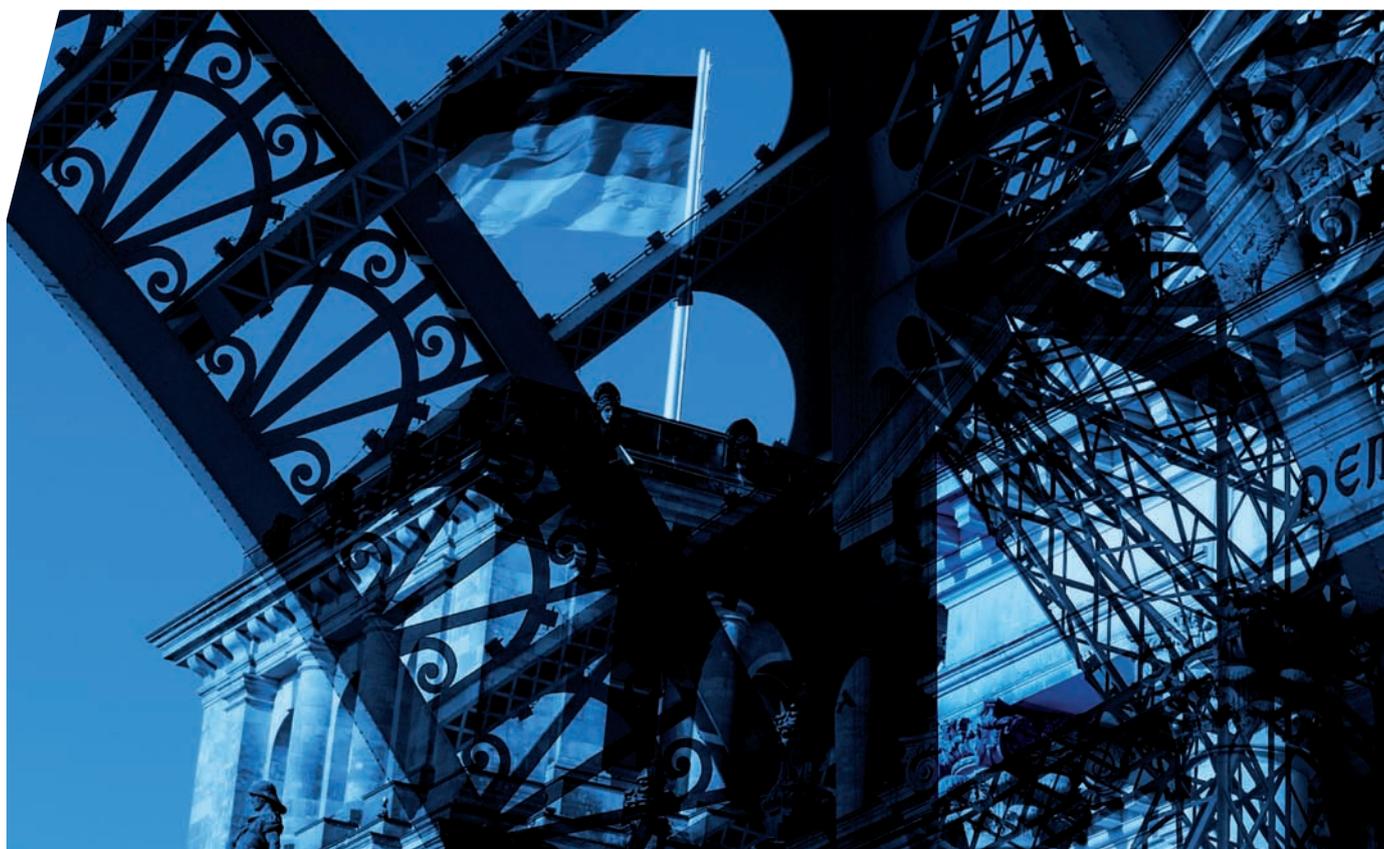


# la lettre

FRANCE – ALLEMAGNE

HIVER 2009/2010



## TABLE DES MATIÈRES

**GENERAL** /page 3/ Le contrat de coalition du nouveau gouvernement CDU/CSU/FDP //

**DROIT CIVIL** /page 5/ I. Bad Banks /page 6/ II. Réforme du droit des successions et libéralités en Allemagne

**DROIT DES SOCIÉTÉS** /page 8/ Les litiges concernant la validité des résolutions d'une assemblée des associés d'une GmbH peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage //

