

NEWSLETTER - Février 2012

Cette lettre d'information présente un tour d'horizon mensuel des questions de droit français susceptibles d'intéresser les entreprises étrangères implantées en France et leurs dirigeants.

ACTUALITE DU FINANCEMENT PUBLIC ET PRIVE

✓ Les aides d'Etat accordées par la France et la décision de la Commission Européenne du 26 janvier 2010 :

Une loi du 2 juillet 1990 qui était relative à l'organisation du service public de La Poste et à France Télécom avait transformé l'ancienne direction générale des postes et télécommunications en deux personnes morales de droit public.

Toutefois, La Poste n'avait pas été qualifiée par la loi d'établissement public à caractère administratif ou d'établissement public à caractère industriel. La jurisprudence française avait néanmoins considéré que La Poste devait être assimilée à un établissement public industriel et commercial. Or, en France, les personnes morales de droit public ne sont pas soumises au droit commun en matière de redressement et de liquidation judiciaire d'entreprises en difficulté.

Etait en revanche applicable à La Poste, sous le régime qui résultait d'une loi du 16 juillet 1980, le principe de la responsabilité en dernier recours de l'Etat, pour les dettes de la personne morale de droit public. En clair, quel qu'ait été le passif de La Poste, l'Etat français devait en répondre.

En 2006, la Commission Européenne a informé les autorités françaises de ses conclusions relatives au fait que la garantie illimitée de l'Etat français, qui découlerait du statut de La Poste, constituerait une aide d'état, au sens de l'article 107 paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (T.F.U.E.).

Dans cette affaire, la Commission a rendu sa décision le 26 janvier 2010 et a effectivement décidé que la garantie illimitée octroyée par la France à La Poste constituait une aide d'état incompatible avec le marché intérieur européen. La Commission a pris acte de l'engagement de la France de supprimer cette garantie illimitée au plus tard le 31 mars 2010 à l'occasion de la transformation de La Poste en société anonyme.

Cette décision, parmi d'autres, pose naturellement la question du marché des financements de substitution aux aides d'Etat interdites, au sein de l'Union Européenne, en application des dispositions de l'article 107 du traité T.F.U.E.

Rappelons que ces dispositions du traité interdisent les aides accordées par les états ou les aides accordées au moyen de ressources d'état, sous quelle que forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence, en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

Conformément aux dispositions de l'article 108 du traité, le régime des aides consenties par les états de l'Union, fait l'objet d'un examen permanent par la Commission Européenne. Lorsque la Commission Européenne constate qu'une aide accordée par un état ou au moyen de ressources d'Etat n'est pas compatible avec le marché intérieur, au sens de l'article 107 du traité, il lui appartient de décider la suppression ou la modification de l'aide en question. Si l'état ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la commission ou tout autre état intéressé peut saisir directement la Cour de Justice de l'Union Européenne.

L'examen de la jurisprudence de la commission révèle un contrôle effectif et rigoureux des aides d'Etat. Cette jurisprudence permet de réfléchir à l'existence d'un marché du financement de substitution ou, à tout le moins, à l'existence d'opportunités dans ce domaine.

SYNTHESE DES REGLES DE DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AUX OPERATIONS DE CREDIT PAR SIGNATURE: CREDIT D'ACCEPTATION, CAUTIONNEMENT, CREDIT DOCUMENTAIRE ET GARANTIE INTERNATIONALE

✓ Crédit d'acceptation

Le crédit d'acceptation est celui que la banque fournit par l'acceptation d'un effet de commerce tiré sur elle.

Certes, dès lors que la banque a donné son acceptation, les effets de celle-ci ne relèvent plus que du droit des effets de commerce.

Or, selon l'article 4 de la Convention de Genève qui, le plus souvent, s'applique en France, c'est la loi du pays où la lettre de change est payable qui définit les obligations de la banque envers le porteur.

En revanche cette loi n'est pas celle qui détermine les conditions dans lesquelles la banque est tenue de donner son acceptation.

