

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

la lettre

FRANCE – ALLEMAGNE



Lettre trimestrielle d'information sur l'actualité
juridique et fiscale allemande

Hiver 2012



Table des matières

DROIT DE L'ARBITRAGE

- 3 | Les nouvelles règles d'arbitrage de la CCI

DROIT DES SOCIÉTÉS

- 4 | L'opération passée avec soi-même du mandataire « non-libéré » de l'article 181 BGB: un piège de nullité ou une approche pragmatique?

DROIT FISCAL

- 5 | Actualité sur l'intégration fiscale en Allemagne

DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

- 6 | La contestation des actes juridiques selon l'article 133 InsO en cas de cessation de paiement par le débiteur

Les nouvelles règles d'arbitrage de la CCI

Dans le cadre d'une globalisation toujours croissante, le nombre de litiges commerciaux internationaux augmente. S'adresser à un tribunal étatique n'est souvent pas la meilleure solution, car les parties sont à la recherche d'une autorité neutre, elles ne souhaitent pas que leurs litiges soient exposés en public mais qu'ils soient réglés par des experts en la matière. Ceci va dans le sens d'une procédure d'arbitrage. Le choix d'une procédure d'arbitrage est également favorable dans les relations économiques internationales en raison d'une meilleure force exécutoire dans de nombreux cas par rapport aux décisions étatiques.

L'institution d'arbitrage la plus connue au monde, la CCI de Paris, a publié son nouveau règlement d'arbitrage le 12 septembre 2011. Il entrera en vigueur le 1er janvier 2012 et s'appliquera même aux contrats conclus avant le 1er janvier 2012, contenant une clause qui prévoit qu'en cas de litige une procédure d'arbitrage, selon les règles de la CCI, sera à mettre en œuvre.

Le but de la mise à jour du règlement d'arbitrage de la CCI, était non seulement d'adapter les règles d'arbitrage aux évolutions des dix dernières années, mais également d'augmenter l'efficacité de la procédure d'arbitrage afin de réduire son coût et sa durée. Ceci se reflète dans les principales innovations.

Pour atteindre ce but, le nouveau règlement de la CCI impose des obligations non seulement au tribunal d'arbitrage mais également aux parties. Ainsi, l'article 22 du règlement d'arbitrage prévoit que le tribunal arbitral et les parties font les

efforts nécessaires pour conduire la procédure d'arbitrage avec célérité et efficacité en termes de coût, eu égard à la complexité et à l'enjeu du litige. Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure, le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties. Si l'une des parties n'est pas en conformité avec ces obligations, des frais pourront lui être imposés du fait qu'elle n'ait pas conduit la procédure avec célérité et efficacité en termes de coût.

L'efficacité de la procédure doit également résulter d'une « Conférence sur la gestion de la procédure » (Case Management Conference), qui devra être effectuée de manière obligatoire au début de chaque arbitrage. Leur but étant de prévoir à l'avance la procédure d'arbitrage et son déroulement, et notamment de fixer des délais afin d'assurer une conduite ordonnée et rapide de la procédure. A l'issue de cette conférence, le tribunal arbitral devra mettre en place un calendrier et le communiquer à la Cour de la CCI ainsi qu'aux parties.

L'appendice IV du nouveau règlement prévoit des techniques de gestion de la procédure que le tribunal arbitral et les parties peuvent adopter afin de maîtriser les délais et les coûts.

Parmi ces illustrations, il faut prendre en compte, la limitation de la longueur et de la portée des écrits, le recours à des conférences téléphoniques ou des visioconférences, tout comme les étapes à suivre pour faciliter le règlement amiable d'un litige dans le cas où les parties y consentent.

Le nouveau règlement d'arbitrage de la CCI contient pour la première fois des règles procédurales applicables aux procédures qui impliquent plus de deux parties, tout comme des règles qui prévoient des jonctions d'arbitrage. Grâce à ces nouvelles dispositions, la pratique d'ores et déjà existante de la CCI est consignée par écrit et est en même temps rendue transparente. Ainsi, la conduite de procédures parfois très complexes avec beaucoup de parties sera allégée.

