

Fondation pour le droit continental
2° Convention des Juristes de l'Union pour la Méditerranée

Les instruments juridiques du droit continental
Face à la crise économique mondiale

Rapport de synthèse

Le Caire 10-12 octobre 2009

Cette heureuse initiative de la « Fondation pour le droit continental » est on ne peut plus bienvenue dans cette période d'instabilité de l'économie mondiale. L'Union des Juristes de la Méditerranée est certainement bien placée pour répondre aux questions si actuelles posées tout au long de cette conférence et dont nous tentons de résumer les conclusions au cours de ce bref exposé.

I- Le crédit hypothécaire et le crédit à la consommation :

Tout crédit ne vaut que par les sûretés qui en garantissent le remboursement. A ce titre, les immeubles constituent, de par leur valeur intrinsèque, une garantie essentielle pour les banques et les créanciers en général. L'inscription des droits réels au Registre Foncier (RF) permet de les authentifier, d'en faciliter l'exercice et la jouissance et d'en disposer avec plus de sécurité. Les mêmes avantages sont d'ailleurs procurés par les registres similaires consacrant les droits des intéressés sur leur patrimoine : registre du commerce, propriété intellectuelle, navires et véhicules à moteur etc. ... Ce statut semble actuellement étendu à tous les pays de la Méditerranée. Le système Torrens de cadastre, appliqué par la France avec succès en Algérie, a été ensuite étendu par elle à d'autres pays sous son contrôle, notamment en Syrie et au Liban, alors que les obstacles financiers n'avaient pas permis jusqu'ici d'en faire bénéficier le pays d'origine. C'est ainsi que, dans ces pays, l'inscription des immeubles au Registre Foncier consacre les droits réels dont ils constituent l'assiette ainsi que les actes de disposition dont ils font l'objet. L'effet de l'inscription n'est toutefois pas aussi étendu en Syrie et au Liban qu'en Allemagne où il semble plus difficile de contester l'authenticité de son contenu. A défaut d'inscription des immeubles et de transcription des actes au RF, il sera toujours loisible aux ayants-droits d'invoquer leurs droits réels à l'encontre des tiers de mauvaise foi et propriété ou la création d'un droit réel ne résulte pas toutefois du seul acte qui s'y rapporte, mais il exige également un acte séparé constatant le consentement des parties (Auflassung). Mais comme l'a souligné le Dr. Antje Luke, les deux actes peuvent toutefois figurer sur le même document, la forme notariée étant toutefois toujours requise sous peine de nullité, à moins que le nom du nouvel acquéreur ne soit inscrit au RF. Les données inscrites sont autant que possible actualisées et permettent, dans la mesure du possible, d'identifier les immeubles et les titulaires des droits qui y sont inscrits ; mais cette inscription est fondée sur les déclarations des intéressés non sur une enquête directe et objective conduite sur les lieux. En l'absence d'une déclaration spontanée des ayants-droits, ceux-ci ne sont donc pas à l'abri d'une inscription résultant de leur carence ou d'un abus émanant des tiers.

(1) A l'exclusion par exemple, des obligations de faire ou de ne pas faire.

L'enregistrement est d'habitude obligatoire quoiqu' il donne lieu au paiement des taxes et des impôts correspondants et qui sont calculés en fonction de l'estimation des services financiers, à défaut de la déclaration d'un montant supérieur par les intéressés. L'établissement d'un acte notarié, très courant en la matière, donne certes plus de sécurité aux parties et peut ensuite être transcrit au RF, mais il est souvent pallié par une déclaration faite directement au Conservateur du RF, à son délégué ou par un jugement ce qui suffit pour lui donner la force probante d'un acte notarié, par exemple en cas de donation qui, en droit syrien, doit en principe, être faite sous cette forme.

Beaucoup de pays ne sont malheureusement pas à l'abri des manœuvres frauduleuses tendant à usurper une fausse identité ou à falsifier un acte, mais il est évident qu'outre l'efficacité des sanctions pénales qui sont alors encourues, la forme authentique rend moins probable et facile la fabrication de ces faux.

L'hypothèque dûment inscrite reste pratiquement la sûreté la plus courante pour garantir le paiement d'une créance, sans qu'elle écarte d'autres formes de garantie, telles que le tirage d'un chèque de garantie, une caution personnelle etc. ... Mais banques et prêteurs donnent souvent leur préférence aux hypothèques ou autres garanties immobilières : promesse de vente, effets de garantie etc. ... Le droit allemand connaît également une autre garantie foncière, le Grundschuld, inscrite elle aussi au RF.