**DROIT COMMERCIAL** /page 10/ Les nouveautés du droit à indemnité de l'agent commercial indépendant

**DROIT PUBLIC** /page 11/ Les entreprises publiques doivent montrer l'exemple en matière de gouvernance d'entreprise

## Mentions légales

Comité de rédaction  
François Hellio\*  
Avocat associé  
T + 33 1 47384062  
E Francois.Hellio@cms-bfl.com

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

\* CMS Bureau Francis Lefebvre  
\*\* CMS Hasche Sigle

## 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



# Le contrat de coalition du nouveau gouvernement CDU/CSU/FDP

A la suite du nouveau contrat de coalition, il a été convenu des axes majeurs de la prochaine législature. Voici, résumées en quelques points, les principales nouveautés abordées sous l'angle du droit économique et fiscal.

## Droit des sociétés

Le contrat de coalition souhaite établir un système de rémunération et de responsabilité des directions des sociétés qui met l'accent sur le développement à long terme de l'entreprise, en particulier par l'introduction d'un malus en cas de mauvaise gestion. Il est aussi prévu un renforcement du droit de regard de l'assemblée générale dans le cadre de la fixation de la rémunération du directeur, l'introduction d'un délai d'attente (de 2 ans min.) pour les anciens membres du conseil de surveillance de la même entreprise. On souhaite ensuite élargir la participation des collaborateurs, en leur permettant de convertir leur rémunération en actions de la société (assujetties à moins d'impôt), l'introduction

d'une coresponsabilité et le développement d'un code déontologique pour les conseils d'entreprise. Enfin, le nouveau gouvernement encourage la création des sociétés privées européennes sous respect des caractères transfrontaliers en présentant les avantages de l'ordre juridique allemand face à l'ordre américain au niveau international.

## Droit fiscal

Point clé du contrat de coalition, l'allègement de la fiscalité pour aider la reprise économique en soutenant la valeur du travail. On entend faciliter la déduction des cotisations pour la sécurité sociale, relever l'abattement fiscal pour enfant à charge, introduire un barème échelonné dans le cadre de l'impôt sur le revenu, et ainsi permettre une diminution de la pression fiscale d'environ 14 milliards d'euros par an sur les petits et moyens revenus. Dès le 1er janvier 2010, il sera mise en place un « programme d'aide immédiate » contre la crise, qui entend tout d'abord alléger les restrictions concernant la déduction des pertes et des intérêts aussi bien pour les

grosses entreprises internationales que pour les moyennes. À plus long terme, l'Allemagne veut réformer la réglementation de la compensation de pertes, imposer les profits transnationaux des entreprises et introduire un système moderne d'imposition fiscale des groupes de sociétés et aborder d'une part le problème de la double imposition des profits de l'entreprise au niveau de l'entreprise et des associés et d'autre part la simple imposition des profits des placements de capitaux à faible risque. De même, afin de favoriser la concurrence sur le plan européen, la TVA dans les branches hôtelières et gastronomiques va être réduite à 7 %. Le gouvernement envisage, aussi, de « déburocratiser », de rendre plus égalitaire l'impôt sur les successions et, en particulier, d'abaisser l'impôt pour les frères et sœurs et leurs enfants. Enfin, il s'engage à faciliter le contact avec l'administration fiscale : Simplification de la déclaration fiscale, déclaration pré-remplie par l'administration, communication électronique avec l'administration, déduction des coûts du conseiller fiscal.



### **Droit des procédures collectives de règlement du passif**

La nouvelle législature veut réformer le système de restructuration des entreprises en difficulté en améliorant les conditions d'encadrement des procédures externes d'assainissement en prévision d'une liquidation imminente, en facilitant le plan de procédure du règlement du passif, mais aussi en élaborant une procédure particulière pour les banques avec plus d'importance pour les marchés des capitaux.