Une autre nouveauté concerne la création d'un arbitre dit « d'urgence » (Emergency Arbitrator). L'arbitre d'urgence peut ordonner des mesures dans le cadre d'une protection juridique provisoire avant toute procédure d'arbitrage. Parallèlement, la protection juridique d'urgence reste possible devant les tribunaux étatiques. Notamment dans les pays et les régions dans lesquels la protection juridique d'urgence ne peut pas être atteinte de manière efficace par les tribunaux étatiques, la saisine d'un arbitre d'urgence peut dans l'avenir être une alternative attrayante pour les parties aux litiges.



Matthias Schlingmann, LL.M. (Lausanne)
CMS Hasche Sigle, Hamburg
E matthias.schlingmann@cms-hs.com

L'opération passée avec soi-même du mandataire « non-libéré » de l'article 181 BGB: un piège de nullité ou une approche pragmatique?

Malgré le besoin manifeste de la pratique, notamment des organes de sociétés de capitaux, la jurisprudence et la doctrine ont longtemps refusé d'admettre l'opération avec soi-même du sous-mandataire si le représentant n'était pas libéré des restrictions de l'article 181 Code civil allemand (BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*) lui-même. Cependant, les arguments concluants sont en faveur de l'opinion dissidente qui se manifeste de plus en plus fréquemment dans la doctrine.

Les règles posées selon l'article 181 BGB

Afin d'éviter les conflits d'intérêts entre représenté et représentant, l'article 181 BGB pose le principe selon lequel le représentant n'est ni autorisé à conclure des actes juridiques avec lui-même, ni à intervenir en tant que représentant des deux parties dans un même contrat. Hormis les exceptions prévues par l'article 181 BGB, plus précisément l'exécution d'une obligation préexistante et l'autorisation par le représenté, l'article s'applique en principe à tous les cas de représentation, y compris la représentation légale et la représentation organique.

Pour retenir la violation de l'article 181 BGB, il suffit de démontrer, selon une pratique constante, des circonstances qui révèlent un conflit d'intérêt in abstracto; en vertu de la sécurité juridique, le constat d'un conflit d'intérêt in concreto n'est pas requis.

Le rôle de l'article 181 BGB

L'article 181 BGB joue un rôle déterminant en droit des sociétés, et notamment si les statuts de la société ne prévoient pas la

libération des restrictions de l'article 181 BGB. Ainsi, il est admis que le gérant d'une GmbH est libre de conclure des contrats entre la société et lui-même ou de sous-mandater un représentant libéré des restrictions de l'article 181 BGB, tant que les statuts le permettent. Cette dernière opération pose cependant des problèmes dans le cas où le gérant n'est pas lui-même libéré des restrictions de l'article 181 BGB et souhaite cependant sous-mandater un représentant habilité à effectuer des opérations avec lui-même.

Les besoins de la pratique

On peut d'abord souligner que l'admission de telles opérations répondrait aux besoins de la pratique ou, autrement dit, que l'exclusion de cette possibilité serait difficile à mettre en œuvre à la vue du nombre possible d'associés. En effet, pour une modification des statuts d'une société à responsabilité limitée allemande (GmbH), ayant un grand nombre d'associés qui sont représentés par des gérants non libérés des restrictions de l'article 181 BGB, chaque associé devrait participer à la certification par le notaire ou alors choisir un représentant qui lui est propre. Malgré la nécessité manifeste dans cette situation de faire intervenir un sous-mandat libéré des restrictions de l'article 181 BGB, l'opinion prévalant l'a longtemps refusé.

Avant d'argumenter sur le bien-fondé de l'opinion dissidente de la doctrine, il convient d'abord de préciser ces différentes opinions :

La conception classique : une approche purement formelle

Pierre angulaire de l'opinion classique est l'ancien adage du droit romain « Nul ne

peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient lui-même »: Tant que l'organe n'est pas libéré des restrictions de l'article 181 BGB, il n'est pas habilité à sous-mandater un représentant libéré des restrictions de l'article 181 BGB, le sous-mandat étant ici assimilé à un élargissement illicite des compétences de l'organe.

Parmi les adeptes de cette conception, certains admettent pourtant la validité rétroactive de l'opération par une autorisation postérieure aux termes de l'article 181 BGB. Jusqu'à l'autorisation postérieure à l'opération, cette dernière est sans effet et devient caduque si les représentés refusent de donner leur autorisation en ce qui concerne l'acte juridique conclu par le représentant. Il en résulte que le représentant est responsable comme un représentant non habilité (*Vertreter ohne Vertretungsmacht*).