En effet, jusqu'à ce que l'acceptation soit effectivement donnée, le banquier n'est tenu que dans les termes de sa convention d'ouverture de crédit et, par conséquent de la loi applicable à ce contrat. Or celle-ci ne peut être que la loi de la banque elle-même.

✓ Cautionnement de banque

On sait que le cautionnement est une garantie accessoire à un engagement principal. Toutefois, il n'est nullement obligatoire que, à raison de ce caractère

accessoire, la loi applicable au contrat de cautionnement soit la même que celle qui est applicable à l'obligation garantie.

Ainsi, la Convention de Rome du 19 juin 1980 consacre-t-elle le principe de l'application de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi désignée dans le contrat de cautionnement. En l'absence de désignation d'une loi applicable dans le contrat de cautionnement, la loi applicable serait alors celle dite de la prestation caractéristique, c'est-à-dire, en l'espèce, celle du lieu de résidence ou du siège social de la caution.

Toutefois, et toujours dans le cas où la loi applicable n'aurait pas été désignée dans le contrat, il se pourrait qu'un ensemble de circonstances suggère le rattachement du contrat de cautionnement avec un autre pays que celui du lieu de résidence de la caution. Ainsi a-t-il par exemple été décidé que, dans une espèce où le contrat principal était soumis à la loi italienne, où ce contrat avait été rédigé en Italie, en langue italienne et au profit d'une société italienne, la caution fournie par un ressortissant français devait être considérée comme étant soumise à la loi italienne.

✓ **Crédit documentaire**

Le crédit documentaire irrévocable est, quant à lui, largement régi par des usages uniformes. En conséquence, les cas de conflit de loi sont extrêmement rares en matière de crédit documentaire.

Ils ne sont toutefois pas inconcevables, ce d'autant que les règles de la C.C.I. peuvent être interprétées différemment selon la loi applicable, ou même avoir été purement et simplement exclues par les parties.

Or, l'opération met en présence trois personnes :

Le donneur d'ordre qui en a l'initiative, la banque qui, à la demande du donneur d'ordre, ouvre le crédit et qui peut demander à une autre banque de notifier ou de réaliser le crédit, sans oublier, naturellement le bénéficiaire qui, contre remise de certains documents, perçoit le montant du crédit.

Quatre relations juridiques bien distinctes existent alors :

- entre le donneur d'ordre et la banque émettrice,
- entre la banque émettrice et la banque correspondante,
- entre la banque confirmatrice et le bénéficiaire,
- entre la banque émettrice et le bénéficiaire.

Rappelons tout d'abord que la lettre de crédit est soumise à sa loi propre. En clair, la loi applicable à l'opération commerciale sous-jacente ne présume en rien de la loi applicable à l'opération de crédit. Il s'agit là d'une conséquence du principe de l'autonomie de l'engagement bancaire par rapport au contrat de base. En réalité, la loi applicable est la loi du banquier débiteur de la prestation caractéristique.

Néanmoins le critère de la prestation dite caractéristique devient à son tour difficile à appliquer lorsque le crédit est réalisable dans un autre pays que celui de la banque qui a ouvert le crédit.

Il faut donc considérer que l'élément dominant du crédit documentaire irrévocable est la prestation effectuée par le banquier au profit du bénéficiaire.

C'est cette prestation qui constitue l'objet même de l'opération et c'est donc la loi applicable au lieu où doit s'effectuer cette prestation qui, pour l'essentiel, régit l'opération de crédit documentaire.

En conséquence, sous réserve de l'hypothèse dans laquelle la banque émettrice déciderait d'accepter ou de rejeter les documents, il y a lieu de considérer que c'est la banque correspondante de la banque émettrice qui effectue la prestation caractéristique.

C'est donc la loi de cette banque qui doit être applicable à l'opération. Cette banque est celle désignée par la lettre de crédit en qualité de *nominated bank*.

Cette solution est d'ailleurs conforme à la nature de la relation juridique qui existe entre la banque émettrice et son correspondant.

Entre ces deux établissements la convention a, en effet, la nature juridique d'un contrat de mandat (*agency*) dont la prestation caractéristique est la confirmation du crédit.