### **Marchés financiers**

Autre point clé de la nouvelle politique allemande : la stimulation de l'investissement et de la création d'entreprises. Dans ce but, il est stipulé une augmentation de l'offre de « microcrédit » afin de soutenir les PME et favoriser l'accès à l'offre de Fonds Mezzanines, mais aussi des propositions de garantie pour placement à risques aux investisseurs institutionnels ainsi que le lancement d'une nouvelle version améliorée du fond « High-Tech-Gründerfonds », le « High-Tech-Gründerfonds II » (fondé sur

la coopération des branches publiques et privées). En cas de mauvais départ réduire le délai de libération de reliquat des dettes à trois ans. La lutte contre la crise du crédit, quand à elle, sera menée par le Deutschlandfond. Des aides financières rapides vont être tout d'abord octroyées pour les PME, il est ensuite envisagé d'introduire l'institution d'un médiateur de crédit. Dans le domaine des agences de rating, on souhaite intensifier la surveillance de celles-ci, empêcher les conflits d'intérêts et développer une agence de rating au niveau européen.

### **Droit des marchés publics**

Le nouveau gouvernement souhaite améliorer les procédures et augmenter la transparence (projet de loi fin 2010).

### **Droit de la consommation**

Le nouveau gouvernement veut garantir une protection proportionnée des investisseurs envers les fournisseurs et conseillers financiers douteux, les faire surveiller par un service étatique, accroître leur responsabilité dans le cadre de la production et

commercialisation des produits financiers, les obliger à faire apparaître les éléments essentiels d'un produit (la totalité des coûts, provisions et remboursements). Dans le domaine des crédits immobiliers il sera maintenant impossible de céder un contrat de crédit ou de créance à un institut non agréé comme banque sans l'accord du créancier du crédit.

### **Loi contre les restrictions à la concurrence (GWB) et droit de la propriété intellectuelle**

Le contrat de coalition veut introduire un instrument de décartellisation, un conseil de la concurrence européen et adopter une partie du droit communautaire relatif au contrôle de fusion. La protection de la propriété intellectuelle par les brevets et les marques sera quand à elle augmentée et son accès facilité. Il est, enfin, proposé une réforme du code du droit d'auteur prenant en compte les enjeux de l'internet.

/  
**AMÉLIE DORST**  
**MAXIMILIAN WELSCH**  
**CMS HASCHE SIGLE, BERLIN**

# I. Bad Banks

Le parlement allemand a donné son feu vert à la création de sociétés de défaisance (Zweckgesellschaften, encore communément appelées Bad banks), destinées à prendre en charge les actifs dégradés voire « toxiques » des institutions de crédit.

## 1. Objectifs de la création de ces structures de défaisance

La création de ces structures doit tout d'abord permettre, par le transfert et le cantonnement des actifs dégradés au sein de ces structures de défaisance, de mettre un terme à la spirale de dépréciations comptables de ces actifs et ainsi le « nettoyage » des bilans des banques, du moins le temps de restaurer la confiance sur les marchés, et ainsi de stabiliser le système financier.

L'objectif est aussi de stimuler l'offre de crédit interbancaire ainsi qu'aux entreprises par l'échange de ces actifs dégradés devenus illiquides contre des titres de créances garantis par l'État allemand. Ces derniers titres pourront servir au refinancement des banques sur le marché afin de libérer des capitaux qui pourront être réinjectés dans l'économie « réelle » sous forme de crédits.

Enfin, le mécanisme prévu devrait permettre de limiter les risques pour l'État, et donc pour le contribuable, en maintenant la responsabilité financière des banques et de leurs actionnaires quant aux actifs transférés ; ceux-ci devront notamment supporter la dépréciation des actifs transférés et les coûts liés aux moins values éventuellement réalisées lors de leur liquidation.

## 2. Mécanisme des structures de défaisance

Le mécanisme consiste à créer une structure de défaisance (Zweckgesellschaft) destinée à recueillir les actifs dégradés des banques. Ces structures peuvent être créées au sein des banques privées ou publiques régionales ou encore, en ce qui concerne les banques régionales publiques, en coopération avec leur Land respectif.

Les actifs dégradés seront alors transférés au sein de ces structures. Sont visés les produits structurés et dérivés les plus « toxiques » détenus par les banques privées mais aussi, en ce qui concerne les banques publiques régionales, des pans entiers d'activités non stratégiques.

En échange du transfert de ces actifs, les banques recevront des titres de créance des structures de défaisance, adossées à des garanties publiques octroyées par le fonds de restructuration et de stabilisation étatique allemand (SoFFin). Ces garanties de la SoFFin devraient assurer la bonne notation par les agences de ces titres de créances et donc leur conférer une meilleure liquidité permettant ainsi de faciliter le refinancement des institutions de crédit.