La conception moderne : la prise en compte des motifs du législateur

La conception moderne de la doctrine se concentre sur une autre question. Elle subordonne la licéité du sous-mandat, libéré des restrictions de l'article 181 BGB, à la possibilité du représenté lui-même de conclure l'acte. Si la représentation a pour but le contournement de l'article 181 BGB par l'intervention du sous-mandataire, elle ne peut pas être licite. Si, en revanche, la représentation a des raisons pragmatiques, elle peut être licite.

Donc, selon la doctrine, la question n'est plus si l'organe non libéré des restrictions de l'article 181 BGB est habilité à en libérer son sous-représentant; elle se concentre sur la question selon laquelle le représenté aurait pu conclure l'acte juridique lui-même,

sans l'intervention du sous-représentant. Si tel est le cas, le sous-mandat libéré des restrictions doit être admis.

Conclusion

Le formalisme strict de la conception classique garantit la sécurité juridique et évite de manière efficace tout contournement de l'interdiction posée par l'article 181 *BGB*. Tout en soulignant ces principes fondamentaux, il crée cependant des dérives supplémentaires en se fondant sur des aspects uniquement formels.

La question de la portée de l'article 181 *BGB* est une question qui connaît diverses

contestations et dont la réponse est décisive pour la pratique. Notamment dans le cas du sous-mandat nommé par un organe non libéré des restrictions de l'article 181 *BGB*, un point de vue unique serait préférable afin d'éviter l'insécurité juridique manifestement existante.

Les arguments les plus convaincants sont en faveur de la conception moderne. Quoiqu'il en soit, face à la jurisprudence constante de la Cour Fédérale Allemande, il vaut mieux appliquer la conception classique en cas de sous-mandat et tant que la Cour ne s'est pas prononcée sur la conception moderne de la doctrine de manière favorable.



Dr Niklas Wielandt
CMS Hasche Sigle, Berlin
E niklas.wielandt@cms-hs.com

// DROIT FISCAL

Actualité sur l'intégration fiscale en Allemagne

Une intégration fiscale en Allemagne offre de nombreux avantages. Elle est envisagée lorsque plusieurs sociétés affiliées se situent en Allemagne. Il convient d'informer brièvement sur les conditions et les évolutions actuelles de l'intégration fiscale, au regard de l'imposition des bénéfices d'une part, et au regard de la TVA d'autre part.

Dans les deux cas, les sociétés dominées (« ci après dénommées sociétés intégrées ») doivent être intégrées financièrement à la société tête de groupe (ci-après dénommée « société intégrante »), cette dernière doit par conséquent posséder la majorité des droits de vote, associés aux actions respectives des sociétés affiliées. En outre, concernant les sociétés intégrées, il doit toujours s'agir de sociétés de capitaux. Concernant la société intégrante, d'autres formes juridiques entrent également en ligne de compte.

1. L'intégration fiscale au regard de l'imposition sur les bénéfices

Pour l'intégration fiscale concernant l'impôt sur les sociétés et la taxe professionnelle, il est nécessaire de conclure un contrat prévoyant

le transfert des pertes et des bénéfices (« Ergebnisabführungsvertrag ») pour une durée minimale de cinq ans. Il en résulte une compensation des pertes et des profits. La société intégrée doit alors transférer la totalité de ses bénéfices à la société intégrante. Si cependant, une perte est constatée, la société intégrante a un droit de compensation. Les bénéfices et les pertes du groupe sont ainsi automatiquement consolidés au niveau de la société mère, en vertu du contrat de transfert des pertes et des bénéfices.

Si ce groupe, résultant d'un contrat interentreprises, perdure au moins cinq ans, l'administration financière le reconnaîtra également fiscalement. L'impôt sur les sociétés et la taxe professionnelle ne seront ensuite que déterminés au niveau de la société mère. La société intégrante redevable devra, pour ce faire, avoir son siège en Allemagne.

La Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof* « BFH ») a décidé récemment que cette durée de cinq années se déterminait par la prise en compte d'années complètes et non en fonction de l'exercice comptable de la société (12.01.2011- I R 3/10). Ainsi, un

exercice partiel correspondant à l'année de création ne pourra pas être considéré comme une année complète dans le calcul de cette durée de cinq ans.