En vertu de ce contrat de mandat, il est convenu que le crédit sera réalisable dans les caisses d'un correspondant étranger qui accepte le mandat, de sorte que tout se passe comme si la banque émettrice opérait dans le pays de la banque qui a reçu mandat. Il est donc naturel qu'elle se soumette à la loi applicable à celle-ci.

✓ **Garantie internationale**

La garantie internationale est une forme de crédit par signature qui est davantage susceptible de donner lieu à des conflits de loi.

Sa pratique n'est en effet pas unifiée.

Rappelons que la garantie est ici émise par une banque qui s'oblige, à la demande d'un client, à l'occasion d'une opération commerciale effectuée par celui-ci, à verser une somme d'argent à un tiers. Le versement intervient soit sur simple demande du bénéficiaire soit sur production de certains justificatifs. L'engagement du banquier est irrévocable, direct et indépendant des relations existantes entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

Cette garantie est souvent doublée d'une contre garantie accordée par une autre banque à l'émetteur de la garantie.

A nouveau la loi qui régit le contrat de base, celui qui est sous-jacent à la garantie, ne s'applique pas à celle-ci.

A nouveau également la loi désignée dans le contrat est naturellement celle qui s'applique au rapport entre le donneur d'ordres et le garant.

Cette fois-ci, en l'absence de choix par les parties c'est la loi de la banque qui doit s'appliquer. Dans les rapports entre garant et bénéficiaire, c'est, en l'absence de choix par les parties, que la loi du garant, c'est-à-dire celle de la banque qui doit s'appliquer.

Dans l'hypothèse où la garantie est émise par une succursale ou un établissement situé dans un pays autre que celui du siège de l'émetteur, c'est la localisation de la succursale ou celle de l'établissement qui détermine la loi applicable.

ACTUALITE DES CARTES DE PAIEMENT

La carte de paiement est utilisée en France pour réaliser environ 7 milliards d'opérations par an, qui représentent en valeur 340 milliards d'euros.

En France, le G.I.E. C.B. réunit tous les établissements autorisés à fournir des services de paiement.

En 2007, les cartes C.B. et agréées C.B., c'est-à-dire les cartes autres que les cartes C.B. dont le Groupement C.B. a organisé l'acceptation dans le système C.B. (cartes VISA et MASTERCARD émises à l'étranger) ont été utilisées pour plus de 78 % de la valeur totale des transactions réalisées par cartes en France.

Le conseil de direction du G.I.E. comporte les représentants des 11 signataires du protocole d'accord initial, par lequel le G.I.E. a été constitué en 1984, ainsi que, depuis 2009, ceux de deux autres établissements de crédit.

Ce conseil de direction a notamment pour mission de fixer les modalités détaillées de la tarification des services et donc les règles relatives à la commission interbancaire de paiement et la commission interbancaire de retrait.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, les autres systèmes, tels VISA ou MASTERCARD, ont le choix entre adhérer au groupement ou régler à celui-ci une commission, d'un montant fixe par transaction.

Les trois hypothèses où peuvent s'appliquer à des transactions en France des commissions interbancaires fixées par un autre système que celui du G.I.E sont les suivantes :

Tout d'abord, un établissement émetteur qui ne serait pas adhérent du groupement pourrait être assujéti, en France, au paiement des commissions du système auquel il appartient, à la condition que la carte concernée ne soit utilisée que de façon occasionnelle pour les transactions en France.

Par ailleurs, le couple porteur/banque du porteur et le couple accepteur/banque de l'accepteur peuvent convenir d'utiliser un système concurrent de celui du G.I.E. Dans ce cas, ce sont les commissions interbancaires de ce système concurrent qui s'appliqueront, moyennant le versement par l'établissement émetteur d'une commission par transaction.

Enfin, les transactions par carte réalisées chez des accepteurs français qui sont affiliés à une banque qui elle-même n'est pas adhérente du groupement peuvent, pour les transactions réalisées en France, régler les commissions interbancaires des systèmes auxquels elles ont adhérees.

