

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

Été 2011



# Table des matières

## **DROIT COMMERCIAL**

- 3 | L'exception au droit à indemnité de l'agent commercial et du concessionnaire en cas de cessation du contrat

## **DROIT DU TRAVAIL**

- 5 | « Tenue correcte exigée »

## **DROIT DES SOCIÉTÉS**

- 6 | L'authentification notariale en Suisse

# L'exception au droit à indemnité de l'agent commercial et du concessionnaire en cas de cessation du contrat

Selon la jurisprudence récente de la Cour fédérale allemande, la résiliation du contrat d'agent commercial (*Handelsvertretervertrag*) par le commettant à cause d'un comportement fautif de l'agent constituant un motif sérieux de résiliation ne donne plus lieu à indemnité dès lors que la décision du commettant de mettre fin au contrat a été directement causée par le motif sérieux de résiliation. L'exclusion du droit à indemnité de l'agent commercial (*Handelsvertreter*) nécessite désormais l'existence d'un lien de causalité directe entre le manquement de l'agent commercial et la décision du commettant de mettre fin au contrat.

À l'inverse, l'existence d'un motif sérieux qui aurait justifié une telle décision de façon objective au moment où la décision de mettre fin au contrat a été prise ne suffit plus à justifier le refus de toute indemnité à l'agent commercial. Cet abandon de la jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande résulte de l'interprétation de la loi allemande conformément à la directive concernant les agents commerciaux indépendants (Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986). Cette jurisprudence récente s'applique également par analogie aux contrats de concession (*Vertragshändlerverträge*).

## La réglementation de l'article 89b du Code de commerce allemand

En vertu de l'article 89b du Code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch*), après la fin du contrat, l'agent commercial peut exiger du commettant une indemnité appropriée dans la mesure où le commettant retire, même après la

cessation du contrat, des bénéfices considérables d'une relation d'affaires avec de nouveaux clients démarchés par l'agent commercial et à condition que le paiement d'une telle indemnité soit équitable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, et en particulier au regard des commissions perdues par l'agent commercial, à savoir les commissions qu'il aurait perçues suite à la réalisation d'opérations avec ces clients.

Par exception, selon l'article 89b al. 3 n° 2 du Code de commerce allemand, cette indemnité n'est pas due si le commettant a résilié le contrat en raison d'un comportement fautif de l'agent commercial constituant un motif sérieux de résiliation.

## La jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande

En vertu de la jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*), il suffisait pour exclure le droit à indemnité de l'agent qu'un motif sérieux justifiant une cessation du contrat sans préavis ait existé de façon objective au moment de la décision de mettre fin au contrat. Le fait que ce motif sérieux de résiliation ait, dans les faits, causé ou non la décision de mettre fin au contrat n'était pas déterminant. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'agent commercial se rendait coupable, avant la fin du préavis, d'un manquement qui aurait justifié une résiliation sans préavis, cette jurisprudence permettait au commettant qui avait décidé de la résiliation ordinaire du contrat de se prévaloir du manquement de l'agent. Le commettant était ainsi autorisé à décider soit d'une nouvelle résiliation sans préavis au cas où il aurait pris connaissance dudit

manquement avant le terme du préavis, soit de se prévaloir dudit manquement pour refuser toute indemnité à l'agent au cas où il n'en aurait pris connaissance qu'après la fin du préavis.

## L'interprétation de l'article 89b HGB en conformité avec la directive européenne relative aux agents commerciaux

Aux termes de l'article 18 a) de la directive concernant les agents commerciaux indépendants, l'indemnité n'est pas due lorsque le commettant a mis fin au contrat « pour » un manquement imputable à l'agent commercial et qui justifierait, en vertu de la législation nationale, une cessation du contrat sans préavis. L'utilisation de la préposition « pour » par le législateur de l'Union européenne est de nature à soutenir la thèse selon laquelle ledit législateur entend soumettre l'exclusion du droit à indemnité de l'agent commercial prévu à l'article 17 de la directive à l'existence d'une causalité directe entre le manquement imputable à l'agent et la décision du commettant de mettre fin au contrat.

Il convient d'ajouter qu'en tant qu'exception au droit à indemnité de l'agent, l'article 18 a) de la directive est d'interprétation stricte. Par conséquent, cette disposition ne saurait être interprétée dans un sens qui reviendrait à ajouter une clause de déchéance de l'indemnité qui n'est pas expressément prévue par cette disposition.

Dans ces conditions, lorsque le commettant ne prend connaissance du manquement de l'agent commercial qu'après la fin du



contrat, il n'est plus possible d'appliquer le mécanisme prévu à l'article 18 a) de la directive. Par conséquent, l'agent commercial ne peut pas être privé de son droit à indemnité en vertu de cette disposition lorsque le commettant établit, après lui avoir notifié la résiliation ordinaire du contrat, l'existence d'un manquement de l'agent de nature à justifier une résiliation du contrat sans préavis.