## 3. Evaluation des actifs dégradés lors du transfert

Les banques qui feront appels à ce système pourront transférer leurs actifs « toxiques » acquis jusqu'au 31 décembre 2008. La valeur du transfert de ces actifs sera déterminée par le plus haut des trois montants issus des calculs suivants : (i) 90% de leur valeur comptable au 30 juin 2008, (ii) 90% de leur valeur comptable au 31 mars 2009 ou (iii) la valeur réelle de marché au jour du transfert ; cette valeur de transfert ne peut néanmoins pas dépasser la valeur comptable des actifs au 31 mars 2009.

Dans un souci de transparence, le législateur a instauré une obligation de publication préalable aux transferts quant à l'évaluation de ces actifs. Néanmoins, l'absence de sanction en cas de publication incomplète rend cette disposition peu efficace. Bien plus encore, la difficulté réside essentiellement dans l'évaluation comptable elle-même de ces actifs « toxiques » en l'absence de méthode commune.

## 4. Garanties étatiques attachées aux titres des créances

En contrepartie de ces transferts d'actifs, les institutions de crédit recevront des titres de

créance émis par la structure de défaisance, dont la valeur sera garantie par la SoFFin. Afin de limiter les risques du fonds de stabilisation étatique et donc pour le contribuable, deux mécanismes permettent de faire supporter la note in fine aux institutions de crédit ou à leurs actionnaires. Néanmoins, concernant les banques publiques régionales, cela revient à faire payer les caisses d'épargne (Sparkassen) voire aux Länder.

Le premier mécanisme consiste à faire payer aux institutions de crédit une redevance ou prime de risque sur garantie quant aux garanties publiques accordées sur les titres de créances reçus en échange des actifs transférés.

Le second réside dans la compensation de la perte de valeur des actifs par rapport à la valeur de transfert. Ainsi, si les actifs transférés continuent de se déprécier, i.e. si leur valeur fondamentale baisse par rapport à leur valeur de transfert, les institutions de crédit doivent, à chaque fin d'exercice, compenser les pertes engendrées (Ausgleichsbetrag). Cette compensation correspond au montant issu de la différence entre valeur de transfert et valeur fondamentale des actifs, amorti de manière constante sur la durée restante de la garantie accordée par le fonds. Plus encore, si des moins-values sont réalisées lors de la liquidation des actifs par les structures de défaisance, les dividendes destinés aux actionnaires seront reversés au fonds SoFFin jusqu'à complète compensation de celui-ci (Verlustausgleich).

Le problème est que la possibilité de se voir interdire le versement de dividendes n'incitera pas aux souscriptions d'actions en cas de levées de fonds des institutions de crédit sur les marchés.

/  
*DR. GERD LEUTNER  
RAPHAËL MATTHYS  
CMS HASCHE SIGLE, BERLIN*

## II. Réforme du droit des successions et libéralités en Allemagne

Le parlement allemand (Bundestag) a voté le 3 juillet 2009 la réforme du droit des successions et des libéralités visant à sa simplification et surtout à sa modernisation. L'objectif de cette nouvelle loi est en effet de

- (1) renforcer la liberté des testateurs dans la transmission de leur patrimoine, tout en
- (2) assurant une certaine équité dans la répartition de celui-ci entre les héritiers. Le législateur a en outre adapté le droit successoral aux nouveaux enjeux sociétaux afin de tenir compte notamment des évolutions des formes de « noyaux familiaux ». Cette loi vise enfin
- (3) à plus de sécurité juridique pour le cujus dans la planification de sa succession, ainsi que pour ses héritiers.

### 1. Liberté du testateur et protection des héritiers réservataires

L'enjeu pour le législateur lors de la rédaction de la nouvelle loi consistait à trouver le juste équilibre entre assurer la liberté du testateur dans le choix des modalités de transmission de son patrimoine et la protection du noyau familial auquel il appartient lors de la répartition de la succession.

#### a. La protection traditionnelle de la descendance directe du testateur

Le défunt peut en principe disposer librement de ses biens par testament. En revanche, en cas d'absence de ce dernier, c'est la dévolution légale reposant sur une conception traditionnelle de la famille qui vient en ligne de compte.

Cette dévolution légale s'opère suivant un ordre précis aux membres de la famille du défunt, après attribution d'une part revenant toujours au conjoint survivant. Chaque ordre successoral ne vient à la succession qu'à défaut d'héritiers dans l'ordre précédent.

