



## Editorial

Par Nicolas SOUBEYRAND  
Avocat au Barreau de LYON

### Y a-t-il une Reine pour sauver le Président ?

A bien y observer les fonctions de Président de la République sont en pleine mutation.

Beaucoup de constitutionnalistes s'en émeuvent voire se révoltent devant l'envie non dissimulée de notre Président fraîchement élu de "gouverner" (discours d'Epinal du Président SARKOZY du 12 juillet 2007).

Si le Président gouverne (à la place du premier ministre), qui préside ? La Vème République n'est pas un régime présidentiel. La tête de l'Etat est "bicéphale" et les pouvoirs de chacun sont clairement définis par la Constitution du 4 octobre 1958.

Présider ce n'est pas gouverner, ce n'est ni déterminer, ni conduire la politique de la Nation.

Le Président "nomme", "promulgue", "signe", "accrédite", "communique". Il "veille", "assure", "arbitre", "préside", "gracie".

L'esprit de la "Vème" veut que le Président se place au dessus des méandres politiques et politiciennes.

Serions-nous face à une grave erreur de casting ? On parle ici et là de "super" ou d' "hyper" Président. En réalité, il s'agit d'un Premier Ministre omnipotent et très dévoué.

En cas de crise, le Premier ministre sert de fusible et le Président arbitre et nomme son successeur.

Qui va arbitrer, qui va veiller au respect des institutions (qui font que "la société ne marche pas au hasard") ?

La mise en place d'une commission de "modernisation" des institutions ne pourra légitimer a posteriori une déviance grave des responsabilités.

La responsabilité du Président devant la loi suprême n'est ni jugée ni sanctionnée.

Ebranler la loi fondamentale de la Nation met en péril tout l'édifice de l'Etat de droit.

En Angleterre, la permanence de l'Etat est assurée par la Reine. Saurons-nous trouver notre Reine pour sauver notre Président ?

## Sommaire

### FRANCE :

- La preuve en matière prud'homale et les nouvelles méthodes de communication..... p.1
- La fiducie en droit français..... p.2
- Le droit de suite en matière de propriété intellectuelle : l'oeuvre s'attache aussi à son support..... p.4
- Le financement par émission d'actions de préférence..... p.5

### DROIT INTERNATIONAL :

- Un nouveau traité européen controversé..... p.6
- Le détachement transnational de salariés : le "plombier polonais" artisan ou salarié ?..... p.7
- Vous avez dit défense ?..... p.9

## LA PREUVE EN MATIERE PRUD'HOMALE ET LES NOUVELLES METHODES DE COMMUNICATION



par Bénédicte PANET

Avocat au Barreau de LYON

Dans le contentieux prud'homal, plus que dans tout autre, la preuve est le nerf de la guerre.

L'article 9 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose "*il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de*

*sa prétention*".

Ainsi, l'employeur qui s'oppose à la demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif doit démontrer par des moyens de preuve suffisants la réalité des faits invoqués dans la lettre de licenciement.

Certains employeurs ont été tentés de se forger des preuves relativement certaines, des fautes ou insuffisances des salariés licenciés.

C'est ainsi que des employés ont été filmés, ou enregistrés, à leur insu pendant leur temps de travail.

La Cour de cassation a censuré cette méthode, caractérisant d'illicite ce mode de preuve, et ce quel qu'en soit le motif (Cass. Soc. 20 novembre 1991).

Selon la Haute Cour, "*le procédé*" est "*déloyal*" et rend "*irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue*" (Civ. 2ème, 7 octobre 2005, à propos d'une conversation téléphonique enregistrée).

La conséquence est simple : la preuve illicite est purement et simplement écartée des débats... et un présupposé négatif entoure alors le dossier.

Certains employeurs sont allés encore plus loin et ont cru pouvoir organiser la filature de leurs salariés, par une société de surveillance ou un détective privé, pour contrôler et surveiller leur activité. Les rapports desdits mandataires ont ensuite été versés au débat judiciaire comme mode de preuve.

Là encore, la Cour de cassation a censuré le procédé, au visa des articles 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ("*chacun a droit au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance [...]*"), 9 du Nouveau Code de Procédure Civile (précité) et L.120-2 du Code du travail ("*nul ne peut porter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché*"). En effet, la filature "*implique nécessairement une atteinte à la vie privée [du salarié], insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur*" (Cass. Soc., 26 novembre 2002).

Récemment, avec le développement de l'informatique et d'internet, la question du respect de la correspondance du salarié s'est posée avec plus d'acuité. S'il semblait évident que le salarié avait droit au secret de sa correspondance personnelle adressée sur son lieu de travail, il en allait pour certains différemment concernant les messages électroniques envoyés ou reçus par le salarié via sa boîte professionnelle et pendant ses heures de travail.

Ainsi, un employeur qui avait pris soin d'interdire à ses salariés, comme son pouvoir de direction lui permet, tout usage à titre privé des ordinateurs de la société, a vu écartés des débats des courriels personnels émis et reçus par un salarié, pendant ses heures de travail, depuis son poste informatique.

La Haute Cour de cassation estime en effet dans un arrêt *Nikon* que "le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret de ses correspondances ; l'employeur ne peut dès lors, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur" (Cass. Soc., 2 octobre 2001).

Dès lors, quelle attitude adopter lorsque l'on découvre, sur la messagerie internet d'un salarié des éléments de nature à démontrer l'existence d'une faute, voire de faits constitutifs de concurrence déloyale ?

La preuve sous les yeux, l'employeur serait dans l'impossibilité d'agir au regard de la jurisprudence précitée.

Un employeur (ou son Conseil...) a eu l'idée d'avoir recours aux dispositions de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile qui permet à une partie de solliciter du juge, par exemple du président du tribunal de grande instance, l'organisation des mesures d'instruction légalement admissibles s'il existe un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

En l'occurrence, la mesure d'instruction consistait à donner mission à un huissier de justice d'accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par l'intéressé. La mesure était circonscrite à deux personnes identifiées, avec lesquelles lui étaient prêtées des relations constitutives de concurrence déloyale.

