

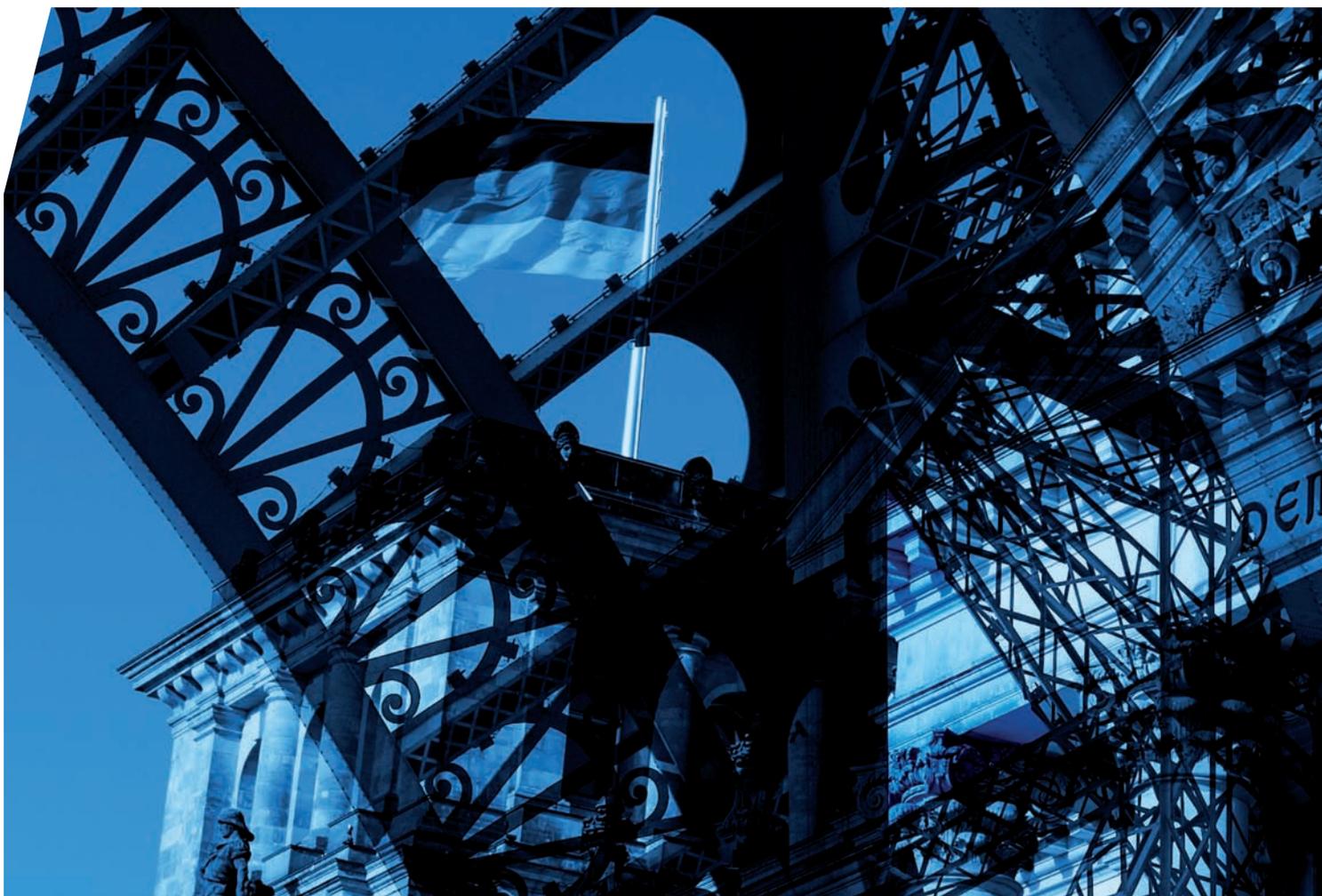
C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

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

Prix CMS

- 3 | Remise du Prix CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle 2011

Droit des sociétés

- 4 | Modifications de la jurisprudence concernant l'exclusion des associés d'une GmbH

Droit de la faillite

- 5 | La conversion de dettes en capitaux propres lors de faillite – quand les créanciers prennent le commandement !