Toutefois, jusqu'à la fin de l'année 2010, les trois situations dans lesquelles s'appliquaient aux transactions en France des commissions interbancaires fixées par un autre système que celui du G.I.E. représentaient environ 1% du volume total des transactions réalisées au moyen des cartes C.B., MASTERCARD et VISA réunies, c'est-à-dire moins de 1% de l'ensemble formé par les cartes C.B. et les cartes dites agréées C.B.

Cette situation est naturellement destinée à évoluer dans l'avenir, à raison de la possibilité, depuis le 1^{er} janvier 2011, d'utiliser le réseau C.B. sans y être adhérent. Il convient de préciser que, selon les règles du G.I.E., le commerçant qui a signé avec sa banque un contrat d'acceptation C.B. est obligé d'accepter toutes les cartes C.B. sans distinction.

En 2009 et en 2010, l'Autorité de la Concurrence a été saisie, en France, par la Fédération des Entreprises du Commerce et de la Distribution (F.C.D.) et par le Conseil Du Commerce de France (C.D.C.F.) de pratiques relatives aux commissions interbancaires. Ces organisations considéraient que les Commissions Interbancaires Multilatérales (C.I.M.) constituaient des ententes anti-concurrentielles.

On rappelle que des C.I.M. sont des commissions plafond qui, en l'absence d'accord bilatéral entre la banque de l'émetteur de la carte et celle du commerçant, sont déterminées par le réseau de cartes de paiement concerné et payées, par la banque du commerçant, à la banque émettrice de la carte.

Quant aux ententes, il s'agit d'actions concertées tendant notamment à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, une telle pratique étant prohibée par l'article L 420-1 du Code de Commerce français.

La F.C.D. et le C.D.C.F. ont donc saisi l'Autorité de la Concurrence, au motif que les C.I.M. avaient pour effet de fixer un niveau uniforme de commission, applicable pour le compte d'entreprises dont les coûts sont différents, ce qui impliquerait des effets anticoncurrentiels importants.

Plusieurs marchés ont été identifiés, au préalable, par l'Autorité de la Concurrence.

Le marché amont qui est celui sur lequel les systèmes de paiement par carte se font concurrence pour affilier les établissements de crédit ou de paiement et leur fournir le service de réseau permettant les transactions par cartes.

Deux marchés avals : un marché de l'émission, sur lequel les établissements de crédit ou de paiement se font concurrence pour distribuer des cartes de paiement et un marché de l'acquisition, sur lequel les établissements de crédit se font concurrence pour affilier des commerçants.

Dans le cadre de ses investigations, l'Autorité de la Concurrence a constaté que l'existence d'accords directs entre la banque du commerçant et la banque émettrice de la carte, pour la fixation des commissions, était extrêmement rare de sorte que, dans la pratique, les montants déterminés par le G.I.E. s'appliquaient de manière systématique.

Or, selon la doctrine de la Commission en charge de l'application des règles de concurrence de la Communauté Européenne, un accord sur une commission interbancaire multilatérale est susceptible de constituer une entente car il limite de manière importante la liberté des banques d'établir individuellement leur politique de tarification.

Afin d'éviter des sanctions, le G.I.E. a accepté de soumettre à l'Autorité de la Concurrence un certain nombre d'engagements de nature à mettre un terme à d'éventuelles ententes.

Il s'agit là de la procédure dite d'engagement, prévue à l'article L 464-2 du Code de Commerce.

Dans ce cadre, l'Autorité de la Concurrence a accepté un ensemble d'engagements du G.I.E. parmi lesquels la fixation de la commission interbancaire de paiement à un taux inférieur ou égal à 0,28% en moyenne pondérée annuelle, la fixation de la commission désormais dénommée commission D.A.B. à un montant inférieur ou égal à 0,57 euros, la tarification de la procédure de vérification du compte du porteur à 6,91 euros, la tarification des demandes de documentation, qui concerne la gestion des demandes de justificatifs d'opérations de paiement, à la somme de 8,8 euros, les commissions relatives, pour les opérations de paiement, à la récupération des cartes oubliées et à leurs traitements, à un montant maximum de 21,34 euros pour les opérations de paiement et de 18,76 euros pour les opérations de retrait.