#### b. Ajustement de la notion d'héritier réservataire aux mutations du « noyau familial »

Face aux mutations sociétales et en particulier du « noyau familial » (éclatement et recomposition des familles), le législateur, par cette nouvelle loi, a tenu à élargir la notion d'héritier réservataire afin que soient protégés non plus seulement la descendance directe du défunt mais aussi les enfants issus d'une liaison hors mariage, adoptés ou ceux considérés par le défunt comme ses enfants sans être des enfants biologiques de celui-ci. De plus, cet élargissement permet de mettre sur un pied d'égalité face à la succession les époux et concubins ainsi que les enfants dits « légitimes », « illégitimes », et non biologiques du défunt.

#### 2. Impératif d'équité dans la répartition du patrimoine du défunt entre les héritiers réservataires, les héritiers institués et les destinataires de libéralités

Un rééquilibrage de la répartition testamentaire de l'héritage peut être opéré selon la loi dans un souci d'équité entre héritiers et légataires. En effet, dans le cas où le testateur privilégie un héritier par rapport aux autres ou consent des

libéralités, ces héritiers ou légataires peuvent être soumis à une obligation de paiement en compensation de chacun des héritiers réservataires à hauteur de chacun de leurs droits sur le patrimoine du testateur (a). De plus, dans un souci de prendre en compte les évolutions de la société quant au vieillissement de la population et aux besoins croissants de prise en charge des personnes âgées, le législateur vient d'instaurer une nouvelle règle de répartition de l'héritage entre les héritiers réservataires, non plus à part égales entre eux, mais tenant compte des frais engagés par certains relatifs à la prise en charge du défunt avant sa mort (soins médicaux, assistance à domicile, etc.) (b).

#### a. Institution d'héritiers « privilégiés », libéralités et indemnisation équitable des héritiers réservataires

À côté des héritiers réservataires, le testateur peut choisir d'instituer d'autres héritiers (neveux, enfants adoptés, issus de relations extraconjugales, etc.). Il peut aussi consentir des libéralités de son vivant (donation entre vifs) ou après sa mort (legs) sans que ces légataires ne soient constitués comme héritiers.

La loi permettait déjà au testateur de ne léguer qu'à un ou plusieurs héritiers réservataires « privilégiés », des biens (entreprise familiale, immeubles, etc.), à charge pour cette ou ces personnes de compenser pécuniairement les autres héritiers réservataires. Cette possibilité pour le testateur de ne privilégier qu'un héritier est

désormais étendue à n'importe quel héritier testamentaire.

Ces héritiers privilégiés peuvent par ailleurs désormais obtenir des sursis de paiements en remboursement des héritiers réservataires. Ceux-ci peuvent aussi être rallongés dès lors que le non échelonnement des paiements en remboursement consisterait en une « iniquité d'une extrême rigueur » pour l'héritier privilégié.

Par ailleurs, les libéralités accordées par le testateur de son vivant ouvrent droit à une compensation des héritiers réservataires sur la valeur globale de la libéralité. Auparavant, ce droit se prescrivait par 10 ans à compter de l'octroi de cette libéralité. La nouvelle loi instaure que ce droit à compensation décroît d'un dixième de la valeur du bien donné ou légué chaque année, de telle sorte qu'une libéralité consentie plus de 10 ans avant le décès du donataire n'ouvre plus droit à compensation.

#### **b. Prise en compte des charges supportées par un descendant relatives aux soins prodigués au testateur lors du partage de l'héritage**

Aujourd'hui, si aucune règle de partage de la succession n'est prévue par le testateur, les charges supportées par un ou plusieurs des descendants relatives aux soins apportés au défunt avant sa mort, ne sont prises en compte lors du partage que dans la mesure où un descendant s'est occupé lui-même sur une longue période, au mépris d'un travail rémunéré, du testateur avant sa

mort. Désormais, avec la nouvelle loi, la question de savoir si oui ou non ce descendant a effectué cette prise en charge au mépris d'un travail rémunéré ne se posera plus.

### **3. Sécurité juridique des successions**

L'enjeu de cette loi n'est pas seulement de conférer plus de liberté au testateur mais aussi de garantir que ses dernières volontés soient respectées, notamment quant à la volonté testamentaire d'exhérédation (a). De plus, afin de garantir une certaine sécurité juridique entre les différents droits et devoirs des héritiers et des légataires les uns envers les autres, le législateur a limité dans le temps les droits de recours de chacun d'entre eux (b).

