passée d'une justice de vainqueurs sur les vaincus à une vraie justice internationale. Certains ont pu affirmer que la justice pénale internationale est néfaste en ce sens qu'elle bafoue le concept de souveraineté étatique. Mais en réalité, la justice pénale internationale ne remet pas en cause la souveraineté des Etats ! Ceux-ci restent maîtres et acteurs principaux sur la scène mondiale.

MOTIF DE LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE : L'IMPUNITÉ

Le premier motif toujours avancé pour justifier une justice pénale internationale est le refus de l'impunité, thème omniprésent dès qu'on aborde la question des crimes humanitaires et de guerre. Mais l'impunité est-elle complètement anéantie de nos jours par la justice pénale internationale ? L'impunité fut longtemps la règle en matière de violation des droits de l'homme, mais elle est en train de reculer. L'arrestation du général Pinochet à Londres en 1998 marque un tournant important puisque désormais, il est possible de poursuivre pénalement, en dehors de leur territoire, d'anciens chefs d'Etat qui se sont rendus coupables de graves violations des droits de l'homme.

L'idée d'une justice pénale internationale est ancienne. Ainsi, dès le lendemain de la première guerre mondiale, l'exigence de justice se fit ressentir : les Alliés refusèrent le verdict des armes, s'en remettant à un Tribunal pour consacrer leur victoire. C'est l'article 227 du Traité de Paix de Versailles signé entre les puissances alliées et l'Allemagne le 28 juin 1919 qui permet de penser qu'à brève échéance, il peut y avoir un nouvel ordre pénal international. Mais même si l'article 227 du Traité de Versailles n'a pas été appliqué, puisque les Pays-Bas ont refusé de livrer le Kaiser Guillaume II, et donc même si les Alliés abandonnent alors l'idée d'une Cour internationale pour juger le Kaiser, tout comme ils abandonnent l'idée de juger 21 000 personnes suspectées d'avoir été des criminels de guerre, les rédacteurs du Traité ne peuvent soupçonner l'ampleur du progrès qu'ils viennent de réaliser ! Le cas du refus des Pays-Bas d'extrader Guillaume II, au motif que les faits reprochés à ce dernier constituaient un "délit politique" montre bien que le mobile politique fut longtemps invoqué comme motif d'impunité pénale, et ce surtout au plus haut niveau de responsabilité.

D'UNE JUSTICE DE VAINQUEURS A UNE VRAIE JUSTICE... ?

Des Tribunaux Militaires Internationaux critiqués

La première pierre effective de la justice pénale internationale a été posée par les deux Tribunaux militaires internationaux (TMI) : Nuremberg et pour l'Extrême-Orient. On a beaucoup critiqué le TMI de Nuremberg, notamment concernant l'impartialité douteuse des juges. Mais ce Tribunal a laissé une empreinte telle que ses irrégularités furent prescrites par le temps pour ne laisser dans notre souvenir qu'un acte fondateur. Concernant le TMI de Tokyo, celui-ci n'a pas laissé la même empreinte, peut-être en raison de l'éloignement mais aussi à cause des tensions très fortes qui marquaient le début de la décolonisation. Le résultat des procès de Tokyo peut être considéré comme insatisfaisant dans une large mesure. On a parlé de la justice de Tokyo comme d'une justice de vainqueurs soumise trop étroitement à la tutelle américaine. Mais une justice équitable des vainqueurs est préférable à une parodie de justice...

Le destin de la justice pénale internationale est lié à la guerre froide (1) : celle-ci mit en sommeil tout projet de justice pénale internationale (excepté pour le procès Eichmann et celui de Barbie). Ce n'est pas un hasard s'il a fallu attendre la chute du mur de Berlin, marquant ainsi la fin du monde bipolaire, pour voir revivre l'idée d'une justice pénale internationale, endormie depuis Nuremberg, les conflits ne menaçant plus directement l'ordre mondial. La justice pénale internationale s'est donc réveillée à la fin de la guerre froide, et a prit corps dans l'institution des deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie (1993) et pour le Rwanda (1994).

Le TPI pour l'ex-Yougoslavie

Le TPI pour l'ex-Yougoslavie vit le jour le 25 mai 1993, par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU. Cette résolution est la réaction des instances internationales à ce qui se passe sur le territoire de l'ex-Yougoslavie : massacres, expulsions,

déplacements de population aux fins de purification ethnique, au nom de laquelle les nationalistes serbes tentent, d'abord en Croatie puis en Bosnie-Herzégovine, de faire partir de régions déterminées les habitants non serbes. La crédibilité de ce TPI n'a pas été immédiate et beaucoup étaient convaincus, dès le départ, de son incapacité à agir efficacement. Mais le TPIY va connaître un succès rapide, dont le point d'orgue est l'inculpation de Slobodan Milosevic et de quatre de ses proches en pleine guerre du Kosovo.