La Cour de cassation a été sollicitée pour avis sur cette question.

La Chambre sociale énonce dans un communiqué du 23 mai 2007 que "le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile dès lors que le juge constate, ce qui était le cas en l'espèce, que la mesure qu'il ordonne procède d'un motif légitime et qu'elle est nécessaire à la protection des droits de la partie qui la sollicite, l'huissier ayant de plus, en l'espèce, procédé en présence du salarié".

Ainsi, si l'employeur ne peut personnellement et unilatéralement

prendre une mesure d'investigation à l'encontre d'un salarié sous peine d'atteinte au droit fondamental de ce dernier du respect de sa vie privée, il dispose de moyens procéduraux légitimes lui permettant de se constituer une preuve, avec l'intervention et sous le contrôle du juge. Il lui appartient seulement de démontrer et la légitimité, et la nécessité de la mesure qu'il sollicite.

Les garanties attachées à la procédure juridictionnelle (respect du contradictoire, recours possibles) permettent en effet de concilier liberté fondamentale et administration de la preuve.

On le voit bien, la censure ne concerne que les procédés déloyaux, par principe exclus par l'intervention du juge judiciaire, garant des libertés individuelles.

Par procédé déloyal, il faut entendre mis en œuvre à l'insu de l'autre partie.

Le salarié dûment averti par son employeur de la mise en place dans l'entreprise d'écoutes téléphoniques, et celui, parfaitement informé de l'existence d'une vidéo surveillance, ne peuvent opposer à ces modes de preuve le droit au respect de leur vie privée, dès lors qu'il ne s'agit pas de procédés de surveillance "clandestins" (Cass. Soc., 14 mars 2000, et 31 janvier 2001).

Dans le même sens, la Cour de cassation a dans un second avis du 23 mai 2007, autorisé l'administration de la preuve par Short Message Service (SMS ou Textos).

La Chambre sociale rappelle que leur auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur. Or, cette connaissance est incompatible avec tout raisonnement relatif à une utilisation à l'insu de l'auteur, fondement de la déloyauté affectant notamment les enregistrements de conversations.

Dès lors, le salarié victime de harcèlement peut faire constater par huissier le contenu de messages reçus sur son téléphone portable, et utiliser la preuve ainsi constituée à l'appui d'une demande de dommages-intérêts formée contre son employeur.

Les nouveaux modes de communication apportent donc de nouveaux modes de preuve pouvant alimenter le contentieux prud'homal. Les Conseillers auront donc à se pencher si non sur des rapports de détectives privés, sur des constats d'huissiers relatant le contenu de messages électroniques ou de la mémoire des téléphones mobiles.

## LA FIDUCIE EN DROIT FRANCAIS



par Carole PERRIN,

Master professionnel  
droit des affaires et  
fiscalité (GEFIRE)

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 a institué la fiducie dans le droit français. Pourtant cette institution originaire du droit romain avait déjà été reconnue par notre droit à l'époque médiévale.

Elle avait été utilisée notamment lors des croisades pour faciliter

Les rédacteurs du Code napoléonien ont supprimé cet instrument, reflet de la féodalité. Dans les pays anglo-saxons, cette institution avait été maintenue, c'est le très connu et souvent décrié *trust*. Depuis longtemps déjà la doctrine s'interrogeait sur l'opportunité de mettre en place ce mécanisme en France. On le repoussait cependant pour des raisons fiscales et juridiques, notamment le risque de fraude, d'évasion fiscale et de blanchiment. Ces inconvénients devaient être balancés avec l'attractivité du mécanisme fiduciaire et donc de l'expatriation certaine de quelques patrimoines pour pouvoir en bénéficier. La France était l'un des derniers pays européens à ne pas reconnaître ce mécanisme. C'est aujourd'hui chose faite. Les dispositions sont insérées aux articles 2011 et suivants du Code civil.

Le mécanisme de la fiducie est novateur pour le droit français. On le comprend pourtant facilement. C'est un contrat par lequel le constituant transfère la propriété de biens, droits ou sûretés à un tiers, dénommé fiduciaire. Ce fiduciaire gère ce bien et à une échéance précisée doit, soit le restituer au constituant, soit en transférer la propriété à un tiers bénéficiaire préalablement désigné. Le bénéficiaire n'est pas partie au contrat sauf lorsque constituant ou fiduciaire ont également cette qualité, comme la loi en reconnaît la possibilité. On peut également nommer un tiers protecteur qui surveillera la gestion des biens par le fiduciaire. Le fiduciaire est responsable sur son patrimoine des fautes de gestion qu'il commettrait dans le cadre du contrat de fiducie. Il est également possible de demander sa révocation en justice.

Le législateur français a décidé, du moins dans un premier temps, de limiter les personnes pouvant être constituant ou fiduciaire. Aujourd'hui seuls peuvent constituer des fiducies les personnes morales soumises de plein-droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. De même le fiduciaire ne peut être qu'une des personnes listées à l'article 2015 du Code civil, à savoir principalement, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement ou d'assurance. Cette dernière limitation a pour but de sécuriser la fiducie et de présenter certaines garanties au constituant. Toute personne peut toutefois avoir la qualité de bénéficiaire.

Face à ce schéma de fonctionnement, on peut presque parler de révolution. En effet le droit civil français a toujours défendu le principe de l'unicité et d'indivisibilité du patrimoine. Toute personne ne peut avoir qu'un patrimoine. Ici, le fiduciaire se trouve à la tête de deux patrimoines distincts : son patrimoine personnel et le patrimoine d'affectation fiduciaire. Ainsi, il n'y a pas de risque de confusion des deux patrimoines, ni de revendications sur le patrimoine fiduciaire des créanciers du fiduciaire. La comptabilité du patrimoine fiduciaire doit également être effectuée de manière autonome par le fiduciaire. Le souci de transparence est ici bien présent.