Eu égard à ces considérations, l'article 18 a) de la directive s'oppose à ce qu'un agent commercial indépendant soit privé de son indemnité de clientèle lorsque le commettant établit l'existence d'un manquement de l'agent ayant eu lieu après la notification de la résiliation ordinaire du contrat et avant l'échéance du préavis, même si celle-ci était de nature à justifier une résiliation sans délai du contrat en cause.

### La jurisprudence récente de la Cour fédérale allemande

Selon la jurisprudence récente de la Cour fédérale allemande, suite à une interprétation de l'article 89b du Code de commerce allemand conformément à la directive, l'exception au droit à indemnité de l'agent commercial nécessite désormais l'existence d'une causalité directe entre le manquement imputable à l'agent commercial et la décision du commettant

de mettre fin au contrat afin que l'agent commercial puisse être privé de l'indemnité prévue par la loi. En exigeant une telle causalité directe, la Cour fédérale allemande marque l'abandon de sa jurisprudence ancienne selon laquelle un motif sérieux qui aurait justifié une décision de mettre fin au contrat sans préavis devait uniquement avoir existé de façon objective au moment de la décision de mettre fin au contrat, quel que soit le rapport de causalité entre cette décision et le manquement de l'agent.

### L'application au contrat de concession

Il est important de souligner qu'en vertu de la jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande, les dispositions relatives à l'indemnité de l'agent commercial visées à l'article 89b du Code de commerce allemand s'appliquent par analogie au contrat de concession. Il est vrai que la directive ne concerne que le droit des agents commerciaux et qu'elle ne règle pas le droit des concessionnaires (*Vertragshändler*). Il résulte toutefois de la jurisprudence constante de la Cour qu'elle applique aux contrats de concession (*Vertragshändlerverträge*) l'interprétation des dispositions relatives aux agents commerciaux. Par conséquent, ladite interprétation en conformité avec la directive a aussi son impact sur les contrats de concession.

### Les conséquences de cette jurisprudence

Cette décision de la Cour fédérale allemande a pour mérite de clarifier le degré de causalité nécessaire exigé par la loi entre le manquement de l'agent commercial et la résiliation du contrat par le commettant. À défaut de causalité directe entre le manquement de l'agent commercial et la cessation du contrat par le commettant, l'agent commercial ne peut désormais plus être privé de son droit à indemnité en vertu de l'article 89b al. 3 n° 2 du Code de commerce allemand. De plus, le commettant n'est plus autorisé à décider de se prévaloir dudit manquement pour refuser toute indemnité au cas où il n'en aurait pris connaissance qu'après la fin du préavis. Il ne reste qu'à mettre l'accent sur le fait que cette jurisprudence s'applique de la même manière à la cessation des contrats de concession.



**Dr Niklas Wielandt**  
 CMS Hasche Sigle, Berlin  
 E [niklas.wielandt@cms-hs.com](mailto:niklas.wielandt@cms-hs.com)

# « Tenue correcte exigée »

**Que cela soit dans le monde du luxe et de la mode, des compagnies aériennes ou autres grandes chaînes, de nombreux employeurs imposent à leurs salariés le respect d'un code vestimentaire. Souvent, ces codes imposent non seulement le port d'une tenue de travail, mais impliquent également des règles concernant l'apparence générale des salariés, qu'il s'agisse de coiffure, maquillage ou manucure. Au vu de la fréquence de ces réglementations, on peut s'étonner du peu de jurisprudence émise à leur sujet. Récemment, le tribunal régional du travail de Cologne (*Landesarbeitsgericht Köln, dit LAG Köln*) a rendu une décision assez amusante mettant en cause la validité de certaines de ces directives.**

L'arrêt en question (LAG Köln, arrêt du 18 août 2010 – 3 TaBV 15/10) concernait une entreprise effectuant des contrôles de passagers à l'aéroport. Outre le port d'une tenue de service, l'employeur imposait toute une batterie de prescriptions complémentaires régissant l'apparence des salariés.

Entre autres, les employées étaient soumises aux règles suivantes :

- « Le port d'un soutien-gorge, bustier, ou maillot de corps est obligatoire. Ces sous-vêtements doivent impérativement être de couleur blanche ou chair et sans motifs ou autres dessins. »
- « Le port de collants et chaussettes est indiqué, ceux-ci ne devant laisser paraître aucuns dessins, motifs, coutures ou échelles. »
- « Les ongles doivent être soignés de façon à ne pas dépasser de plus de 0,5 centimètres, et le port de vernis de couleurs différentes est prohibé. »

Les employés de la gent masculine étaient, quant à eux, exhortés à observer un certain nombre de recommandations d'ordre capillaire :

- « Une coloration des cheveux n'est autorisée que dans des tons revêtant un aspect naturel. »
- « Le port de toupets ou autres artifices similaires est interdit s'il altère l'aspect naturel de la chevelure. »

De telles réglementations enfreignent la liberté individuelle de chaque employé. Elles ne sont donc valides que si elles sont proportionnelles, nécessaires et justifiées par un but légitime de l'employeur.