Quant au crédit à la consommation, il ne semble pas donner lieu à des garanties différentes de celles qui s'attachent aux créances en général. Outre les sanctions pénales qui s'appliquent à certaines formes de vente prohibée ou aux sanctions plus ou moins efficaces qui s'attachent à la faillite ou aux infractions relatives au chèque, les garanties immobilières restent souvent les plus recherchées et les plus fiables.

II- La régulation – encadrement des activités économiques :

La crise financière des dernières années a montré que, même dans les régimes les plus libéraux, il était indispensable de réglementer l'activité économique et de ne pas l'abandonner au caprice des différents acteurs qui la prennent en charge, dans les différents secteurs. Ceux-ci couvrent la production, la distribution, la fourniture des différents services qu'ils se rapportent à l'industrie, au commerce, au transport, à l'énergie, aux télécommunications, à la poste, à l'assurance, aux banques, aux professions libérales ainsi qu'à la bourse, ou aux activités sans but lucratif. Ces différentes activités sont soumises à la supervision des différents Ministères ou Etablissements autonomes dont l'énumération, l'organisation et le fonctionnement varient suivant les Etats et sont régis par l'arsenal des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires propres à ces derniers et des traités internationaux conclus en ces matières. Ces différentes règles dépendent du régime politique ou économique de l'Etat concerné et vont de la gestion directe ou du contrôle étroit à la simple supervision ou à la sanction des contraventions les plus graves à la réglementation applicable. De même que l'organisation mondiale de l'Economie est régie par les entités internationales en charge des différents secteurs, la gestion locale de ces derniers à l'intérieur de chaque Etat est également contrôlée ou supervisée par les différentes institutions publiques ou laissées au libre accord des intéressés, sous le contrôle des tribunaux ou des institutions d'arbitrage compétentes pour trancher les litiges entre particuliers. Un choix fondamental est donc d'abord à opérer entre une réglementation excessive, freinant à l'excès l'initiative des particuliers et une liberté absolue ouvrant le champ le plus large à la concurrence et à l'imagination des opérateurs. Une réglementation généralisée menace l'activité économique de paralysie, d'une pléthore de main d'œuvre masquant un chômage larvé et un carcan administratif qui, entre autres éléments, illustre les méfaits du totalitarisme qui a entraîné la réforme économique de tous les pays totalitaires. Quant à la liberté absolue, elle a mené aux dérives illustrées par les catastrophes financières des dernières années et n'est plus de mise, même auprès des partisans les plus enthousiastes du libéralisme.

Les travaux de la table ronde consacrée à ce sujet ont permis d'exposer dans le détail les règles applicables dans plusieurs pays de la Méditerranée, notamment en ce qui concerne les institutions régissant la gestion des entreprises (conseils, directions, comités de gestion, agences, organisme de recours) les télécommunications, les assurances, l'audiovisuel, la protection du consommateur etc.... et les rapports de Azzedine Kettani, Amina Larbi, Jean-Paul Decorps, Talia Khabrieva ont été particulièrement riches d'informations en la matière. Ils permettront, nous l'espérons, de dégager quelques recommandations sur ce point, qu'elles soient générales ou spécifiques à la Méditerranée.

L'expérience de la Fédération de Russie est sur ce point, très instructive. Comme l'a indiqué le Professeur Talia Khabrieva dans son rapport exhaustif, la Constitution russe a garanti la liberté des activités économiques et de la concurrence et a interdit toute intervention publique en faveur des propriétaires dans l'exercice de leurs prérogatives. Elle a également consacré la liberté des activités économiques et de la concurrence et a interdit les monopoles et la concurrence déloyale (Article 8). Les activités économiques ne peuvent être limitées que par une législation fédérale pour sauvegarder la sécurité et la santé des individus et la protection de l'environnement et des valeurs culturelles. L'ordonnance du Gouvernement fédéral du 17 novembre 2008 a consacré l'égalité des entreprises économiques, la suppression des barrières administratives entravant la liberté de la concurrence. Les Autorités publiques et les organes d'autogestion locale procèdent à l'enregistrement des entreprises, à la délivrance des autorisations et des licences nécessaires, à la détermination des quotas, à l'accréditation, à l'expertise, à la certification, à la standardisation, aux concours, à la validation et à l'approbation de certains projets, à la délivrance d'attestations etc. ...