Le contrat de fiducie doit être express. Il doit également être écrit. Différentes mentions sont obligatoires à peine de nullité : les biens, droits ou sûretés transférées, la durée du transfert ne pouvant excéder 33 ans à la signature du contrat, l'identité du ou des constituants, fiduciaires, bénéficiaires ou à défaut pour ces derniers la façon de les désigner, ainsi que l'étendue de la mission

du fiduciaire et les pouvoirs d'administration et de disposition qui lui sont reconnus (article 2019 du Code civil).

Le contrat doit être enregistré dans un délai d'un mois auprès de l'administration fiscale. Si le bénéficiaire est déterminé ultérieurement, il faudra rédiger un acte précisant son identité et le faire enregistrer dans les mêmes conditions. Un décret du 7 mai 2007 est venu préciser les conditions de cette formalité devant être effectuée à peine de nullité. Le législateur a également prévu la constitution d'un registre national des fiducies afin notamment de permettre aux différentes administrations une certaine visibilité des fiducies instituées en France.

Le contrat de fiducie peut être modifié ou révoqué à tout moment par le constituant dès lors que le bénéficiaire ne l'a pas encore accepté. Après l'acceptation, toute modification ou révocation du contrat est soumise à l'accord du bénéficiaire.

Le contrat prend fin de plein droit à la date qu'il prévoit. Le terme peut également être anticipé si celui-ci dépendait de la survenance d'un événement particulier. C'est également le cas si le constituant révoque son option pour l'impôt sur les sociétés. Lorsque le contrat prend fin, le bénéficiaire devient le propriétaire des biens et droits objet du contrat. Ces derniers peuvent également revenir au constituant si le contrat en stipulait ainsi ou en absence de bénéficiaire nommé ou déterminable. Il faut noter que le contrat de fiducie ne doit jamais refléter une intention libérale à l'égard du bénéficiaire. Il serait alors nul.

En dehors de cette interdiction législative de la fiducie libéralité résultant d'une forte opposition du gouvernement, les principales applications de la fiducie telle qu'instaurée depuis février dernier sont la fiducie gestion et la fiducie sûreté. Dans le premier cas, moyennant rémunération, le fiduciaire gère le patrimoine que lui transmet le constituant. Les auteurs envisagent ici la fiducie notamment pour des opérations financières complexes ou une structure dédiée doit gérer des actifs mais également des dettes qu'on lui transmet. Dans le second cas, le débiteur transfère à son créancier en garantie du remboursement de sa dette la propriété de biens ou droits.

Ce mécanisme dont nous venons d'expliquer les principaux points, est encore neuf à l'heure actuelle. Il est donc difficile, par manque de recul, de savoir s'il sera plébiscité par les acteurs économiques auxquels il s'adresse. L'engouement qu'il suscitera sera certainement moindre à celui qu'aurait provoqué la reconnaissance de la qualité de fiduciaire à toute personne et également la possibilité d'utiliser la fiducie dans le cadre de la transmission de patrimoine. Le choix a été fait d'une utilisation limitée de ce mécanisme dans un premier temps. En cas de succès ou du moins d'appréciation positive du gouvernement on peut penser à de futures évolutions de ce mécanisme. La France disposerait alors d'un véritable concurrent au *trust* anglo-saxon qui permet aujourd'hui la plus grande liberté dans la mise en œuvre d'un tel contrat.

# LE DROIT DE SUITE EN MATIERE DE PROPRIETE INTELLECTUELLE : L'ŒUVRE S'ATTACHE AUSSI A SON SUPPORT



par Harold MERHNI

Master Propriété  
intellectuelle

En matière de propriété littéraire et artistique l'œuvre est indépendante du support. En ce sens, il convient lors de chaque contrat de cession de prévoir le sort du support matériel et celui de l'œuvre. Ainsi,

lorsque l'on achète un logiciel, on achète le support (généralement un CD) et une licence d'utilisation. L'acheteur du logiciel peut ensuite revendre le support et la licence, sans pour autant modifier celle-ci. C'est le principe de l'épuisement du droit : le droit de propriété intellectuelle se limitant à la première mise sur le marché.

Cependant, il existe une exception à ce principe en matière d'art graphique ou plastique : le *droit de suite*.

Ce droit a pour objet d'accorder à l'auteur (ou à ses héritiers), n'étant plus le propriétaire du support matériel de l'œuvre, un intérêt sur les reventes de ce support. Leur droit d'auteur ne s'épuise donc pas entièrement dès la première commercialisation. L'essence même de ce droit est de garantir à l'auteur d'une œuvre à haute finalité artistique, un pourcentage du succès de l'œuvre. L'esprit de ce droit est voisin de la redevance dont bénéficient les artistes interprètes.

Le droit de suite a été instauré par la loi du 11 mars 1957. La loi du 1er août 2006, transposant la directive du 27 septembre 2001, est venue refonder l'article L 122-8 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI).

Un décret du 9 mai 2007 vient d'achever le toilettage. Il convient dès lors d'observer le contenu de ce nouveau décret, après avoir rappelé les grandes lignes du droit de suite.

## I. Le droit de suite au sens l'article L 122-8 CPI :

Le droit de suite s'applique selon la nature de l'œuvre. Sont concernées les "œuvres originales graphiques et plastiques".

L'œuvre doit être graphique ou plastique, il peut s'agir d'un tableau, d'une sculpture... De plus, l'œuvre doit être "originale".

En théorie, l'originalité est considérée comme étant le reflet de la personnalité de l'auteur. En réalité, l'alinéa 2 de l'article L 122-8 inclut dans le droit d'auteur : "les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité."

L'originalité propre au droit de suite est une condition se superposant à l'originalité de l'œuvre elle-même : l'artiste doit avoir exercé un pouvoir de contrôle dans l'exécution du ou des exemplaires, et ces exemplaires doivent être limités.