Ainsi, les consignes réglementant le port de sous-vêtements et chaussettes ont été jugées valides, dans la mesure où de tels dessous seraient aptes à prévenir l'usure prématurée de la tenue de travail fournie par l'employeur. Quant aux ongles trop long, ils pourraient blesser les passagers contrôlés, pour cette raison, « l'intérêt des salariées au port de grands ongles dans un souci de suivre la mode est subsidiaire. »

En revanche, les juges ont considéré l'exigence du port de vernis unicolore comme disproportionnée, comme n'étant pas adéquate pour assurer une apparence uniforme des employés. Il en a été jugé de même pour les colorations et le port de toupets par les employés masculins, puisque chaque employé a une couleur naturelle de cheveux et une coiffure différentes ; en outre, ces impératifs seraient de nature à porter atteinte de façon massive à l'estime de soi.

Outre le droit général de la personnalité, de telles règles vestimentaires peuvent affecter d'autres droits fondamentaux des salariés, notamment la liberté de religion, ou enfreindre la loi anti-discrimination (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*,

AGG). Par exemple, l'interdiction pour une vendeuse musulmane de porter le foulard a été jugé nulle car elle portait atteinte à la liberté de religion de l'employée (BAG, arrêt du 10 octobre 2002 – 2 AZR 472/01). Le LAG Köln, dans sa décision du 18 août 2010, a constaté que l'interdiction pour les employés masculins de porter un toupet représentait un traitement différentiel en fonction du sexe au sens de l'AGG, et était, simplement de ce fait, invalide.

Mais la nullité de la clause n'est pas la seule conséquence à redouter : en cas de traitement différentiel sur la base d'un des critères cités par l'AGG – la religion, l'âge, le sexe, l'origine, l'existence d'un handicap, l'orientation sexuelle – l'employeur s'expose au versement de dommages-intérêts. Sans parler de la mauvaise presse pour l'entreprise. C'est pourquoi il est judicieux de prêter une attention particulière au contenu de tels codes vestimentaires.



**Catherine Soulas LL.M.**  
CMS Hasche Sigle, Cologne

# L'authentification notariale en Suisse

## Une économie de coûts d'authentification ou un piège de nullité pour la transaction ?

**Longtemps, faire authentifier des contrats de transaction M&A par un notaire en Suisse était un moyen astucieux de réaliser des économies de coûts. S'agissant des transactions soumises au droit allemand, cette pratique a semblé se trouver limitée par l'entrée en vigueur de la loi dite « MoMiG » au 1<sup>er</sup> novembre 2008. Une décision récente de la Cour d'appel de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) redonne espoir aux adeptes de cette pratique : l'authentification de contrats de transaction par un notaire suisse pourrait être admise même après l'entrée en vigueur de la MoMiG.**

Selon le droit allemand, le contrat de vente et le contrat de cession d'une participation au capital d'une société à responsabilité limitée (GmbH) nécessitent tous deux une authentification notariale afin de produire effet. En général, cette authentification est réalisée par un notaire allemand. Néanmoins, il était astucieux, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi « MoMiG » (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008), de faire authentifier ces contrats de vente et de cession par un notaire en Suisse. L'explication de ce phénomène est très simple : elle réside dans l'économie des coûts d'authentification. Comme les notaires allemands appliquent les tarifs d'honoraires des notaires qui se calculent strictement en fonction du genre et de la valeur de la transaction soumise à l'authentification notariale, la possibilité d'économiser des coûts d'authentification en Allemagne par négociation des tarifs notariaux est très limitée. Le fait que la taxe notariale pour l'acte de l'authentification

soit limitée à partir d'une valeur de transaction de 60 millions d'euros ou plus n'apporte un allègement qu'aux transactions M&A volumineuses.

Par contre, en Suisse, les coûts d'authentification sont négociables entre les parties et le notaire en charge de l'authentification. Comme l'engagement du notaire se limite assez souvent à l'authentification d'un contrat de transaction que les conseillers juridiques des parties ont déjà négocié in extenso, il y a une certaine marge de manœuvre pour réduire les coûts d'authentification. Cette pratique satisfait les intérêts des parties du contrat et abaisse dans le même temps les coûts d'authentification notariale à un niveau acceptable et raisonnable.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi MoMiG, la jurisprudence allemande a toléré cet usage d'authentification en Suisse en mettant l'accent sur le fait qu'il existe une équivalence juridique entre la procédure d'authentification notariale dans certains cantons suisses et la procédure en Allemagne.