Le TPI pour le Rwanda

Le TPI pour le Rwanda a été créé le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de sécurité. Le Rwanda, pays des mille collines au cœur de l'Afrique des Grands Lacs, a connu le génocide le plus rapide de l'histoire en 1994 : un million de rwandais, essentiellement Tutsis, ont été tués en 100 jours. Aux massacres s'est ajoutée la destruction d'une très grande partie de l'infrastructure du pays, notamment économique, mais aussi de l'appareil policier et judiciaire du pays. Le TPIR est donc chargé de juger toute personne présumée responsable d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables des mêmes actes et violations commis sur le territoire d'Etats voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

Un TPIR inefficace

Aujourd'hui, de nombreux objectifs doivent être atteints au Rwanda : condamner les responsables des violences, mettre fin à l'impunité, satisfaire les exigences des victimes, et poser les bases d'une réconciliation nationale entre rwandais. Et c'est le TPIR qui est chargé de satisfaire, au moins en partie, ces objectifs. Son but est d'être le garant de la justice pénale internationale. Cependant, les critiques fusent à son encontre. Les plus acerbes viennent des rwandais eux-mêmes. "N'a-t-on pas dit qu'une justice retardée est une justice refusée ?". Le TPIR aurait du avoir comme vocation de mettre fin radicalement à l'impunité, mais l'expérience s'est enlisée en étant confrontée à maints problèmes pratiques, à commencer par une gestion que certains ont qualifié de déplorable. Basé à Arusha (Tanzanie), où avaient été signés des accords de paix entre le gouvernement Habyarimana et le FPR en août 1993, le TPIR s'est retrouvé à l'écart dans une ville difficile d'accès.

Alors que les choses s'accéléraient du côté de La Haye pour le drame yougoslave, grâce à une forte pression internationale qui a abouti à l'arrestation puis au transfert de Milosevic, le TPI pour le Rwanda piétine. Il a fallu lui chercher des instruments supplémentaires en permanence, et notamment du côté de la tradition ancestrale du "Gacaca" (juridiction conçue sur le principe du jury populaire, justice rapide et bon marché).

Le TPIR, critiqué pour son mode de fonctionnement notamment, manque de crédibilité aux yeux de la population rwandaise qui ne comprend pas que le génocide puisse être jugé par des gens qui n'ont aucune connaissance du pays en dehors des informations fournies par des médias internationaux qui ne saisissent pas toujours la complexité des choses. Certains ont même parlé d'Arusha comme d' "une justice inconnue, rendue par des inconnus et en un lieu inconnu". Les "Gacaca" pourraient donc

(1) La guerre froide désigne une période de fortes tensions entre l'URSS et les Etats-Unis, caractérisée par de nombreux affrontements indirects entre ces deux puissances impérialistes entre 1947 et 1991. Ce fut une confrontation idéologique entre les deux Grands vainqueurs de la Seconde guerre mondiale et prit fin avec la chute du mur de Berlin en 1989, la réunification allemande en 1990, la démocratisation des pays d'Europe de l'Est et la dislocation de l'URSS en 1991.

être une alternative...Mais ces Gacaca ne peuvent en aucun cas se substituer aux juridictions régulières, et encore moins à la justice pénale internationale. Comme l'affirme Mme Carla Del Ponte, ancienne Procureur du TPI, le processus de la justice pénale internationale "est désormais irréversible et constitue inexorablement un pas en avant dans la lutte contre l'impunité dans et pour l'histoire de l'Humanité".

Mais les faiblesses de la justice pénale internationale perdurent, et que l'on soit optimiste ou au contraire pessimiste quant à son évolution, cette sorte de justice est toujours empreinte de maladroites.

UN BILAN CONTROVERSE DE LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE

Dans une vision assez optimiste, on pourrait affirmer que "la justice pénale internationale est une justice en devenir qui soulève autant de questions qu'elle en résout" (Bubacar Hassan Jallow).

Le processus de création d'une justice pénale internationale effective est irréversible. Il constitue une avancée dans l'histoire de l'humanité et dans la lutte contre l'impunité. Les TPI "sont une preuve tangible du succès vers lequel ce processus est dirigé" selon Mme Carla Del Ponte. Tous les responsables de violations de droit humanitaire doivent savoir qu'un jour, ils seront traduits devant la justice pour répondre de leur comportement. La justice doit être la même pour tous. L'existence même des TPI représente incontestablement un pas en avant. En créant cette institution, la communauté internationale laisse entendre qu'elle ne tolérera plus certaines formes de violence exercées contre les populations civiles. Mais reste que ce type de juridiction ne garantira pas, à lui seul, le respect de l'Etat de droit. La fonction du juge international est désormais d'assurer la paix mondiale en révélant une vérité judiciaire sans que celle-ci puisse se confondre avec une vérité dogmatique de l'histoire.

On ne peut donc ignorer que de nos jours, la répression pénale de crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture, les crimes de guerre...a pris un envol extraordinaire.