La régulation publique s'exerce dans le domaine des monopoles naturels (tels que l'énergie électrique) ou de ceux qui représentent une importance infrastructurelle pour l'économie (marché des titres, activités bancaires, assurances, transports, etc.) ou une importance sociale (médicaments, alimentation, etc.) Le rôle des organisations autorégulées s'est considérablement renforcé, ces dernières années, dans des domaines tels que la construction, le marché des titres, la publicité, l'audit, etc. ... Les autorités régulatrices du pouvoir exécutif, strictement hiérarchisées, se répartissent entre les Ministères, les services et les agences au niveau de la Fédération. Les Ministères élaborent la politique générale, coordonnent les activités des services et des agences qui leur sont subordonnées et contrôlent leur fonctionnement, les services fédéraux assurent le suivi et la surveillance des activités confiées à la prestation des agences et à la gestion des biens publics, notamment dans le domaines de l'économie, de l'industrie, du commerce, des liaisons et des communications de masse, des banques et de la concurrence dépendant des différents Ministères.

La régulation économique s'exerce notamment dans le domaine de la concurrence et dans celui des télécommunications et fait l'objet de garanties tendant à sanctionner les abus perpétrés dans l'exercice de ces attributions.

III- L'amélioration du recouvrement des créances dans l'espace euro-méditerranéen : l'injonction de payer euro-méditerranéenne :

Lors de la première Convention internationale des juristes de la Méditerranée tenue à Nice le 29 juin 2008, les participants avaient prévu de réfléchir à un instrument permettant d'améliorer le recouvrement des créances commerciales dans le bassin méditerranéen. Les réponses apportées par les participants au présent colloque ne pouvaient que porter sur l'injonction de payer appliquée avec succès dans les pays de l'Union Européenne et la possibilité d'en étendre l'application à l'espace euro-méditerranéen. Les participants ont indiqué que leurs différents Codes de procédure civile ont institué des procédures rapides et simplifiées pour le recouvrement des créances établies par écrit. Ces procédures diffèrent quant aux conditions requises pour les créances à recouvrer et les formalités à accomplir. Généralement, les codes nationaux exigent la production de l'original de l'écrit qui constate la créance et une demande de recouvrement adressée à l'Autorité ou au tribunal chargé de l'exécution des jugements. Cette entité invite le débiteur à payer, s'il le désire ou à faire opposition dans un certain délai. Dans ce dernier cas, le créancier est invité à présenter formellement sa demande au tribunal normalement compétent suivant les règles ordinaires. Si le tribunal condamne le débiteur, celui-ci doit également être condamné à verser au créancier, outre le principal et les intérêts de la créance, pour opposition injustifiée, une pénalité qui est attribuée au créancier, intégralement ou partiellement, en réparation du préjudice qui lui est causé par le retard ou le refus injustifié de payer. Face à une telle situation, les pays de la Méditerranée ne devraient avoir aucune raison valable de se refuser à l'adoption, dans leur législation, du régime de l'injonction de payer européenne (ci-après désignée brièvement par les termes « d'injonction européenne ») telle qu'elle a été expérimentée avec succès dans les pays de l'Union Européenne, soit parallèlement aux procédures instituées par leurs lois nationales, soit d'une manière exclusive. C'est en ce sens que la plupart des participants semblent s'être prononcés et que le présent colloque pourrait formuler ses recommandations qui faciliteraient considérablement le recouvrement des créances qui en feraient l'objet, en réduiraient les frais et apporteraient une plus grande sécurité aux relations internationales.

Il serait peut-être utile de souligner que l'injonction européenne, adoptée par le Règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement et du Conseil européens du 12 décembre 2006, se caractérise par les traits suivants :

- a- Les créances visées se limitent aux créances pécuniaires⁽¹⁾, civiles et commerciales ne faisant l'objet d'aucune contestation, fondées sur des informations précises permettant d'identifier la créance et de la justifier en produisant les éléments de preuve suffisants à ce sujet. Il doit s'agir d'une créance transfrontalière, c'est-à-dire dont l'une des parties est domiciliée ou réside en dehors du territoire de la juridiction saisie.
- b- L'autorité qui examine la demande doit s'assurer « *prima facie* » de son bien fondé et acquérir, sinon une certitude absolue du moins un degré élevé de probabilité que l'acte signifié ou notifié est parvenu à son destinataire ou à un représentant autorisé de ce dernier (personne résidant habituellement à son adresse ou travaillant avec lui, avocat régulièrement mandaté pour recevoir la notification).
- c- La demande ainsi que les différentes formalités consécutives donnent lieu à l'établissement d'un formulaire permettant de les concrétiser et d'éliminer tout doute les concernant.

d- Pour faire opposition à la demande, le débiteur doit adresser, dans les trente jours, à l'autorité d'origine qui en est saisie une requête écrite à cet effet, clairement exprimée. Cette opposition met un terme à la procédure civile ordinaire, sauf si le demandeur a expressément requis l'arrêt de la procédure dans cette éventualité. A défaut d'une telle opposition, la demande devient exécutoire : elle est traitée comme si elle avait été délivrée dans l'état où l'exécution est demandée et continue à être régie par le droit national.