#### **a. Renforcement des possibilités d'exhérédation de la réserve**

Les modalités d'exhérédation sont simplifiées par la nouvelle loi. Elles sont désormais identiques pour tous les types d'héritiers (descendants, ascendants, époux et concubins). L'exhérédation de la réserve a posteriori de la mort du testateur en raison de mutations « infâmes et contraires aux mœurs » du mode de vie d'un héritier réservataire n'est plus possible.

Néanmoins, la possibilité d'exhérédation en cas de mise en danger d'un autre héritier réservataire subsiste. En outre, la loi a introduit la possibilité offerte au testateur d'une exhérédation automatique d'un héritier lorsque celui-ci est condamné à une peine d'emprisonnement supérieure à

un an. Des aménagements testamentaires de cette exhérédation automatique, en fonction de l'irresponsabilité pénale éventuelle de l'héritier sont aussi possibles.

#### **b. Raccourcissement du délai de prescription relatif aux prétentions des familles et héritiers**

La loi allemande de modernisation du droit pénal (2001) avait introduit un délai de prescription de trois ans. Les prétentions des familles et des héritiers se prescrivent néanmoins toujours par 30 ans par principe. Mais de très nombreuses exceptions font qu'en pratique, le délai de prescription des recours entre héritiers et légataires est ramené à 3 ans.

/  
*DR. GERD LEUTNER  
RAPHAËL MATTHYS  
CMS HASCHE SIGLE, BERLIN*

# Les litiges concernant la validité des résolutions d'une assemblée des associés d'une GmbH peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage

## 1. Décision de la Cour fédérale de justice

Selon un arrêt de la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH) du 6 avril 2009 (II ZR 255/08 – Schiedsfähigkeit II), les litiges concernant la validité des résolutions d'une assemblée des associés d'une société à responsabilité limitée selon la loi allemande (GmbH) peuvent faire l'objet d'une procédure d'arbitrage, sous condition que dans les statuts de la société soit stipulée une clause d'arbitrage ou que les associés aient conclu entre eux une convention d'arbitrage.

Pourtant, ce principe ne s'applique que si les associés profitent d'une efficacité et protection judiciaire « équivalentes » à celles qui auraient été conférées par la voie de justice étatique, c'est à dire qu'un standard minimum des droits de participation des associés doit être garanti.

Dans sa décision, la Cour fédérale de justice a donné droit au requérant, associé d'une GmbH, qui a attaqué des résolutions de l'assemblée des associés de cette dernière devant les juridictions étatiques. Contrairement à la juridiction de première instance, la Cour fédérale a estimé qu'en introduisant l'action devant les juridictions

étatiques, le requérant avait agi de bon droit, malgré l'existence d'une clause d'arbitrage. Toutefois, la Cour fédérale a précisé qu'en principe, une clause d'arbitrage insérée dans les statuts d'une GmbH était valable et qu'elle produisait l'effet d'exclure toute action devant une juridiction étatique. Or, selon la Cour fédérale, les exigences auxquelles une telle clause d'arbitrage devrait satisfaire n'étaient pas remplies en l'espèce.

## 2. Clause d'arbitrage – validité en l'absence d'une base légale

Désormais et à la différence de son arrêt du 29 mars 1996 (Schiedsfähigkeit I), la Cour fédérale a statué que même en l'absence d'une disposition légale qui prévoit expressément l'application des articles 248 al. 1 et 249 al. 1 du Code allemand sur les sociétés par actions (Aktengesetz, AktG), les juridictions arbitrales sont compétentes pour connaître les litiges portant sur les résolutions de l'assemblée des associés d'une GmbH, lorsqu'une clause d'arbitrage est stipulée dans les statuts ou lorsque les associés ont conclu une convention d'arbitrage entre eux. Dans son arrêt de 1996 la Cour suivait encore le point de vue selon lequel l'effet des articles 248 et 249 AktG,

qui se traduit par un effet « inter omnes » des jugements dans le cadre des actions en nullité relative et absolue, ne se produisait pas pour les jugements d'une juridiction arbitrale en l'absence d'une base légale. Du fait que le législateur se soit abstenu intentionnellement de régler cette question et qu'il ait expressément confié cette tâche à la jurisprudence, la Cour fédérale s'est désormais chargée de dégager une solution claire.