E-mobilité

- 6 | « En matière d'électro-mobilité il y a encore un certain besoin de clarification juridique »
Interview avec Dr. Gerd Leutner, Associé du Cabinet d'avocats CMS Hasche Sigle.



// Prix CMS

Remise du Prix CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle 2011

CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle ont le plaisir d'annoncer que le Prix CMS franco-allemand 2011 a été remporté par Annika Jo Heinrich pour son mémoire sur le thème : « Etude comparée des distributions transfrontalières de dividendes : comparaison entre les systèmes fiscaux français et allemand au regard de la législation européenne ».

Annika est diplômée d'une Maîtrise de droit (Master 1) de l'Université de Paris XII, France, spécialisation droit français et international des affaires, et d'un Magistère Juris de droit allemand et étranger de l'Université de Mainz, Allemagne.

Créé conjointement par CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle en 2005, le Prix CMS franco-allemand récompense un étudiant de Master 2, de doctorat ou de grande école, pour un mémoire ou un rapport de stage traitant d'un sujet juridique ou fiscal dans le contexte franco-allemand. La création de ce prix s'inscrit dans les travaux du groupe franco-allemand créé au niveau de CMS visant à promouvoir le conseil en matière juridique et fiscale des deux côtés du Rhin.

Il est conjointement animé par François Hellio, associé de CMS Bureau Francis Lefebvre et par Gerd Leutner, associé de CMS Hasche Sigle. Le prix a été remis à

l'occasion de la conférence annuelle franco-allemande portant sur la « Social compétitivité » qui s'est tenue à l'Institut Goethe à Paris le 16 octobre 2012.

Pour plus d'informations, veuillez bien contacter :

François Hellio,
Coordinateur du Groupe Franco-Allemand
E francois.hellio@cms-bfl.com

Dr. Gerd Leutner,
Coordinateur du Groupe Franco-Allemand
E gerd.leutner@cms-hs.com

Modifications de la jurisprudence concernant l'exclusion des associés d'une GmbH

Par décision du 24 janvier 2012 (AZ II ZR 109/11), la Cour fédérale allemande a procédé à un revirement profond de sa jurisprudence concernant date effective des décisions d'exclusion dans les sociétés à responsabilité limitée de droit allemand (nommée ci-après GmbH). Selon la nouvelle jurisprudence, une décision de retrait dans une GmbH prend effet des informations de l'associé si bien que l'associé exclu perd ses droits et obligations dès ce moment. En outre, afin de protéger l'associé exclu, les associés restants sont personnellement responsables à côté de la société concernant le paiement de l'indemnité de départ.

La décision concerne les sociétés à responsabilité limitée allemandes qui prévoient, dans leurs statuts, une exclusion par décision majoritaire de l'assemblée des associés. Cette situation est relativement fréquente, notamment dans les sociétés filiales avec des minoritaires ou celles qui sont dirigées par leur propriétaire dans lesquelles la personnalité des associés est particulièrement importante. Dans la plupart des cas, le retrait des parts sociales se fait d'ailleurs par décision majoritaire dès lors que les conditions sont remplies. Tel est en particulier le cas de l'associé exclu pour un motif important d'exclusion, de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du patrimoine de celui-ci ou encore d'une saisie de ses parts sociales.

Selon la jurisprudence antérieure, le départ de la société de l'associé exclu n'était effectif qu'après paiement complet de son indemnité de départ par la société. On parlait alors de « solution sous conditions ». Cette jurisprudence était critiquée notamment en raison du fait qu'elle provoquait, pour les associés restants, une situation en suspens pendant un délai non raisonnable. C'était en particulier le cas lorsque les statuts, en se fondant sur la protection de la liquidité de la société, prévoyaient une indemnité payable en plusieurs annuités. Pendant cette période, l'associé pourtant déjà exclu pouvait continuer d'exercer ses droits de votes et le droit de bénéfice.