La créance dont le recouvrement est requis doit être payée avec les intérêts et les frais de justice excluant les honoraires d'avocat ou les frais de signification et de notification des documents effectués par une entité autre qu'une juridiction.

e- Le rejet de la demande n'est susceptible d'aucune voie de recours. Mais le demandeur peut toujours recourir à une autre procédure prévue par le droit d'un état membre ou par le droit communautaire.

f- Dans certains cas exceptionnels, le débiteur peut demander un réexamen de l'injonction, par exemple si la demande était fondée sur de fausses informations fournies dans le formulaire qui la contient ou si, par suite de force majeure, il ne lui a pas été possible d'y faire opposition dans les délais.

g- L'injonction européenne devenue exécutoire dans l'état d'origine est reconnue et exécutée dans les autres Etats membres sans besoin de déclaration qui en constate la force exécutoire et sans qu'il soit possible d'en contester la reconnaissance. Même après l'expiration du délai pour faire opposition (30 jours après la signification de la demande). Le défendeur peut demander le réexamen de l'injonction européenne devant la juridiction compétente de l'état d'origine si elle a été manifestement délivrée à tort. L'injonction est alors réputée nulle et non avenue si le réexamen est considéré comme justifié. Sinon, l'injonction reste valable. L'exécution de cette dernière est soumise à la procédure de l'Etat où l'exécution est requise. Elle est exécutée dans les mêmes conditions qu'une décision exécutoire rendue dans cet Etat et sans besoin d'aucune caution ou dépôt en raison de la qualité d'étranger du demandeur ou du défaut de domicile ou de résidence de ce dernier dans l'état d'exécution.

L'exécution est refusée, à la demande du défendeur, par la juridiction compétente dans l'état d'exécution, en cas de paiement ou si elle est incompatible avec une décision ou une injonction délivrée antérieurement dans tout Etat membre ou dans un état tiers entre les mêmes parties et pour la même cause et qu'elle réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'état d'exécution. La juridiction compétente dans l'état d'exécution peut également limiter l'exécution à des mesures conservatoires exceptionnelles. La représentation par un avocat n'est obligatoire pour aucune des parties et l'ensemble des frais de justice afférents à la procédure européenne et à la procédure civile ordinaire, en cas d'opposition, ne peut excéder les frais d'une procédure civile ordinaire dans l'état d'exécution.

Les réponses au questionnaire relatif à cette matière peuvent être résumées comme suit :

- 1- Il serait certainement utile de promouvoir le rapprochement des législations nationales en la matière.
- 2- Il serait également souhaitable d'étendre ce rapprochement aussi bien aux procédures internes qu'aux procédures internationales.
- 3- Les codes de procédure civile de la plupart des participants prévoient d'ailleurs des procédures simplifiées assurant le recouvrement rapide des créances impayées.
- 4- Les créances visées sont généralement les créances civiles et commerciales, de source contractuelle.
- 5- et 6- Même les législations qui avaient limité cette procédure aux petites créances ont fini par en généraliser l'application, quelles que soient les parties.
- 7 à 11- Les procédures sont généralement de la compétence des juges de l'exécution ou des juges de paix, suivant un modèle simplifié. La représentation par l'avocat est soumise au droit commun. Le défendeur qui désire s'opposer à l'exécution peut généralement faire opposition ou appel ou saisir la juridiction généralement compétente.
- 12 à 19- Cette procédure est généralement plus rapide et moins onéreuse que la procédure ordinaire, sans que le titre obtenu soit d'une valeur inférieure. L'introduction des voies de recours a généralement un effet suspensif. La décision clôturant la procédure simplifiée autorise généralement les tribunaux à ordonner des mesures conservatoires. La législation de certains Etats permet parfois de faire obstacle à l'exécution, par exemple par une procédure de tierce opposition ou d'inscription de faux.
- 20 à 23- Certains systèmes donnent parfois compétence aux juridictions nationales d'ordonner l'exécution à l'encontre d'un débiteur domicilié à l'étranger, normalement après exequatur. L'exequatur d'une décision étrangère est parfois soumis à la condition de réciprocité, c'est-à-dire que la décision étrangère peut être exécutée aux mêmes conditions que celles qui sont exigées par la loi du pays qui l'a rendue pour l'exécution de ses décisions nationales.
- 24 à 29- Les clauses de réserve de propriété, les intérêts moratoires et l'astreinte facilitent également l'obtention accélérée comme une forme d'inexécution. Les sanctions pénales sont habituellement limitées à l'existence d'un texte précis, conformément au principe de la légalité des sanctions pénales « nullum crimen, nulla poena sine lege ». En dehors des voies d'exécution proprement dites, d'autres moyens permettent parfois de faciliter le recouvrement : astreinte, compensation, tierce opposition, saisie-arrêt etc. ... L'exécution est généralement de la compétence d'un magistrat spécialement désigné – par exemple, le chef du Bureau Exécutif.