En échange de ces différents engagements, devenus obligatoires, l'Autorité de la Concurrence a décidé de mettre fin aux poursuites engagées contre le G.I.E.

Cette décision ne concerne toutefois que les pratiques mises en œuvre par le G.I.E. Au niveau européen, le Tribunal de l'Union Européenne est appelé à statuer sur un recours engagé par MASTERCARD à l'encontre d'une décision de la Commission Européenne, qui a considéré que les C.I.M. de MASTERCARD ont eu pour effet de fixer un prix minimum aux frais payables par les commerçants à

leurs banques, pour l'acceptation de ces cartes de paiement, dans l'espace économique.

La décision du Tribunal de l'Union Européenne est très attendue. Elle aura une incidence sur le montant et les modalités de calcul des C.I.M.

ACTUALITES DU TRANSPORT AERIEN

✓ Intégration de l'aviation civile dans l'E.T.S.

A partir du 1^{er} janvier 2012, l'aviation civile sera incluse dans le système européen d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre qui résulte de la directive 2003/87.

Le champ d'application de cette directive a été étendu à l'aviation civile par une autre directive, 2008/101, applicable, à partir du 1^{er} janvier 2012 à tous les vols à l'arrivée ou au départ d'un aéroport européen.

En vertu de ces dispositions, chaque Etat membre administrerait l'octroi et la surveillance des quotas accordés aux compagnies d'Etats tiers à la Communauté dont l'activité est majoritairement orientée vers leurs territoires.

Ce dispositif est contesté par les compagnies aériennes américaines qui opèrent à destination de l'Union et qui sont soutenues par THE AIR TRANSPORT ASSOCIATION OF AMERICA.

Il est reproché à l'Union Européenne d'établir une taxe ou un droit prohibé par les conventions internationales et d'excéder ses compétences en ne limitant pas l'application territoriale de cette taxe aux seuls vols intra-européens.

L'analyse des conclusions récemment présentées par l'Avocat Général auprès de la Cour de Justice de l'Union Européenne donne des indications qui peuvent être utiles à ce que pourrait être la solution de ce litige :

Tout d'abord, ni le protocole de Kyoto ni le droit international coutumier relatif à l'aviation civile ne sont considérés comme susceptibles de s'opposer à l'application de la directive.

Par ailleurs, selon les conclusions de l'Avocat Général, le mécanisme de l'E.T.S. ne porte pas atteinte à la souveraineté des pays tiers.

Selon cette analyse en effet, si les règles édictées par la Directive 2008/101 conduisent à prendre en compte des émissions survenues en dehors du territoire de l'Union, elles n'ont pas pour objet, ni pour effet, d'imposer des obligations aux compagnies aériennes survolant des pays tiers ou la haute mer.

De plus, le fait que le mécanisme de l'E.T.S. s'applique indépendamment de l'état d'immatriculation des aéronefs permet d'écarter toute incompatibilité au regard

des dispositions de la convention de Chicago ou de celles de l'accord de ciel ouvert, car le principe de non-discrimination se trouve garanti.

Ces conclusions semblent donc annoncer une décision qui ne devrait pas remettre en cause la validité de la directive 2008/101.

Du reste, aux Etats-Unis la Chambre des Représentants a adopté le 24 octobre un projet de loi visant à interdire la participation des transporteurs aériens américains à l'E.T.S. européen.

Rappelons en conclusion que le système européen de quota d'émissions (E.T.S.) prévoit, en 2012, un plafond des émissions à hauteur de 97% de la moyenne des émissions 2004-2006.

Ce pourcentage passe à 95% pour la période 2013-2020.

Le 26 septembre 2011, la Commission Européenne a défini les référentiels permettant aux compagnies aériennes de calculer la quantité de quotas qui leur sera allouée à titre gratuit jusqu'en 2020.