2. L'intégration fiscale au regard de la TVA

L'intégration fiscale du point de vue de la TVA ne peut être choisie par le contribuable, mais elle se produit automatiquement lorsque les conditions définies par la loi sont remplies. Les conditions sont notamment, mis à part l'intégration financière telle que citée précédemment, l'intégration organisationnelle et économique.

En ce qui concerne l'intégration économique, la société intégrée doit avoir une activité économique, correspondant à la volonté de la société intégrante. Pour ce faire, certaines relations économiques doivent exister afin d'assurer un soutien mutuel. L'intensité nécessaire de ces relations dépend de l'intérêt de la création de la société intégrée, si elle a été créée dans l'intérêt de la société intégrante ou si elle a principalement été créée dans l'intérêt d'une autre entreprise. La société intégrée pourra au moins écouler une partie de ses produits sur le marché

libre. Fait l'objet d'une controverse, la possibilité de baser l'intégration économique sur des prestations de services de moindre importance rendues entre les sociétés intégrées et la société intégrante. Le *BFH* répond par la négative (18.6.2009 – V R 4/08). La location d'un immeuble, destiné à l'exploitation d'un fonds de commerce, par la société intégrée serait cependant suffisante.

L'intégration organisationnelle existe lorsque la société de contrôle s'assure par des mesures organisationnelles que sa volonté est exécutée au sein du groupe d'intégration fiscale. Est une mesure suffisante, la mesure appelée « interdépendance de personnes », par exemple des dirigeants. Lorsqu'une intégration fiscale au regard de la TVA sera souhaitée, il est donc conseillé de nommer le même ou les mêmes dirigeants dans les deux sociétés.

Ceci est également illustré par une décision récente du *BFH* du 07.07.2011 (V R 53/10). Dans ce cas, le gérant de la société intégrée

était en même temps le « *Prokurist* » (mandataire spécial en Allemagne) de la société intégrante. Cependant, en tant que gérant de la société intégrée, il ne pouvait être révoqué que pour des motifs valables selon les termes des statuts. Certes, la société intégrante avait un pouvoir de direction en vertu de son statut de majoritaire et d'employeur du « *Prokurist* ». Mais ce n'était pas suffisant sans la révocation du gérant. Nous n'étions donc pas en présence d'une intégration organisationnelle.

Dans le cas où une intégration fiscale au regard de la TVA existe, les sociétés intéressées « fusionnent » en un seul contribuable. Les prestations de services rendues au sein du groupe d'intégration fiscale ne seront pas soumises à la TVA. Une intégration fiscale concernant la TVA est également possible quand la société intégrante se situe à l'étranger (par exemple la société mère se situe en France, les filiales A et B se situent en Allemagne). Cependant, dans ce cas, les effets de l'intégration fiscale se concentrent en Allemagne.



Felix Trapp LL.M. oec
CMS Hasche Sigle, Berlin
E felix.trapp@cms-hs.com



Sandra Inglese
CMS Hasche Sigle, Berlin
E sandra.inglese@cms-hs.com

// DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

La contestation des actes juridiques selon l'article 133 InsO en cas de cessation de paiement par le débiteur

La contestation des actes juridiques effectués par le débiteur, dans le but de désavantager ses créanciers, est un important moyen pour le liquidateur du débiteur d'augmenter l'actif du débiteur au profit des créanciers. Pour cette raison, la définition exacte des circonstances dans lesquelles le liquidateur est autorisé à revendiquer les paiements réalisés par le débiteur en période de crise est d'une grande importance. Une décision récente de la Cour fédérale allemande a éclairé les conditions de production de preuve de l'insolvabilité du débiteur.

La réglementation de l'article 133 InsO

En vertu de l'article 133 InsO, le liquidateur peut contester tout acte juridique effectué par le débiteur sur une période de 10 ans avant le dépôt de bilan (*Antrag auf Insolvenzeröffnung*) si le débiteur a effectué l'acte juridique en question dans l'intention de désavantager ses créanciers et si la partie contractant avec le débiteur a eu connaissance de cette intention de nuire. L'intention du débiteur de désavantager ses créanciers (*Gläubigerbenachteiligungsvorsatz*) est présumée à chaque fois que le

débiteur effectue un acte juridique tout en sachant que cet acte juridique aura pour conséquence inévitable une atteinte aux intérêts de ses créanciers.

La jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande

Selon la jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande, un débiteur effectue ses actes juridiques avec l'intention de désavantager ses créanciers s'il agit en pleine connaissance de son insolvabilité. De plus, le non-paiement d'une partie

signifiante des obligations échéantes par le débiteur est qualifié par la Cour comme un état de cessation des paiements dans le sens des règles de procédure collective allemande.

Auparavant, les liquidateurs ont connu beaucoup de difficultés pour prouver de la cessation de paiement du débiteur, car la constatation de la cessation de paiement par le débiteur devait faire l'objet d'une comparaison stricte entre les obligations payées et les obligations impayées du débiteur. Par conséquent, le liquidateur devait dresser un bilan de liquidité du débiteur afin de donner une preuve de sa cessation de paiement – une condition souvent irréalisable pour le liquidateur compte tenu d'une comptabilité lacuneuse et non-transparente du débiteur.

La jurisprudence récente de la Cour fédérale allemande

Dans sa jurisprudence récente (Cour fédérale allemande (BGH), décision du 30.6.2011 – IX ZR 134/10), la Cour fédérale allemande a précisé que le liquidateur peut faire preuve de l'insolvabilité du débiteur par indices. La Cour souligne dans sa jurisprudence récente que la preuve du montant exact des obligations échéantes et non-payées n'est plus nécessaire, si l'ensemble des circonstances permet de présumer la cessation des paiements et par conséquent de présumer l'insolvabilité du débiteur. Il en résulte que la constatation de

l'insolvabilité du débiteur peut être le résultat de l'analyse d'un bilan de liquidité comme par le passé. Mais un tel bilan de liquidité n'est plus obligatoire et est même accessoire dans les cas où l'insolvabilité du débiteur peut être présumée car le débiteur a cessé le paiement de ses obligations échéantes. En d'autres termes la Cour accepte la preuve par indices en ce qui concerne l'insolvabilité du débiteur. Une argumentation supplémentaire pour prouver l'insolvabilité du débiteur n'est pas nécessaire. En particulier, la présentation d'un bilan de liquidité constatant un manque de liquidité d'au moins 10 % des obligations échéantes du débiteur, n'est plus nécessaire pour faire preuve de son insolvabilité.

Par conséquent, c'est la partie contractante avec le débiteur qui doit prouver la solvabilité du débiteur au moment de la conclusion de l'acte juridique en cause, si elle veut éviter la contestation de l'acte juridique par le liquidateur. Il en résulte un renversement de la charge de la preuve du liquidateur vers la partie contractant avec le débiteur.

Avec cette jurisprudence récente, la Cour fédérale allemande confirme sa tendance à alléger l'apport de la preuve de l'insolvabilité du débiteur. Après avoir constaté en 2006, que le fait de dresser un bilan de liquidité du débiteur n'est pas une condition nécessaire pour prouver son insolvabilité, la Cour fédérale allemande clarifie avec cette nouvelle jurisprudence que la preuve du

montant exact des obligations impayées par le débiteur n'est pas non plus nécessaire lorsque l'ensemble des circonstances permet de présumer la cessation des paiements et – corrélativement – l'insolvabilité du débiteur.



Dr Niklas Wielandt
CMS Hasche Sigle, Berlin
E niklas.wielandt@cms-hs.com



Sandra Inglese
CMS Hasche Sigle, Berlin
E sandra.inglese@cms-hs.com

Mentions légales Comité de rédaction

France

Paris
CMS Bureau Francis Lefebvre
1–3, villa Émile Bergerat
92522 Neuilly-sur-Seine Cedex

François Hellio
Avocat associé
T +33 1 47 3855 00
E francois.hellio@cms-bfl.com

Allemagne

Berlin
CMS Hasche Sigle
Lennéstraße 7
10785 Berlin

Dr Gerd Leutner
Rechtsanwalt associé
T + 49 30 20360 1709
E gerd.leutner@cms-hs.com

Jouissance des droits

Cette lettre d'information est la propriété commune de CMS Bureau Francis Lefebvre et de CMS Hasche Sigle. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication :
Pierre-Sébastien Thill