IV – Recouvrement des créances des salariés dans les procédures d'insolvabilité :

Le principe d'égalité des créanciers dans les procédures d'insolvabilité a dû subir des entorses en raison de la primauté des impératifs visant à assurer la subsistance des salariés et de leur famille. Or, la consécration du privilège des salariés ne peut s'exercer en cas d'insuffisance des fonds de l'entreprise en difficulté. C'est pourquoi plusieurs pays européens, dont la France, ont dû surmonter cet obstacle en organisant la garantie de paiement des créances salariales et comme, en l'absence d'une garantie étatique comme celle fournie par les pays du bloc socialiste, ces fonds n'étaient disponibles qu'après des chefs d'entreprise, ce sont ces derniers qui ont été appelés à fournir la garantie proposée dans le cadre d'un système d'assurance obligatoire dont les cotisations étaient couvertes par eux. C'est ce système qui a été consacré par la France dans le cadre de l'Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés (AGS) dont la gestion opérationnelle était confiée à l'UNEDIC en vertu d'une convention de gestion conclue entre ces deux entités. Cette gestion était assurée par un établissement de l'UNEDIC entièrement dédié à l'exécution de ce mandat dénommé Délégation Unedic AGS. Cette structure résulte, en France, des lois du 1^{er} septembre 1996 (amendée le 1^{er} janvier 2006) et du 30 janvier 2008 ainsi que par la Directive européenne 2002/74 du 23 septembre 2002 [article 8 bis], toutes incorporées dans l'article 3253-6 du code du travail.

Leur application entraîne l'exécution par la « Délégation » de trois missions principales : l'avance aux salariés, créanciers de salaires ou d'indemnités, de l'essentiel de leurs créances avec subrogation de la Délégation à leurs droits contre l'entreprise, la récupération, par la Délégation, des avances ainsi effectuées et, enfin, la gestion du contentieux pouvant résulter de ces opérations. Une garantie similaire a été établie par d'autres pays européens ou non européens mais ne semble pas avoir été introduite dans les pays du sud-méditerranéen.

Les employeurs assujettis à ce régime de garantie comportent les commerçants, les artisans, les agriculteurs, les professions libérales, les personnes morales de droit privé, les entreprises de travail temporaire et les sociétés commerciales dont le capital est majoritairement détenu par l'Etat, mais excluent les personnes morales de droit public, les syndicats de copropriété et les employeurs de gens de maison.

Quant aux bénéficiaires de la garantie, ils sont constitués par les salariés et apprentis travaillant dans tout Etat membre de l'Union européenne.

L'objet de la garantie est représenté par toute rémunération due aux bénéficiaires, les indemnités résultant de la rupture des contrats de travail, l'intéressement et la participation aux bénéfices, du moment qu'ils sont exigibles et les dispositions des plans sociaux résultants de stipulations légales et conventionnelles.

La mise en œuvre de la garantie suppose l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire et la transmission, après vérification, des relevés de créance au Centre de Gestion d'Etude AGS (CGEA), à la Délégation, par l'entremise d'un mandataire judiciaire (« syndic »).

Les avances sur les créances des salariés sont effectuées par la Délégation par l'intermédiaire des Mandataires judiciaires (syndics) et, au cas où ils auraient cessé leurs fonctions, au greffier du tribunal ou au Commissaire à l'exécution du plan.