La Cour fédérale a donc finalement fait suite à cette critique dans sa décision du 24 janvier 2012 en déclarant que, désormais, le retrait des parts sociales sur la base d'une décision des associés prenait effet dès la communication de la décision à l'intéressé même avant le paiement complet de son indemnité de départ.

Conséquences pour la pratique

Désormais, en raison de cette nouvelle jurisprudence, l'associé exclu d'une GmbH perd ses droits dès qu'il a été informé de la décision d'exclusion. Les associés restants peuvent donc être certains qu'il ne pourra plus exercer ses droits, même si son indemnité de départ n'a pas été totalement versée. Pour que l'associé exclu puisse conserver ses droits, il faudra alors une disposition expresse en ce sens dans les statuts.

La nouvelle jurisprudence pose cependant quelques questions qui pourraient également entraîner une insécurité juridique. En effet, dans la mesure où la Cour fédérale allemande a également décidé que les associés restants étaient personnellement responsables avec la société en ce qui concerne le paiement de l'indemnité de départ de l'associé exclu, se pose la question de savoir si cette responsabilité solidaire touche également les associés qui ont voté contre cette décision d'exclusion. Comme la Cour n'a pas encore tranché ces questions, la solution devra donc attendre une évolution future de la loi.



Dr. Hendrik Schindler
CMS Hasche Sigle, Cologne
E hendrik.schindler@cms-hs.com

La conversion de dettes en capitaux propres lors de faillite – quand les créanciers prennent le commandement !

Avec la loi permettant la facilitation des restructurations d'entreprise (ESUG), d'importants changements dans le droit de la faillite (InsO) sont entrés en vigueur depuis le 1er mars 2012. L'objectif principal de ces modifications législatives est de rendre le droit allemand de la faillite, jusqu'ici principalement centré sur le transfert de la liquidation d'entreprises, plus convivial en vue d'un nouveau départ. Un élément essentiel ici est la suppression de la séparation stricte entre droit des sociétés et droit de la faillite à travers la tendance à permettre l'inclusion de divers droits sociétaires dans le plan d'insolvabilité. Une règle explicite, la soi-disant « Debt-Equity-Swap » (conversion de dettes en capitaux propres), a ici fait l'objet d'un changement (§ 225a al. 2 InsO). Elle permet aux créanciers d'une société insolvable, dans de nombreux cas, de prendre le contrôle, sans le consentement des actionnaires existants !

I. Le plan d'insolvabilité comme un outil de contrôle

Les créanciers souhaitant prendre le contrôle, en particulier ceux qui ont acheté des créances à d'autres créanciers dans cette optique, peuvent se servir du plan d'insolvabilité d'une entreprise pour son acquisition. Dans le cadre d'un plan d'insolvabilité, les parties peuvent créer

des règles plus souples, nonobstant les obligations juridiques normalement applicables à l'utilisation et distribution d'actifs du débiteur insolvable, en particulier en cas d'éventuelle restructuration de la société.

L'influence des créanciers sur le plan de redressement est énorme : l'assemblée des créanciers peut nommer un liquidateur pour élaborer un plan de redressement et lui imposer l'objectif du plan (§ 157 al. 2 InsO). Le plan de redressement se met en œuvre avec le concours, entre autres, du comité des créanciers (§ 128 al. 3 InsO). Enfin, les créanciers votent sur l'adoption du plan (§§ 235 et suivants InsO).

Il est vrai que l'adoption d'un plan d'insolvabilité, qui est susceptible de se répercuter sur les droits liés aux parts et à l'adhésion des actionnaires, requiert l'approbation d'un nombre d'actionnaires qui détiennent plus de la moitié du total du capital social (§ 244 al. 3 InsO). Pourtant, cette approbation, dans le cas où la majorité requise des actionnaires ne pourrait être atteinte, sera en règle générale présumée, en raison de l'« interdiction d'obstruction » (§ 245 al. 1, 3 InsO). La nouvelle réglementation de la procédure d'insolvabilité amènera à ce que les actionnaires ne puissent pas, dans les faits, empêcher la prise de contrôle de la société par les créanciers dans le cadre d'une conversion de dettes en capitaux propres (Debt-Equity-Swap).