Ainsi, bien que le texte ne le dise pas expressément, l'article L.122-8 prend en compte la destination de l'œuvre car, à la lecture de l'alinéa 2, sont exclues les œuvres à vocation industrielle, ou reproduites en grande quantité.

Le droit de suite est défini comme "un droit inaliénable de participation au produit de toute vente d'une œuvre après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit, lorsque intervient en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire un professionnel du marché de l'art".

En tant que droit patrimonial, le droit de suite présente deux caractères particuliers :

- c'est un droit patrimonial qui ne peut être cédé, caractère qui d'ordinaire est réservé aux droits moraux.
- Le droit d'auteur, qui est normalement attaché à la personne, se compose également du droit de suite, qui s'attache au contraire au support matériel.

La mise en œuvre de ce droit de suite a été précisée par le Décret du 9 mai 2007.

## II. Modalités de mise en œuvre :

Ce décret modifie les articles R 122-1 à R 122-11 CPI. Alors que le législateur, était allé contre son habitude de fournir des exemples, le Conseil d'Etat a entendu palier à ce manquement...

Concernant les œuvres originales reproduites en nombre limité, le Conseil d'Etat a inséré des seuils limitant le bénéfice du droit de suite. Ainsi, le sculpteur devra limiter ses reproductions de sculptures à 12 exemplaires, les œuvres d'art textiles sont limitées à 8 exemplaires, les photographies à 30.

Le droit d'auteur ne regarde pas en principe la destination de l'œuvre. Pourtant, pour déterminer le caractère industriel ou original (au sens droit de suite), le législateur aurait pu s'attacher à observer la finalité artistique de la reproduction. Il a préféré des seuils froids, dépourvu de toute sensibilité, mais ces seuils ont l'avantage de clarifier les critères et d'éviter les méandres des potentielles discussions.

### Conditions d'application :

Si l'œuvre est originale au sens de l'article L 122-8, le droit de suite est exigible :

- "dès lors que le vendeur, l'acheteur ou un intermédiaire interviennent dans cette cession dans le cadre de leur activité professionnelle" ;
- que la vente est "effectuée sur le territoire français", ou
- qu'elle y soit "assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée".

Le critère d' "activité professionnelle" sera vraisemblablement source de discussion : s'agit-il d'un professionnel du marché de l'art ou toute personne agissant en tant que professionnel ?

### Modalités de calcul

Un pourcentage du prix de la vente est reversé à l'auteur. Un barème dégressif est établi par l'article R 122-5 :

"4 % pour la première tranche de 50 000 euros du prix de vente

tel que défini à l'article R. 122-4 ;

- 3 % pour la tranche du prix de vente comprise entre 50 000,01 et 200 000 euros ;

- 1 % pour la tranche du prix de vente comprise entre 200 000,01 et 350 000 euros ;

- 0,5 % pour la tranche du prix de vente comprise entre 350 000,01 et 500 000 euros ;

- 0,25 % pour la tranche du prix de vente dépassant 500 000 euros.

Le montant total du droit exigible lors de la vente d'une œuvre ne peut excéder 12 500 euros."

Le Décret ne concerne que les ventes conclues à compter du 1er juin 2007 (auparavant 3% sur toutes ventes).

La durée de protection du droit de suite est celle de tout droit patrimonial : "L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire" (L. 123-1 CPI). Le droit de suite survit à l'auteur et est transmis aux héritiers. Il s'éteindra au terme de la 71<sup>ème</sup> année suivant le décès de l'auteur.

## LE FINANCEMENT PAR EMISSION D'ACTIONS DE PREFERENCE

par Jean-Marie BILLY,  
Frédéric BONY,  
Julien CHABANAT,  
Carole PERRIN

Master professionnel droit des affaires et  
fiscalité (GEFIRE)

L. 228-11 du Code de commerce : "Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits

particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L.225-10 et L. 225-122 à L. 225-125.

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du marché réglementé, plus du quart du capital social.

Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée."

### L'apparition des actions de préférence

Une action représente une fraction du capital de la société qui l'a émise. Elle confère à son propriétaire certains droits tant de vote aux assemblées que pécuniaires. Les actions dites ordinaires offrent des droits proportionnels à la fraction de capital détenue.

L'ancien régime des valeurs mobilières de placement offraient différentes possibilités de modulation dans les titres émis et les droits y afférents. Les sociétés par actions pouvaient émettre notamment des actions privilégiées ou de priorité, des actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des certificats d'investissement. La multiplicité de ces titres rendait la lisibilité du système assez difficile.

Dans un souci de simplification, pour offrir plus de lisibilité et d'efficacité dans ce dispositif de titres particuliers, les sociétés par actions peuvent émettre depuis le 13 février 2005 et l'entrée en vigueur de l'Ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004, des actions de préférence assorties de droits particuliers au regard des droits reconnus aux actions ordinaires. Ces droits de nature pécuniaire ou politique sont définis dans les statuts. On peut organiser les droits de vote, comme les limiter à certaines décisions. Il est possible d'octroyer des dividendes prioritaires, progressifs ou dégressifs voire de renforcer les droits dans le boni de liquidation. Certains droits non pécuniaires comme une information financière renforcée ou l'attribution de sièges dans les organes de gestion, peuvent également être conférés par les actions de préférences.

Les anciens titres sont maintenus mais vont petit à petit disparaître lors de leur cession avec conversion de ces titres en action ou exercice d'un droit préférentiel de souscription.

### Intérêt des actions de préférence pour favoriser l'investissement

Une entreprise se finance soit en interne grâce à ses capitaux propres, soit en externe par le biais de l'endettement. Le capital social correspond donc à un outil de financement de l'entreprise. C'est une ressource pour l'entreprise. Ces capitaux servent généralement à financer les immobilisations, les investissements "permanents" de l'entreprise.