Leur récupération se fait en fonction du plan de sauvegarde, de redressement ou de cession de l'entreprise et la réalisation de son actif dans le cadre des opérations de liquidation judiciaire. Quant au contentieux, il consiste dans la défense en justice des intérêts du régime devant toutes les juridictions : conseils de prud'hommes, cours d'appel et de cessation, tribunaux de commerce, juges commissaires. La délégation suit également la publication des nouvelles lois, règlements et décisions judiciaires afin de les mettre en œuvre dans le cadre de la garantie. Celle-ci est d'ailleurs limitée à un plafond qui, en 2009, s'est élevé à 68 616 €uros.

Une procédure de sauvegarde des entreprises qui ne sont pas en état de cessation de paiements a été établie par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, amplifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, pour prévenir la défaillance des entreprises afin de sauvegarder leur activité et préserver l'emploi. Cette procédure, dont la demande est laissée à l'initiative du dirigeant de l'entreprise, permet la prise en charge judiciaire précoce des difficultés de cette dernière, mais déclenche les procédures de redressement et de liquidation judiciaires en cas de cessation de paiements. Le jugement de sauvegarde ouvre une période de six mois renouvelable une fois. Le tribunal peut arrêter un plan de sauvegarde qui confirme la poursuite de l'activité ⁽²⁾ et désigne un commissaire à l'exécution du plan pour suivre le remboursement du passif.

La résolution du plan est prononcée au cas où l'entreprise ne fait pas honneur à ses engagements, les créanciers recouvrant alors leurs droits ou au cas où la liquidation judiciaire est prononcée pour cessation de paiements. Le jugement de sauvegarde ouvre une période d'observation de six mois renouvelable une fois. La procédure peut également prendre fin sans qu'un plan soit arrêté.

En cas de redressement judiciaire, un plan peut être établi prévoyant le remboursement de la totalité du passif ou une cession totale ou partielle accompagnée d'une conversion en liquidation judiciaire, le prix de cession permettant le remboursement des créanciers selon l'ordre des privilèges. En cas de liquidation judiciaire, le remboursement des créanciers dépend de la cession des biens constituant l'actif du débiteur. La répartition des fonds s'effectue selon l'ordre des privilèges. L'AGS titulaire d'une créance super privilégiée, a droit au remboursement prioritaire des créances bénéficiant de ce rang.

(2) Avec, si nécessaire l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités selon les règles applicables à la liquidation judiciaire.

Depuis sa création en 1996, la Délégation est appelée chaque année dans près de 40 000 procédures prud'homales opposant l'employeur à ses salariés. Dans les procédures de sauvegarde, sa mise en cause n'est pas systématique. Elle n'intervient devant le Conseil de Prud'hommes que dans les litiges consécutifs à son refus de prendre en charge les indemnités de rupture résultant d'un licenciement pour motif économique en période d'observation ou dans le mois de l'arrêté du plan de sauvegarde.

Les participants ont généralement confirmé que, dans leur loi nationale, les procédures d'insolvabilité mettent systématiquement fin aux poursuites individuelles des créanciers. Seuls certains pays octroient aux salariés des garanties similaires à celles qui viennent d'être décrites en droit français, dans la majeure partie des systèmes juridiques, octroyant aux salariés un privilège par rapport aux autres créances. Ce privilège couvre généralement les autres créances à caractère salarial telles que les congés payés et les indemnités de préavis ou de licenciement, qu'elles se rapportent aux périodes impayées antérieures ou postérieures au dépôt de bilan ou à toutes les sommes résultant de la rupture du contrat de travail.

La plupart de ces systèmes, notamment dans les pays sud-méditerranéens, ne connaissent pas de régime similaire au régime français des AGS dont certaines règles ont toutefois fait l'objet de critiques de la part de certains intervenants. Le règlement des créances salariales se fait généralement conformément au droit commun de la faillite, les organismes de sécurité sociale étant toutefois subrogés aux droits des salariés qu'ils remboursent.

Le règlement prioritaire des créances salariales constitue indubitablement un facteur de stabilité sociale et de développement économique, applicable aussi bien aux créanciers privés qu'aux créanciers publics ou institutionnels.

V- L'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits :

Les relations commerciales peuvent difficilement se développer dans un climat de confiance réciproque et de sécurité si elles ne sont sanctionnées efficacement par des décisions rapides qui en assurent l'exécution. C'est pour parvenir à cet effet que, depuis des temps immémoriaux, l'arbitrage s'est imposé comme un moyen rapide de trancher les contestations par l'intervention de personnes de confiance, versées en la matière, à qui les parties se remettent à l'avance pour régler leurs différends. Parallèlement à la justice étatique, s'est ainsi développé le recours à l'arbitrage comme un procédé simple, peu formaliste, rapide et peu coûteux de solution de leurs litiges. Dans d'autres cas l'intervention de personnes connues pour leur autorité et pour leur probité, s'est révélée efficace pour rapprocher les protagonistes et les amener à s'entendre à l'amiable pour la solution de leurs litiges. Depuis le siècle dernier, arbitrage et médiation se sont ainsi développés dans les relations internationales et le législateur, ainsi que les instances internationales, ont élaboré les lois et les traités organisant ces procédures et facilitant l'exécution des décisions rendues à l'issue de leur intervention.