II. Fonctionnement de la conversion de dettes en capitaux propres

La conversion de dettes en capitaux propres sera elle-même considérée dans les faits comme une augmentation de capital en nature. L'augmentation de capital en nature, dans le cadre de laquelle les créances des créanciers sont introduites comme des apports en nature, est immédiatement précédée d'une réduction de capital.

Correctement appliquée, cette combinaison de réduction et augmentation de capital éliminera le surendettement existant d'une entreprise insolvable. Les coûts du financement externe ainsi réduits auront un effet positif supplémentaire sur la solvabilité de l'entreprise.

III. Questions ouvertes

Le législateur fait un pas dans le monde nouveau de l'insolvabilité avec la conversion de dettes en capitaux propres. Les questions ouvertes de mise en œuvre pratique ne sont donc pas surprenantes. Deux questions importantes sont actuellement en suspens : comment seront évaluées les nouvelles créances des créanciers dans le cadre d'une augmentation de capital ? Et : dans quelles circonstances les actionnaires pourront-ils prétendre à la chance de participer à la restructuration de la société dans le cas d'une procédure d'insolvabilité, selon leurs droits préférentiels sur l'émission de nouveaux titres ?

En ce qui concerne l'évaluation des créances apportées, notamment pour des raisons de prudence, une évaluation à la valeur de liquidation doit être envisagée. La créance devra être évaluée en fonction du taux d'insolvabilité (« Insolvenzquote ») qui devrait se produire en cas de liquidation de la société.

Cependant, la question des possibles droits préférentiels des actionnaires n'est largement pas tranchée. D'une part la loi règlemente les principes de base de la recevabilité de l'exclusion du droit préférentiel aux nouveaux titres (§ 225a al. 2 phrase 3 InsO), mais d'autre part, le § 225a al. 3 InsO indique que seules les mesures autorisées par le droit des sociétés peuvent être prévues dans un plan d'insolvabilité, ce qui ne permettrait

pas l'exclusion généralisée du droit préférentiel. En attendant une clarification de la question, la pratique devrait requérir un accord viable incluant les actionnaires actuels pour les plans de contrôle, et l'exclusion totale des droits préférentiels devrait donc être ainsi évitée.

IV. Conclusion

Le nouveau droit de la faillite offre aux créanciers la possibilité de prendre le contrôle des sociétés insolvables. Les actionnaires restent en grande partie impuissants à cet égard. On peut se demander dans quelle mesure l'instrument du plan d'insolvabilité sera appliqué, dans le futur, à l'achat de créances insolvables – certainement à des fins d'acquisitions de

sociétés cibles lucratives uniquement – spécifiquement avec le but de prendre le contrôle des sociétés insolvables.



Dr. Andreas Weng
CMS Hasche Sigle, Hambourg
E andreas.weng@cms-hs.com

// E-mobilité

« En matière d'électro-mobilité il y a encore un certain besoin de clarification juridique »

Interview avec Dr. Gerd Leutner, Associé de CMS Hasche Sigle.

L'électro-mobilité pénètre de plus en plus dans la sphère publique et revendique la place qui lui est due en tant que technologie d'avenir. La diversité de l'offre s'accroît et les infrastructures de recharge se construisent, mais les progrès techniques ainsi que cette diffusion posent à la société et aux acteurs du marché de nouveaux défis, qui font émerger à leur tour des questions juridiques nouvelles.

Le Cabinet international CMS Hasche Sigle s'est adressé très tôt aux tendances et conditions de base de l'électro-mobilité, il dispose de spécialistes dans tous les domaines essentiels du droit et publie des rapports et contributions au débat actuel

pertinent sur les technologies d'avenir. CMS Hasche Sigle est membre du forum de l'électro-mobilité de la société Fraunhofer.

Question : En tant que Cabinet d'avocats et de conseil aux acteurs économiques à l'échelle internationale, vous-vous êtes, entre autre, spécialisé sur le thème de l'électro-mobilité. Quelle est la part que tient l'électro-mobilité chez CMS Hasche Sigle ?