Un besoin permanent doit être financé par des moyens permanents. A défaut, des problèmes apparaîtront liés à un important besoin de trésorerie, dès lors que le financement s'effectue par des dettes exigibles à court terme et relativement instables.

L'émission d'actions de préférence est pour l'entreprise un bon moyen d'attirer des investisseurs. En leur accordant des droits particuliers dans l'entreprise, que ce soit des droits à caractère financier ou liés au droit de vote, l'entreprise reconnaît la spécificité de ces investisseurs.

Des variations en fonction du profil de l'investisseur et sa volonté de s'impliquer ou non dans le fonctionnement de la société sont possibles. On peut ainsi dissocier le capital et le pouvoir, ou le capital et la rémunération de ce capital. Par exemple émettre des actions de préférence avec des droits prioritaires sur les dividendes permet de favoriser l'investissement des fonds communs de placement qui ne recherchent qu'une rentabilité financière et ne souhaite pas s'investir dans le fonctionnement quotidien de l'entreprise.

### Modalités pratiques pour l'émission

L'article instituant les actions de préférence se retrouve au sein du chapitre VIII "Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions". Dès lors, toutes les sociétés par actions peuvent émettre, lors de leur constitution ou au cours de leur existence, des actions de préférence. Il s'agit donc des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées et des sociétés en commandite par actions.

L'article L. 228-12 du Code de commerce énonce clairement que "l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est seule

compétente pour décider l'émission [...] des actions de préférence [...]". Une délégation est cependant possible dans le respect des règles applicables aux augmentations de capital.

Les droits particuliers des actions de préférence doivent être définis dans les statuts. Il est donc difficilement concevable que l'assemblée générale extraordinaire puisse déléguer sa compétence pour émettre des actions de préférence sans qu'une clause statutaire ait défini préalablement les caractéristiques - notamment la nature des droits attribués - et le régime même de ces actions.

Le plus souvent, l'assemblée générale extraordinaire confèrera une délégation de pouvoirs à l'organe d'administration ou de direction pour réaliser l'opération, après avoir elle-même fixé les caractéristiques des titres à émettre, et modifier les statuts sous la condition de la réalisation définitive de l'opération.

La création des actions de préférence peut intervenir lors de la constitution de la société ou au cours de son existence par voie d'augmentation de capital, quelle que soit la nature des apports, ou encore par voie d'échange en cas de fusion ou scission.

Certaines conditions de fonds doivent se retrouver lors de l'émission d'actions de préférence :

- Si la société a précédemment créé des valeurs mobilières donnant accès au capital, la création des actions de préférence doit être autorisée par le contrat d'émission ou par l'assemblée générale des porteurs. Des mesures propres à maintenir les droits doivent être prises.

- Une nouvelle émission d'actions de préférence est possible. Comme en cas de modification du capital, l'assemblée générale extraordinaire doit déterminer les incidences de ces opérations sur les droits de porteurs d'actions de préférence. Ces incidences peuvent également être constatées dans les statuts.

- Si les droits des nouvelles actions de préférence émises par conversion ou suite à une augmentation de capital sont susceptibles de modifier les droits des actions de préférence existantes, l'autorisation de l'assemblée générale spéciale des porteurs d'actions de préférence déjà créées est nécessaire.

- En présence de stock-options ou d'attribution gratuite d'actions, il est impératif d'ajuster les bases d'attribution en fonction des conditions dans lesquelles les actions de préférence sont créées et des droits particuliers attribués.

- Lorsque l'émission d'actions de préférence est consécutive à une augmentation de capital numéraire, le capital existant doit être entièrement libéré.

Les actions de préférence peuvent également être libérées partiellement lors de leur souscription : pour moitié lors de la constitution et pour le quart en cas d'augmentation du capital.

Certaines conditions de forme doivent aussi se retrouver lors de l'émission :

- Le conseil d'administration ou le directoire établit un rapport et le commissaire au compte rédige un rapport spécial sur la

base desquels l'assemblée générale statue. Le contenu de ces rapports est fixé par voie réglementaire.

- La procédure relative aux avantages particuliers doit s'appliquer dès lors que les actions de préférence sont émises au profit d'un ou plusieurs "actionnaires nommément désignés". Il s'agit des actionnaires déjà existant et des actionnaires qui le deviennent au moment de la souscription, à condition toutefois que ces actionnaires soient nommément désignés.

- Un commissaire aux apports doit établir un rapport décrivant et appréciant chacun des avantages particuliers ou des droits particuliers attachés aux actions de préférence. Il indique éventuellement le mode d'évaluation retenu et pourquoi. Ce rapport est tenu à la disposition des actionnaires au siège social huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire. Ce délai peut être réduit si tous les actionnaires y consentent, par écrit, préalablement à la désignation du commissaire aux apports.

- Si le bénéficiaire des actions de préférence à créer, nommément désigné, est déjà actionnaire de la société, il est privé du droit de vote pour lui-même et comme mandataire, et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

- Les caractéristiques des actions de préférence doivent être mentionnées dans les statuts. Ces derniers doivent contenir l'identité des bénéficiaires d'avantages particuliers et la nature de ceux-ci.

- Selon la nature des droits attribués, la publicité des statuts ne pose pas de difficultés particulières pour les bénéficiaires et l'émetteur, les droits des porteurs se trouvant renforcés. En effet, à la différence des prérogatives stipulées dans un pacte d'actionnaires demeurant sous seing privé, les droits particuliers des actions de préférence sont institutionnalisés par leur insertion dans les statuts et ne peuvent pas être altérés sans une modification statutaire ni une décision d'assemblée spéciale.