Cependant, l'essor de la justice pénale internationale n'est pas sans ambiguïté, sans incertitude, et sans contradictions. Des choix politiques sont à la base des TPI : d'où le caractère sélectif de la création de ces TPI et le risque d'une "justice à la carte". De plus, il faut noter que les juges internationaux se battent sans cesse avec les Etats, ou alors acceptent des compromis ne répondant pas aux exigences d'une justice impartiale. En outre, il existe un risque que les TPI se transforment en "tribunes", comme cela peut apparaître, au moins dans certains procès contre de très hauts dirigeants.

Ainsi, dans une vision quelque peu négative, mais néanmoins réaliste, la justice pénale internationale ne suffira pas, à elle seule, à garantir le respect des droits de l'homme. La crainte d'y être déférés pourra peut-être réfréner certains chefs d'Etat, certaines autorités civiles ou militaires, ou certains animateurs des médias, comme notamment les responsables de la Radio Télévision des Mille Collines pour le cas du Rwanda. Mais ça ne suffit pas. Les drames humanitaires récents en Somalie, en Bosnie, au Rwanda, en République démocratique du Congo, en Sierra Leone... nécessitent en priorité un renforcement des organes internationaux et de leurs moyens d'action, pour intervenir plus rapidement, plus efficacement dans ces crises humanitaires. Le juge ne remplacera jamais l'ONU et les organisations régionales de sécurité puisque la sanction du juge ne tombe qu'a posteriori. La justice pénale internationale insécurise tous les pouvoirs du monde en leur signalant qu'ils ne seront jamais complètement quittes.

On constate de nos jours une exigence accrue de responsabilité et de moralité. L'interdépendance croissante entre les Etats, dont les manifestations sont la montée et la primauté du droit international, appelle de nouveaux mécanismes pour faire respecter l'Etat de droit. La justice pénale est l'un deux ; elle ne saurait être le seul.

Mais même si cette justice pénale internationale ne correspondra jamais à l'utopie de l'après-guerre froide qui l'a portée pendant les années 1990, elle a un rôle irremplaçable à jouer et sera d'autant plus crédible et observée qu'elle saura prendre en compte la caractéristique des relations internationales.

LES ESPOIRS ISSUS DE LA CPI

Le futur de la justice pénale internationale sera difficile et même peut-être incertain. C'est à la CPI désormais de relever le défi, en démontrant sa capacité à dépasser les controverses et à gagner la confiance internationale des victimes, des Etats, des ONG, et des institutions internationales. La justice pénale internationale répond autant à une nécessité qu'à une utopie. La naissance d'une Cour pénale internationale permanente suscite à la fois espoirs et inquiétudes. Pour les plus pessimistes, la CPI peut inquiéter en ce sens qu'il n'existe pas d'ordre juridique international défini et accepté par les Etats. Mais pour les plus optimistes, cette CPI peut être le garant d'un ordre public international fondé sur des principes moraux. D'ailleurs, selon Philippe Kirsch, Président de la CPI, "la Cour pénale internationale est l'institution de justice pénale internationale la plus ambitieuse parce que son mandat est exhaustif et non sélectif".

Mais comment croire qu'une justice équitable peut naître d'un monde aussi déséquilibré et aussi injuste qu'est le nôtre ?

La justice pénale internationale n'est pas, selon certains, entrée dans les mœurs, et continue à faire l'objet d'appréciations divergentes. Le précédent de Nuremberg ne facilite d'ailleurs pas les choses en ce sens que Nuremberg était un tribunal militaire qui a fonctionné à l'issue d'une victoire militaire. Il s'agirait d'une justice rendue par une coalition militaire victorieuse, et dont relèveraient les seuls vaincus. D'ailleurs, les critiques adressées par Slobodan Milosevic au TPIY en octobre 2001 et la mise en cause de sa légalité reprennent cet argument. Il faudrait donc, pour l'avenir, que la justice pénale internationale puisse entrer en action sans que l'on passe par l'intervention militaire et le rétablissement de la paix. La mise en accusation de Slobodan Milosevic a constitué un premier pas dans ce sens.

Notons que la perspective d'une juridiction internationale n'est qu'une des voies que peut emprunter la justice internationale, mais non la seule. En effet, il en existe au moins une autre : la compétence universelle, qui confère à un Etat la possibilité de poursuivre toute personne soupçonnée de crimes particulièrement graves. L'exemple le plus célèbre est le cas de Pinochet.

On a beaucoup reproché à la Communauté internationale de ne pas être intervenue plus rapidement dans le génocide rwandais. Certains ont même affirmé que le génocide n'aurait peut-être pas eu lieu si la Communauté internationale était intervenue à temps...La France, l'ONU et les Etats-Unis pouvaient permettre d'éviter le génocide rwandais ou tout au moins, l'arrêter à ses débuts.

GOURION SOUBEYRAND & Partenaires Réseau BGV LAW

Directeur de la publication
Pierre Alain GOURION
Directeur de la rédaction
Nicolas SOUBEYRAND

23, Place Bellecour, 69003 LYON
Tel : +33 (0)4 78 37 31 85 - Fax : + 33 (0)4 72 40 25 36
bgv.lyon@bgvlaw.com - www.bgvlaw.com