Dr. Gerd Leutner : L'électro-mobilité reflète l'approche transversale et les compétences de « service complet » de notre cabinet. Tout comme il est ici question de technologies d'avenir, dont l'importance croît rapidement, et continuera de croître, l'électro-mobilité prend pareillement une place de plus en plus importante chez CMS Hasche Sigle.

Nous tenons à comprendre ce que nos clients transportent et vers où ils se développent.

Question : Quels sont les aspects de l'électro-mobilité qui, en matière de conseil et clarification juridique, se présentent au premier plan ?

Dr. Gerd Leutner : Dans la mesure où il s'agit d'une technologie à application relativement jeune, du moins en ce qui concerne sa diffusion, de nombreux aspects n'ont pas encore de cadre juridique établi. Notamment la question de la construction d'un réseau puissant de stations de recharge se pose au premier plan, mais de même qu'en matière d'organisation de modèles de projet et qu'en matière de cadre juridique général, il reste encore beaucoup de questions en suspens à clarifier.



**Question : Qui sont vos clients ?
Principalement les constructeurs automobiles et les fournisseurs de l'industrie automobile, ou bien également d'autres acteurs du marché ?**

Dr. Gerd Leutner : Nous travaillons avec tous les acteurs du marché : comme, parmi d'autres, les constructeurs automobiles, les entreprises de livraison, et l'industrie du secteur de l'énergie, qui sont intimement liés à la construction et la conception des infrastructures de recharge.

Question : Quels aspects juridiques doivent être pris en considérations, par exemple avant l'introduction sur le marché d'une nouvelle voiture électrique ?

Dr. Gerd Leutner : Avant l'introduction sur le marché d'un produit lié au secteur de l'électro-mobilité, il y a plusieurs aspects juridiques qui doivent être clarifiés, que ce soit pour la livraison d'énergie à travers le réseau énergétique public ou semi-public, ou que ce soit pour la mise sur le marché de véhicules ou de produits liés. Avant toute question, c'est la responsabilité juridique pour le produit qui doit être réglée en détail. De même les allégations publicitaires et les slogans avec lesquels la nouvelle voiture électrique sera publicisée doivent être attentivement vérifiés,

notamment pour savoir s'ils sont disputables ou si des droits déjà existants sont en train d'être violés. Enfin, un solide travail contractuel doit être entrepris pour assurer que les contrats de vente correspondent bien au modèle du financement des batteries du constructeur automobile.

Question : Comment voyez-vous le développement de l'électro-mobilité en Allemagne, en comparaison avec l'international ?

Dr. Gerd Leutner : On peut déjà observer que la diffusion de l'électro-mobilité en Allemagne est relativement plus lente que ce qui est le cas dans d'autres pays, qui, grâce à des subventions publiques massives promeuvent les ventes de véhicules électriques, par exemple comme la France ou la Norvège. En résulte d'une part un développement plus lent, mais aussi des résultats positifs, comme la création et le développement d'infrastructures « électro-mobiles » qui se feront de manière plus substantielle et durable.

Question : Quels sont, selon vous, les défis juridiques de l'électro-mobilité à court et moyen terme, c'est-à-dire dans quel domaine y-a-t-il aujourd'hui le plus gros besoin de clarification ?

Dr. Gerd Leutner : Comme déjà mentionné il y a encore quelques besoins de clarification

dans tous les domaines de l'électro-mobilité. La multiplicité des modèles d'activité de l'e-mobilité, avec laquelle les constructeurs et concessionnaires d'automobiles se vendent pour obtenir la faveur des clients, nécessite une conception précise des conditions générales de vente qu'appliquent les vendeurs. Par ailleurs, c'est le thème des infrastructures de recharge qui est concerné par ce besoin : les infrastructures de recharge en Allemagne se développent très bien, de plus en plus d'offres et de modèles atteignent le marché, ce qui doit donc être organisé juridiquement, tout comme le cadre juridique doit être clarifié. De même les questions d'accès et de responsabilité pour les infrastructures existantes ne sont pas encore définitivement clarifiées. Il y a donc encore beaucoup à faire !



Dr. Gerd Leutner
CMS Hasche Sigle, Berlin
E gerd.leutner@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