## UN NOUVEAU TRAITE EUROPEEN CONTROVERSE



par Julie HAINAUT,  
Master 2 Recherche  
Droit international public

Après de nombreuses négociations, il y a eu (enfin) accord sur un "mini-traité", "une constitution moins" comme l'appellent certains ; en bref, un traité européen hybride. Les

dirigeants européens se sont entendus à Bruxelles sur le traité qui remplacera la morte-née Constitution européenne, après avoir dû surmonter les blocages polonais et britannique. Le Conseil européen a donc décidé, le 23 juin 2007, que la conférence intergouvernementale (CIG), qui se réunira dès le 23 juillet, aura pour objectif de créer un traité "modificatif".

C'est un texte décevant, du moins d'un point de vue de clarté juridique qui a été conclu. Certes, le traité est simplifié, mais il devient beaucoup plus compliqué que le traité constitutionnel originel, que les français et les néerlandais avaient rejeté par référendum.

En réalité, le but était de garder le contenu de traité constitutionnel avorté, mais d'en changer l'emballage. Pour certains, le contenu est dépouillé de sa valeur initiale, alors que pour d'autres, dont les dirigeants européens, le nouveau traité simplifié est un succès, qui permet de sortir de deux années de blocage, en maintenant ainsi l'ambition européenne. Pour Jean-Pierre JOUYET, ministre français des Affaires européennes, ce nouveau traité permettra de développer de nouvelles politiques, notamment sur l'énergie, l'immigration, et la criminalité, et de retrouver de l'influence sur la scène internationale, tout en ayant une politique étrangère plus active.

### Les désaccords pendant le débat :

Ce sont principalement la Grande-Bretagne et la Pologne qui ont émis des points de divergence pendant les débats sur le traité simplifié.

#### La Grande-Bretagne :

- Celle-ci était réservée au sujet du caractère juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les britanniques ne voulant pas d'un tel texte contraignant dans leur droit national. Ainsi, cette Charte des droits fondamentaux ne fait plus partie des traités, mais y est mentionnée. Sa valeur juridique et donc contraignante y est reconnue, sauf pour la Grande-Bretagne.

- La Grande-Bretagne s'opposait également à la nomination d'un ministre des Affaires étrangères de l'UE en tant que chef de la diplomatie de l'UE. Mais désormais, le traité adopté prévoit que le poste de "haut représentant de l'UE pour les affaires étrangères et la politique de sécurité" fusionne les fonctions du haut représentant pour la PESC (politique étrangère et de sécurité commune) et du commissaire européen aux relations extérieures de l'UE. Pour la première fois, la politique extérieure européenne a un seul et même visage.

#### La Pologne :

Le problème principal fut le futur système de vote pour les décisions à la majorité qualifiée au Conseil des ministres de l'Union Européenne. Le principe proposé était la double majorité, selon lequel les décisions nécessitaient une majorité de 55% des Etats membres représentant 65% de toute la population de l'UE. Ce système donnerait plus de poids à l'Allemagne, qui compte près de 80 millions d'habitants et de 29 voix au Conseil ; mais engendrerait une perte de voix au Conseil pour la Pologne, qui ne compte que 4 millions d'habitants, et ne dispose que de 27 voix au Conseil. Après de longs débats, et après les multiples objections de la Pologne, ce système de double majorité n'entrera en vigueur qu'en 2014.

La Pologne a récemment fait savoir qu'elle comptait rouvrir le débat sur l'accord conclu concernant le nouveau traité européen. On peut donc s'attendre à de nouvelles querelles entre la Pologne et ses partenaires de l'UE.

- La présidence du Conseil européen disparaît, pour laisser place à une plus grande continuité. Le président européen permanent dirigera le Conseil pendant deux ans et demi.- Le nombre de commissaires sera réduit : en 2014, ils ne seront plus que 15 au lieu des 27 actuels.

- Des Etats comme la Grande-Bretagne peuvent se tenir à l'écart des décisions de l'UE portant sur un renforcement de la coopération judiciaire et policière, ou sur la politique commune dans le domaine de la politique sociale. Si aucun accord n'est convenu dans les quatre mois, les pays qui le veulent peuvent aller de l'avant.

- Les symboles (drapeau, hymne...) et les caractéristiques d'un Etat sont supprimés du traité. Le terme de "constitution" disparaît du traité.

- La partie III de la mort-née Constitution européenne, qui résuait tous les traités économiques antérieurs, disparaît. Il n'y a donc, dans le nouveau traité, que des dispositions touchant aux avancées institutionnelles.

Avec un haut représentant pour la politique étrangère, on peut espérer que l'UE ne sera plus perdue dans la confusion diplomatique comme elle l'a été sur la question irakienne.

Certains, dont les partisans du non au référendum sur la défunte constitution, restent cependant déçu de ce traité sans "constitution sociale", et parlent ainsi d'une "constitution moins". Mais ceux-ci restent satisfaits de la disparition de la "concurrence libre et non faussée" des objectifs de l'UE.

Mais malgré un bilan mitigé, ce fut un soulagement lorsque l'accord a été conclu, les dirigeants européens ayant surtout envie d'en finir avec quinze années d'analyse, d'égoïsme, et de discussions interminables sur les mêmes sujets.

Pour l'instant, il ne s'agit que d'une "feuille de route", puisqu'il reviendra à la CIG de rédiger le traité modificatif avant la fin 2007, pour permettre que celui-ci entre en vigueur dès le début de l'année 2009. Il ne reste qu'à espérer que la CIG réussira là où elle avait échoué quelques années auparavant : la clarté et la compréhensibilité du texte. Il ne reste aussi qu'à espérer que l'apparente victoire du réalisme ne laissera pas la place à celle de l'imposture.

## LE DETACHEMENT TRANSNATIONAL DE TRAVAILLEURS LE "PLOMBIER POLONAIS" : ARTISAN OU SALARIE ?



par Nicolas  
SOUBEYRAND

Avocat au Barreau de  
LYON

Les media ont de manière immodérée fait un usage retentissant de la figure du plombier polonais au moment de l'entrée dans l'Union européenne de la Pologne ainsi que des autres pays de l'Est le 1er

mai 2004.