La première année, 80% des quotas alloués à l'aviation le seront à titre gratuit, puis 82%.

En d'autres termes, 15% seront mis aux enchères et 3% seront mis en réserve pour les nouveaux entrants sur le marché ainsi qu'aux compagnies des pays émergents.

✓ **Vente en ligne**

La Compagnie RYANAIR a été déboutée par le Tribunal de Grande Instance de Paris de l'intégralité de ses demandes contre la société OPODO à laquelle elle reprochait de proposer à la vente des vols RYANAIR par le biais de *screen scraping*.

Le tribunal a considéré que les conditions générales de vente de RYANAIR, où il est indiqué que cette compagnie n'autorise aucun autre site internet à vendre ses vols, ne sont applicables qu'à celui qui achète pour son propre compte.

Il a été également décidé que l'utilisation par la société OPODO de la base de données de RYANAIR, constituée des horaires de ses vols, était licite.

Enfin, pour ce qui concerne la concurrence déloyale, le Tribunal a retenu que la seule restriction légale à la commercialisation de billets d'avion en ligne est constituée par l'obligation d'obtention d'une licence d'agence de voyage, licence dont la société OPODO est titulaire.

En conséquence, le fait que la société RYANAIR vende ses propres billets n'interdit pas à une agence de voyage de les vendre également.

Au surplus, la société OPODO n'exerçant qu'une activité d'intermédiation, les billets sont vendus par la compagnie aérienne de sorte que sa clientèle n'est pas détournée, l'activité de la société OPODO ayant au contraire pour effet de drainer vers la société RYANAIR des nouveaux clients.

ACTUALITE DE LA REMUNERATION VARIABLE

Le droit du travail français comporte un ensemble de règles qui encadre la faculté, pour l'employeur, de proposer à ses salariés une rémunération variable indexée sur des objectifs. S'agissant tout d'abord de la détermination de cette rémunération, l'employeur est contraint par l'existence d'un salaire légal minimum (S.M.I.C.). Ainsi la somme des rémunérations fixes et variables doit nécessairement être au moins égale au montant du S.M.I.C.

Il s'agit là de la rémunération variable individualisée. En effet les sommes perçues par les salariés au titre de formules d'intéressement globales ne rentrent pas dans le calcul de la rémunération globale dont le montant doit être au moins égal au S.M.I.C.

En conséquence, le contrat de travail d'un commercial peut prévoir une partie fixe d'un montant inférieur au S.M.I.C.

En revanche chaque fois qu'au cours d'un mois donné la rémunération du salarié, part variable comprise, n'atteint pas le S.M.I.C., l'employeur doit verser un complément de rémunération à hauteur de celui-ci.

Le non-respect de cette règle expose l'employeur à des sanctions pénales c'est-à-dire au paiement d'une amende de 1.500 euros maximum pour chaque salarié concerné.

De la même manière les conventions collectives applicables à l'entreprise peuvent prévoir des salaires minimaux applicables à chaque niveau de qualification.

Dans ce cas la part fixe et la part variable du salaire doivent être chaque mois au moins égales à ce minimum. En revanche le contrat de travail peut expressément prévoir que la rémunération variable du salarié sera exclue du calcul de la rémunération minimum garantie par la convention collective. Cette dérogation expresse insérée dans le contrat de travail est en revanche interdite lorsque le S.M.I.C. constitue le minimum de référence.

Par ailleurs, la variabilisation de la rémunération des salariés pose également une difficulté liée à l'évolution de cette rémunération dans le temps.

En effet l'entreprise peut, en cours d'exécution du contrat de travail, décider de commercialiser un produit nouveau et d'en abandonner un autre ou décider de privilégier la commercialisation d'un produit plus rentable que celle d'un autre.

Il ne s'agit là que d'exemples de décisions qui sont susceptibles d'avoir une incidence directe sur la rémunération des salariés concernés. Or, dans le contrat de travail, les clauses relatives à l'évolution de la rémunération variable doivent également respecter un certain nombre de principes, à peine de nullité.