A l'échelon interne, les codes de procédure civile ont généralement consacré un chapitre et les codes du travail et d'autres encore ont réglé la solution des litiges par l'arbitrage et la conciliation. D'autres législations ont consacré un code ou une loi propre à l'une et à l'autre de ces institutions. Des centres d'arbitrages de plus en plus nombreux ont aussi été constitués dans différentes régions du globe pour administrer l'arbitrage, désigner les arbitres, notifier les demandes et les sentences et assurer la perception et la répartition des de la procédure et des honoraires des arbitres. Ces centres ont établi des règlements auxquels les parties peuvent se référer pour arrêter les règles applicables à la loi de fond ou aux règles de procédure auxquelles elles se soumettent. De ce fait, une grande partie des contestations ont abouti à des sentences ou à des accords résolvant les litiges survenus dans des cas de plus en plus nombreux. Parfois c'est après la survenance du litige que les parties signent une convention d'arbitrage ou « compromis » sur le choix des arbitres et la solution du litige. Dans d'autres cas, c'est dans le cadre d'un contrat déterminé que les parties conviennent de soumettre à l'arbitrage les différends qui viendraient à surgir en relation avec leur contrat, souvent en se soumettant au règlement établi par un centre d'arbitrage déterminé. C'est ce qu'on appelle la clause arbitrale.

L'arbitrage est en principe conventionnel et c'est de leur propre accord que les parties se soumettent à l'arbitrage et définissent les règles qui le régissent. Mais de nombreuses lois, notamment dans les relations de travail, imposent le recours à l'arbitrage pour la solution des conflits qui s'y rapportent ou prévoient l'intervention de « médiateurs » ou « conciliateurs » appelés à rapprocher les parties et à recueillir leur adhésion à une solution déterminée.

Dans certains systèmes juridiques (France, Egypte), l'arbitrage était en principe exclu dans les contrats administratifs. Mais cette prohibition est de plus en plus écartée à l'époque actuelle où l'administration intervient largement dans le secteur économique et trouve dans l'arbitrage un procédé commode de faire trancher les litiges qui l'opposent à une autre administration et aux particuliers sans mettre en cause sa souveraineté.

Les matières touchant à l'ordre public sont en principe exclus du domaine de l'arbitrage : état civil, nationalité et généralement toute matière mettant en cause la souveraineté de l'Etat. Mais la loi autorise souvent le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges se rapportant à ces questions.

La convention d'arbitrage constituant une clause du contrat auquel elle se rapporte est généralement considérée comme indépendante, dans ses conditions de validité ou son régime, du contrat auquel elle se rapporte. C'est ce qu'on traduit par l'autonomie (en anglais « separability ») de la convention d'arbitrage. Ce principe fait obstacle à l'invocation de la nullité ou de l'inopposabilité du contrat dans

son ensemble pour paralyser le recours à l'arbitrage pour la solution des litiges, naissant de contrat. La nullité ou l'inopposabilité ne peut alors faire obstacle à l'arbitrage que si elle affecte la convention d'arbitrage elle-même et non le contrat dans son ensemble.

La loi régissant l'arbitrage autorise parfois les parties à une convention d'arbitrage à faire obstacle au déclenchement ou au déroulement d'une procédure judiciaire qui les oppose : la juridiction saisie est alors tenue de rejeter la demande pour incompétence.

Les arbitres peuvent être nommément désignés par les parties ou leur désignation peut être déléguée à un tiers (centre d'arbitrage, chambre de commerce, etc. ...). La seule référence, dans la convention d'arbitrage, à l'application du règlement d'un centre déterminé entraîne automatiquement cette désignation. Aussitôt qu'il est notifié de sa nomination, l'arbitre doit, sous peine de nullité, signaler aux parties ou à l'institution qui supervise la procédure toute circonstance de nature à mettre en cause son indépendance ou son impartialité. L'indépendance vise les circonstances objectives qui pourraient souligner une relation étroite entre l'arbitre et l'une des parties : nationalité, mandat antérieur, relation d'affaires, etc. ... Quant à l'impartialité, elle se rapporte aux dispositions personnelles de l'arbitre en faveur de l'une des parties. En l'absence d'une telle déclaration, il appartient à l'une ou à l'autre des parties de saisir le tribunal chargé de superviser la procédure ⁽³⁾ d'une demande de récusation, normalement pour les mêmes causes que celles autorisant la récusation des juges.