Le public l'a retrouvé à chaque fois que l'Union européenne avançait un peu plus dans la libéralisation de son marché économique : avec la Directive Services dite "BOLKENSTEIN", avec le projet de Constitution pour l'Union européenne.

Chacun le sait, l'Union européenne a une vocation économique depuis l'origine. Elle s'est engagée depuis le Traité de Rome (25 mars 1957) dans une démarche de construction d'un marché unique dépourvu de toutes frontières, de toutes entraves aux libertés économiques fondamentales : libre circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes.

La *libre circulation des travailleurs* constitue un aspect de cette déréglementation du marché : il faut permettre à tous travailleurs (en réalité à son employeur) d'être en mesure d'effectuer sa prestation de travail sur le territoire des autres Etats membres de la même manière qu'il le réalise sur son propre territoire.

Depuis le 1er janvier 2007, est entrée en vigueur la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, qui insère dans le Titre IV - Livre III du Code du Travail un Chapitre 2 intitulé "le détachement transnational de travailleurs".

Cette loi n°2005-882 transpose une directive communautaire n°96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de services.

Ainsi le plombier polonais va-t-il venir effectuer sa prestation de service sur le territoire français en toute légalité.

Ce plombier peut être artisan et bénéficier des dispositions du Traité de Rome relatives soit à la *libre prestation de services* - cas où le plombier est installé en Pologne et vient réaliser un chantier en France - soit au *libre établissement* - cas du plombier qui vient s'établir de manière permanente en France en nom personnel ou en société.

La nouveauté se situe au niveau de la libre circulation des travailleurs avec la concurrence qu'elle peut générer en terme de coût sociaux.

L'Union européenne, par cette directive de 1996, a entendu favoriser le déplacement de salariés sur l'ensemble du territoire des Etats-membres tout en leur garantissant une protection maximale.

Il ne s'agit en aucun cas de soumettre des salariés français à des salaires moins élevés ou de faire travailler en France des salariés polonais avec un salaire plus bas que celui des français.

L'entreprise y trouvera un intérêt économique au niveau des taux de cotisations auprès des différents organismes sociaux.

En effet, le texte prévoit un "noyau dur de règles impératives de protection minimales" imposées à l'entreprise détachant un salarié par l'Etat d'accueil.

La loi du 2 août 2005 vise trois hypothèses (article L. 342-1 Code du travail) :

- *"Un employeur établi hors de France peut détacher temporairement des salariés sur le territoire national, à condition*

*qu'il existe un contrat de travail entre cet employeur et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement.*

*Le détachement s'effectue :*

*1° Soit pour le compte de l'employeur et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre celui-ci et un destinataire établi ou exerçant en France ;*

*2° Soit entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe*

*- Une entreprise exerçant une activité de travail temporaire établie hors du territoire français peut détacher temporairement des salariés auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant sur le territoire national, à condition qu'il existe un contrat de travail entre l'entreprise étrangère et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement.*

*- Un employeur établi hors de France peut également détacher temporairement des salariés sur le territoire national pour réaliser une opération pour son propre compte, sans qu'il existe un contrat entre celui-ci et un destinataire."*

Un certain nombre de conditions découle de ce texte mais également des différentes strates de droit applicable à ce type de relation de travail :

- Article L. 342-1 et suivants du Code du travail et son décret d'application ;

- Directive n°71/96 de l'Union européenne,  
- Jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes,

- Convention de Rome de 1980 relative à la loi applicable notamment au contrat de travail.

Une approche succincte de cet ensemble de normes permet de dégager les conditions suivantes :

- un contrat de travail doit exister entre le salarié et son employeur. Au sens du droit français, cela implique un véritable lien de subordination. Dès lors, le salarié détaché sur un chantier en France ne doit pas dépendre hiérarchiquement du destinataire de la prestation.

- Le détachement doit rester temporaire. Toutefois, aucune durée maximale n'est imposée par les textes. La jurisprudence de la Cour de cassation a eu l'occasion (avant même l'entrée en vigueur de ce texte) de considérer que des durées de 15 ou 7 ans ne pouvait être qualifiée de temporaire.

- L'employeur doit être régulièrement inscrit dans son pays d'origine (société immatriculée ou exercice en nom personnel déclaré),

- Le salarié doit travailler de manière habituelle chez son employeur. Il n'est pas interdit que le salarié soit détaché immédiatement. En revanche, il ne doit pas être licencié à la fin de sa mission.

- Le salarié détaché doit bénéficier d'un "noyau dur" de protection issue de la législation du pays d'accueil. La directive de 1996, comme la loi du 2 août 2005 prévoit une liste des domaines de protection (article L.342-3) :

- "libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, exercice du droit de grève ;
- durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés annuels payés, congés pour événements familiaux, congés de maternité, congés de paternité, conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ; - salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ;
- conditions de mise à disposition et garanties dues aux travailleurs par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ;
- règles relatives à la sécurité, la santé, l'hygiène au travail et la surveillance médicale ;
- discrimination et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, protection de la maternité, âge d'admission au travail, emploi des enfants, durée du travail et travail de nuit des jeunes travailleurs ;
- travail illégal."

Sur cette question, une grande prudence s'impose dans la mesure où les règles protectrices des salariés sont considérées comme étant impératives et à ce titre peuvent faire partie des "lois de police", au sens de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, applicable dès lors que la prestation de travail a lieu sur le territoire français. La Directive, qui prévaut sur la Convention de Rome, a entendu circonscrire les lois de police à la liste qu'elle contient en son article 3. Pour tout ce qui sera hors champ de cet article, le mécanisme de la loi de police peut fonctionner dans la limite des dispositions du Traité de Rome et en particulier sur la réglementation de la libre prestation de services.

Enfin, le texte prévoit un mécanisme de coopération et de surveillance entre chacun des Etats membres de manière à pouvoir lutter efficacement contre les pratiques frauduleuses. On peut imaginer qu'une entreprise française de construction sera tenter par la création d'une filiale en Pologne *dans le seul but de détacher de manière habituelle des salariés en France* selon un coût social réduit.