En premier lieu, les conditions de la modification de la rémunération ne doivent pas être définies de manière générale ou imprécise. De même, la circonstance qui fonde l'évolution de la rémunération variable doit être indépendante de la volonté de l'employeur.

Ce dernier critère est naturellement très pénalisant pour l'employeur, puisqu'il limite sa liberté de redéploiement de son offre commerciale.

C'est ainsi que le critère d'indexation sur une variable indépendante de la volonté de l'employeur a été considéré comme étant licite dans des hypothèses qui semblent très restrictives.

Par exemple, a été jugée licite une clause de variabilité indexée sur un système de facturation pratiqué par le fournisseur de l'entreprise. On voit bien qu'il s'agit là d'une situation très particulière. En revanche, dans le cadre d'une rémunération variable indexée sur la marge de l'entreprise, l'évolution des agrégats de cette marge qui ne dépendent pas de la volonté de l'entreprise peut naturellement servir de base, dans le contrat, à la détermination de l'évolution de la rémunération variable du salarié.

Par ailleurs, une fois le contrat de travail signé, de nouvelles règles de détermination de la rémunération variable ne pourront pas être fixées par l'entreprise sans l'accord du salarié.

En cas de refus de celui-ci, l'entreprise n'aura pas d'autres choix que de procéder à son licenciement. Ce licenciement aura alors nécessairement un caractère économique ce qui implique que l'employeur sera soumis aux obligations particulières liées à ce type de licenciement.

Un point très important doit également être pris en considération : l'existence d'une rémunération variable n'autorise pas l'employeur à procéder au licenciement du salarié en cas de non atteinte de ses objectifs.

Plus précisément, l'insuffisance de résultat ne constitue pas, à elle seule, une cause réelle et sérieuse de licenciement et ce même si les objectifs assignés au salarié avaient été acceptés par lui.

Pour que l'insuffisance de résultat puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement il faut tout d'abord que la non-atteinte de ces objectifs soit imputable au salarié, c'est-à-dire à une faute ou à son insuffisance professionnelle.

Il faut en plus que cette insuffisance de résultat soit significative, que les objectifs fixés soient réalisables et que le salarié ait eu les moyens de les atteindre.

LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE TRAVAIL

Il n'est pas interdit, en France, de prévoir dans le contrat de travail que celui-ci soit régi par une loi étrangère.

La désignation de cette loi étrangère doit alors résulter expressément de la signature du contrat de travail ou, le cas échéant, de celle d'un avenant ultérieur.

Elle implique en tous cas de rapporter la preuve que le salarié a accepté la désignation de la loi étrangère.

Toutefois, même dans cette hypothèse, la désignation de la loi étrangère ne peut pas porter atteinte aux dispositions impératives protectrices des intérêts, en France, du salarié.

Il n'existe pas de nomenclature exhaustive des dispositions impératives auxquelles les parties n'ont pas le droit de déroger.

Ces dispositions impératives sont d'origine diverses : elles peuvent être édictées aussi bien par la loi que par le règlement que par la convention collective.

Cette question, complexe, fera l'objet d'une étude ultérieure.

DROIT DES SOCIÉTÉS

✓ Entreprise en difficulté

Une juridiction d'un Etat membre de l'Union Européenne qui a ouvert une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet Etat ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société dont le siège statutaire est situé dans un autre Etat membre qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette seconde société se trouve également dans l'Etat où a été ouverte la procédure initiale.

Ceci implique que le centre effectif de direction et de contrôle de l'entreprise soit situé dans cet Etat.

✓ Droit des sociétés

Sauf stipulation contraire des statuts, un associé d'une SARL n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente à celle de cette société ni de l'informer de l'exercice même de cette activité.

L'associé doit simplement s'abstenir d'acte de concurrence déloyale.

C'est la première fois que la Cour de Cassation énonce ce principe de manière aussi claire.