La procédure arbitrale est régie par l'accord des parties. Faute d'accord explicite ou de clause du règlement du centre d'arbitrage, elle est régie par la loi du lieu de l'arbitrage, d'où l'importance du choix des parties en la matière. D'une manière plus générale, la procédure doit satisfaire aux principes directeurs de toute procédure judiciaire, notamment ceux régissant l'égalité des parties et les droits de la défense. Le centre d'arbitrage désigné par les parties et, en tout cas, le tribunal compétent du lieu de l'arbitrage contrôlent le déroulement régulier de la procédure et tranchent les objections soulevées par les parties à ce sujet. Ils contrôlent également l'administration des preuves ⁽⁴⁾, le déroulement des constats ou l'expertise et sont appelés à confirmer les décisions des arbitres et à prononcer l'exequatur de la sentence, après s'être assuré de sa régularité ⁽⁵⁾.

La nullité de la sentence est encourue dans les cas prévus par les lois du lieu où elle est rendue ou exécutée. Celles-ci sont réduites au maximum par les conventions internationales pour faciliter au possible l'exécution de la sentence. Il s'agit, notamment de l'arbitrabilité du litige et de la violation de l'ordre public (qui doivent être soulevés d'office par le tribunal examinant la demande) ainsi que des causes de nullité qui doivent être invoqués par le défendeur ⁽⁶⁾, incapacité ou vices du consentement en vertu de la loi nationale de ce dernier, nullité, ou caducité de la convention d'arbitrage, droits de la défense, règlement d'un différend non prévu par la convention d'arbitrage ⁽⁷⁾, constitution du tribunal arbitral ou procédure non-conforme à la convention d'arbitrage ou au lieu de ce dernier, sentence qui n'est pas devenue obligatoire (« binding ») pour les parties ou qui a été annulée ou suspendue par une autorité compétente de l'Etat où la sentence a été rendue ou d'après la loi duquel elle l'a été.

(3) C'est généralement le tribunal compétent du domicile du défendeur.

(4) Certains systèmes juridiques autorisent les arbitres à entendre les témoins et même à leur faire prêter serments, d'autres limitent cette prérogative aux tribunaux de l'ordre judiciaire en vertu d'une commission rogatoire des arbitres.

(5) Certains systèmes exigent le dépôt préalable de la sentence au greffe du tribunal chargé de son exécution avant de la revêtir de l'exequatur.

(6) Article V alinéa 1 de la Convention de New-York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

(7) A moins que la clause qui s'y réfère ne puisse être dissociée de l'ensemble de la sentence.

Les conventions internationales ont généralement facilité au possible la reconnaissance et l'exécution des sentences, en réduisant à deux les documents qui doivent être produits à l'appui de la demande : soit la convention d'arbitrage et la sentence à exécuter (original ou copie authentifiée).

Les législations nationales tendent, par ailleurs, à limiter à la demande en nullité les voies de recours contre la sentence et, lorsque l'appel en est autorisé, à ouvrir cette voie pour les mêmes causes que pour la demande en nullité et à en déférer la compétence à la même juridiction (normalement, la cour d'appel du lieu où l'exequatur a été prononcé).

L'arbitrage commercial international s'est à présent répandu dans toutes les régions du monde, et a considérablement développé les relations économiques et en a assuré la sécurité.

Quant aux modes alternatifs, ils diffèrent de l'arbitrage en ce que ce dernier doit aboutir à la délivrance d'une sentence qui s'impose aux parties, à l'instar d'un jugement, alors que la médiation ou la conciliation, généralement développés dans le cadre des relations du travail, tend à obtenir l'adhésion des intéressés à un règlement amiable auquel les médiateurs ont contribué en les rapprochant. Le recours du juge étatique à ces modes de règlement semble toutefois assez limité, particulièrement dans les pays de la rive sud de la Méditerranée et la coopération entre les pays semble plus réduite dans ces pays que dans le domaine de l'arbitrage.

Il serait grandement souhaitable que le présent colloque puisse contribuer à la promotion de l'une et de l'autre institution dans le bassin méditerranéen.

Jacques el-Hakim