Les autorités françaises, notamment l'inspection du travail, auront toutes les difficultés à établir une infraction flagrante aux règles sur le travail dissimulé. En revanche, mais sous la condition d'une coopération renforcée et efficace, elles pourront poursuivre ce type de société sous l'angle de la fraude à la loi sur le détachement.

Il n'en demeure pas moins que le "plombier polonais" restera pendant quelques années une figure effrayante aux yeux des travailleurs français, non pas parce qu'il est moins cher mais surtout parce qu'il percevra un salaire supérieur au travailleur français pour un coût moindre pour son employeur.

Il s'agit au finale d'une mise en concurrence délibérée de la part de la Commission des taux de cotisations au sein de l'Union, visant comme toujours une harmonisation des réglementations.

## VOUS AVEZ DIT DEFENSE ?

Extrait de l'essai de PA Gourion intitulé " De la Justice aux Nues " paru dans le livre d'art " La Justice et son Double " de Pierre Alain Gourion, Gilles Verneret et Azouz Begag aux Editions Aléas, 15 Quai Lassagne, 69002, Lyon. Envoi de l'ouvrage contre un chèque de 42 Euros à l'ordre des Editions Aléas.



Etrange et merveilleux métier que celui d'avocat.

Ecouter d'abord, plonger dans les miasmes des conflits et des psychologies, trier, regarder, classer. Se faire une première idée de ce que le client vous expose, débusquer les chaussettes trappes, traquer les preuves que le juge exigera pour fonder sa décision, rendre le dossier compréhensible

d'emblée.

Confronter le réel subjectif tel qu'il est dit par votre client au droit positif concerné (le droit français ou espagnol ou américain ou burkinabé, le droit européen ou communautaire, les éléments de droit international), déterminer une stratégie et une ou plusieurs tactiques, s'interroger sur celles des adversaires, rechercher les cas antérieurs semblables (la jurisprudence).

Porter la parole de l'autre, s'imbiber de ses émotions, de ses inhibitions, de ses revendications. Les traduire pour les rendre digestes par le système ambiant. Jouer juste le rôle après l'avoir progressivement élaboré en commun, construit pas à pas, écrit et dit. Jouer la partition avec les autres musiciens de cet orchestre institutionnel, bizarre et compliqué qu'est un tribunal. Parler, susurrer, suggérer, s'emporter, contredire. Gagner ou perdre.

Rédiger des écritures établissant l'accord contractuel entre les parties ou développant les prétentions de votre client, les fonder sur des textes juridiques applicables, même et surtout s'ils sont contradictoires et abondants, trop abondants, trop multiples. Nous vivons dans une inflation délirante de règles, trop de droit tue le droit, les principes de bases appris à la Faculté ont souvent volés en éclat. C'est ainsi.

Un autre type, en face, va faire le même travail, un autre avocat, un cher confrère ou une chère consoeur, ou encore un Procureur de la Reine, du Roi ou de la République. Il est très désagréable, ce type, cette bonne femme d'en face, on les pilerait volontiers, surtout s'ils sont bons, si vous avez de l'estime pour eux. Pour eux, pas nécessairement pour leur dossier, leur position, leur client, ou la société qu'ils auraient paraît-il mission de défendre.

A l'audience, vous pouvez être certains qu'ils diront le contraire



Des flics. Du papier, beaucoup de papier, on déboise dur la planète pour tout bureaucratiser. De l'informatique, beaucoup d'informatique, des tas d'informatiques différentes et incompatibles, c'est comme les textes juridiques, plus on en met et moins ça marche. De la connectique, une incroyable jungle de science fiction. Scénario catastrophe, planète d'hommes en danger. Rideau.

L'intégralité de cet essai peut aussi être consulté, et un diaporama de photographies vu sur le blog de Pierre Alain Gourion :

<http://alaingourion.over-blog.com>

de vous, manieront l'ironie et la répartie, développeront leurs arguments avec une mâle assurance (pour les femmes) ou un charme d'une efficacité redoutable (pour les hommes).

Si vous gagnez, votre client sera content de vous, bon, il a payé vos honoraires et vous avez fait votre boulot, mais surtout c'est normal qu'il ait gagné puisqu'il avait raison depuis le début !

Si vous perdez, vous êtes un âne, ou un vendu à l'adversaire, d'ailleurs il vous a entendu tutoyer votre confrère, vous avez oublié de dire ceci et cela, vous aviez la tête ailleurs, le juge a été soudoyé, il n'a rien compris. En plus ça lui a coûté, cher, très cher, et tout ça pour se faire tordre comme un malpropre, y'a pas d' justice.

### Pas de justice

Non, Madame, non Monsieur, il n'y a pas de justice, même si vous avez gagné. IL N'Y A PAS DE JUSTICE. Il y a votre revendication de justice, votre besoin d'être reconnu, votre désir; c'est toujours légitime, un désir. On peut le dire, le laisser entendre, en éclabousser la terre entière ; vous trouverez sans doute des tas de gens : des psy, des rabbins, des curés, des pasteurs, des muftis, des assistants sociaux, des matons, des chanteurs de rue, des bonimenteurs attentifs, allez, des avocats aussi, pour vous écouter, tenter de vous aider.

Non Madame, non Monsieur, il n'y a pas de justice. Car face à votre demande à vous il y a une autre demande, par définition différente ou contradictoire, qui cherche à s'y opposer. Et il y a aussi une administration de la chose judiciaire. Une machine compliquée, pas facile pour un Etat de canaliser les passions. Des fonctionnaires. Des magistrats.



**GOURION SOUBEYRAND & Partenaires**  
Avocats associés

Directeur de la publication  
**Nicolas SOUBEYRAND**  
Directeur de la rédaction  
**Nicolas SOUBEYRAND**