En effet, dans un arrêt récent, la Cour de Cassation s'est prononcée sans prendre en considération le rôle de l'associé dans la société, sur la base du principe selon lequel l'associé qui concurrence la société ne commet pas de faute, sous la seule réserve qu'il ne commette pas d'acte de concurrence déloyale, par exemple en débauchant des salariés.

En revanche les statuts pourraient parfaitement comporter une clause de non concurrence auquel cas cette solution serait inapplicable.

L'arrêt rendu à propos d'une SARL vaut également pour les actionnaires des sociétés par actions. Il est probablement plus discutable pour les associés des sociétés de personnes (société en nom collectif pour l'essentiel).

En effet, dans les sociétés de personnes on considère généralement qu'il existe entre les associés un fort intuitu personae qui pourrait fonder une obligation de non concurrence.

✓ **Validité d'une indemnité de révocation d'un Président Directeur Général**

Le Code de Commerce français interdit les conventions de nature à empêcher la révocation à tout moment du Président du Conseil d'Administration ou celle du Directeur Général.

En conséquence, la licéité des conventions conclues entre la société et son Président ou son Directeur Général, qui prévoient une indemnité à leur profit en cas de révocation, est appréciée en fonction de la taille de la société et de sa situation financière. A titre d'exemple, une indemnité d'un montant d'environ 250.000 euros qui représentait plus de la moitié du capital social a été jugée exorbitante et, par conséquent, son bénéficiaire n'est pas parvenu à obtenir l'exécution de cette convention en justice.

De même a été jugée exorbitante une indemnité de révocation égale à un an de rémunération du dirigeant alors que le résultat d'exploitation de la société était déficitaire.

PROCEDURE

En matière de responsabilité civile, le droit français distingue la responsabilité civile contractuelle de la responsabilité civile délictuelle.

Pour mémoire, la responsabilité civile est de nature contractuelle lorsqu'il existe une convention entre l'auteur du dommage et la victime de celui-ci et que la faute invoquée est caractérisée par l'inexécution ou la violation d'une obligation prévue au contrat.

Au contraire, la responsabilité civile est de nature délictuelle lorsqu'il n'existe aucun contrat entre la victime du dommage et l'auteur de celui-ci.

En matière de responsabilité civile délictuelle, la personne physique ou morale dont la responsabilité est recherchée et dont le domicile ou le siège social est situé dans un Etat membre de l'Union Européenne peut être poursuivie soit devant le tribunal de son domicile soit devant celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

Dans une décision récente, la Cour de Cassation a considéré que l'immixtion du tiers à un contrat dans l'exécution de celui-ci, parce qu'il était susceptible de caractériser un cas de responsabilité civile délictuelle, permettait de rechercher la responsabilité du tiers devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'était produit.

En l'occurrence, la décision est intéressante car elle concernait un groupe de sociétés.

Une filiale avait cédé à un tiers sa participation dans une sous filiale en vertu, naturellement, d'un contrat de cession de titres. Par la suite, la société cédante a été mise en liquidation judiciaire. C'est alors que la société dont les titres avaient été cédés a assigné la société mère au motif que celle-ci aurait été débitrice de l'obligation de garantir certains risques d'exploitation de la société dont le capital avait été cédé.

Or l'obligation à garantie alléguée ne résultait pas d'un contrat conclu entre le tiers acquéreur et la société mère, faute de quoi la responsabilité de la société mère aurait été de nature contractuelle. Elle résultait simplement du fait que la société mère s'était immiscée dans la gestion de la société dont les titres avaient été cédés.

Ce faisant la responsabilité qui pouvait être recherchée à son encontre était donc de nature civile délictuelle, de sorte que la société mère pouvait valablement être assignée devant les tribunaux français, en vertu des règles de compétence rappelées ci-dessus, le dommage s'étant produit en France.

Cette décision récente a le mérite d'attirer l'attention sur les conséquences éventuelles de l'immixtion d'une société mère dans la gestion de ses filiales ou sous filiales du point de vue du risque d'être obligée de répondre devant les tribunaux français des conséquences éventuellement préjudiciables à l'égard des tiers de cette immixtion.

* *

*