Dès l'entrée en vigueur de la loi MoMiG, certains juristes sont d'avis que l'authentification par des notaires suisses reste sans effet à cause du manque de compétence publique du notaire suisse en Allemagne. Les conséquences juridiques d'une telle inefficience des actes réalisés par le notaire suisse pour les protagonistes de transactions M&A sont dévastatrices : l'acheteur d'une participation au capital, bien qu'il en ait payé le prix de vente, ne devient pas propriétaire des participations au capital de la société à responsabilité limitée à cause d'un vice de forme entraînant l'inefficience des contrats.

Par conséquent, les résolutions des associés auxquelles participe l'acheteur en tant que nouvel associé de la société ainsi que toute cession postérieure de la participation en cause seront viciées. Par rapport à la société, seules les personnes nommées sur la liste actuelle des associés sont reconnues en tant qu'associés de la société.

Étant donné que, selon les adeptes de cette thèse juridique, l'inefficience affecte non seulement la cession des participations au capital de l'entreprise mais aussi les contrats de vente de la transaction, l'acheteur n'a même pas droit à la cession des participations au capital en cause. Revendiquer le prix de vente qu'il a déjà payé est la seule solution qui lui reste. Dans ce cas de figure, l'acheteur supporte le risque de l'insolvabilité du vendeur. De son côté, le vendeur doit répondre à la revendication du prix de vente payé sans égard au fait qu'il a peut-être déjà investi le prix de vente par ailleurs et indépendant du développement de la valeur de l'entreprise entre-temps.

La situation juridique reste obscure. Dans la loi MoMiG, le législateur allemand n'a pas explicitement interdit l'authentification à l'étranger. Les préconisateurs de l'inefficience des authentifications à l'étranger se basent sur l'interprétation de normes diverses, créant une certaine incertitude quant aux solutions du droit positif. Ce manque de lisibilité du droit a été renforcé par la réforme du droit d'authentification en Suisse.

Une décision récente du tribunal de grande instance de Francfort du 7 octobre 2009 (AZ: 3-13 O 46/09) ne fait qu'accroître cette incertitude. En effet, la Cour explique

qu'il est non seulement possible mais même probable que l'authentification par un notaire ayant sa résidence officielle à Bâle ne suffise pas à remplir les conditions prévues par la loi allemande relative au notaire en fonction. Selon la Cour, ceci est dû au manque de compétences officielles du notaire suisse en Allemagne. Cette décision a marqué la fin de l'authentification des contrats de vente en Suisse.

Suite à ladite jurisprudence du tribunal de grande instance de Francfort, une nouvelle décision de la Cour d'appel de Düsseldorf (OLG Düsseldorf; Beschluss vom 2. März 2011; AZ: I-3 Wx 236/10) ravive la discussion sur l'authentification des contrats de vente à l'étranger. Selon cette jurisprudence récente de la Cour d'appel de Düsseldorf, l'authentification notariale effectuée par un notaire suisse ayant sa résidence officielle à Bâle-Ville n'est pas dépourvue d'effet à cause de son manque de compétence officielle en Allemagne.

La Cour d'appel de Düsseldorf met l'accent sur le fait qu'il faut faire une distinction entre l'authentification des contrats de vente et de cession par le notaire étranger d'une part, et l'obligation du notaire en vertu de la loi MoMiG de déposer une liste actuelle des associés après l'authentification de la cession de la participation au capital d'autre part. Le fait qu'un notaire étranger ne soit pas tenu par la loi allemande et la loi MoMiG de déposer la liste actuelle des associés de la société au registre du commerce allemand ne le prive pas de la compétence d'authentifier des contrats de vente et de cession d'une façon équivalente à l'authentification effectuée par ses collègues allemands.

Cette décision redonne espoir aux protagonistes des contrats de vente et aux participants aux transactions M&A de pouvoir reprendre la pratique d'authentification des documents contractuels en Suisse. Une décision finale de la Cour fédérale allemande est encore

attendue. La décision de la Cour d'appel de Düsseldorf a pour mérite de raviver la discussion sur l'authentification à l'étranger. L'incertitude demeure dans l'attente d'une décision de la Cour fédérale allemande permettant de trancher cette question juridique. Il ne reste qu'à observer le développement de la jurisprudence en ce qui concerne l'authentification à l'étranger avec une attention accrue.



**Dr Niklas Wielandt**  
CMS Hasche Sigle, Berlin  
E [niklas.wielandt@cms-hs.com](mailto:niklas.wielandt@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](mailto: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](mailto: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