## 3. Conditions concrétisées

La Cour fédérale a précisé dans son arrêt en visant l'article 138 du Code civil allemand (BGB) que les litiges portant sur les résolutions d'une assemblée des associés n'auraient vocation à être exclusivement connus par des juridictions arbitrales que sous certaines conditions. En particulier, la Cour a concrétisé la notion du respect des droits de participation des associés, qu'elle avait déjà requise dans son arrêt de 1996.

D'après la Cour, la clause d'arbitrage doit remplir les conditions suivantes pour satisfaire aux exigences de l'article 138 BGB :



- La clause d'arbitrage doit être intégrée dans les statuts avec le consentement de tous les associés. Alternativement, une convention d'arbitrage non-statutaire entre tous les associés sera également suffisante.
  - Chaque associé doit être informé de l'introduction et du déroulement de la procédure arbitrale, d'une façon qui lui permet de se constituer partie à cette dernière.
  - Chaque associé doit pouvoir contribuer à la sélection et à la désignation du juge arbitral, à moins que ce dernier soit désigné par une autorité compétente et impartiale.
  - Il faut assurer que tous litiges concernant les résolutions de l'assemblée des associés ayant le même objet puissent être concentrés chez un seul tribunal arbitral.
  - Le fait de savoir si une clause statutaire satisfait objectivement à ces exigences s'apprécie au moment et aux conditions de l'insertion de la clause dans les statuts.
- fédérale. Par conséquent, de nombreux statuts des GmbH auront besoin de retouches. De telles modifications devraient permettre, d'une part, d'éviter que les juridictions étatiques restent compétentes pour les litiges concernant les résolutions d'une assemblée d'associés et, d'autre part, d'écartier le risque d'une nullité de la clause entière, tout particulièrement en vertu d'autres faits litigieux.

/

*DR. TOBIAS TEICKE  
CMS HASCHE SIGLE, BERLIN*

Vraisemblablement, la plupart des clauses stipulées dans les statuts des GmbH ne remplira pas les conditions posées par la Cour

# Les nouveautés du droit à indemnité de l'agent commercial indépendant

Dans le cas de la cessation d'un contrat d'un agent commercial, le droit allemand accorde un droit en indemnité à l'agent commercial sous certaines conditions. Ceci est réglementé par l'article 89 du Code du commerce allemand (Handelsgesetzbuch-HGB). La directive concernant les agents commerciaux indépendants datant de l'année 1986 (Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants) obligeait les États membres de l'ancienne Communauté Économique Européenne (CEE) à prévoir dans leurs ordres juridiques respectifs un droit en dédommagement pour l'agent commercial à l'encontre des commettants représentés par l'agent dans une multitude de circonstances.

La directive relative aux agents commerciaux proposait à cette fin deux modèles : le système de droit à indemnité appliqué en Allemagne depuis 1953 et le système de réparation de préjudice qui correspond au régime juridique français. La directive réglementait en détail les deux alternatives. L'Allemagne continua à appliquer le système d'indemnité tandis que la France continua à appliquer le système de réparation du préjudice.

Dans un arrêt du 26 mars 2009 la CJCE a décidé que le droit allemand n'est pas en conformité avec la directive concernant les agents commerciaux indépendants. Le législateur allemand a alors réagi rapidement en modifiant l'article 89 du HGB. La nouvelle version qui est entrée en vigueur le

5 août 2009 reprend les termes de l'article 17 al. 2 lit. a de la directive et libelle comme suit : « Après cessation du contrat, l'agent commercial peut exiger du commettant une indemnité appropriée lorsque et dans la mesure où

1. 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
2. le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent commercial perd et qui résultent des opérations avec ces clients. »

Les pertes des commissions subies par l'agent commercial à la suite de la cessation de la relation contractuelle ne constituent seulement par conséquent qu'un des éléments pertinents dans le cadre de la question de savoir si l'indemnité à payer par le commettant à l'agent commercial paraît équitable. Elles constituent certes un élément pertinent particulièrement important. Mais lorsque les avantages conservés à la suite des nouveaux clients démarchés par l'agent commercial sont supérieurs aux pertes des commissions, le droit à indemnité, contrairement à l'ancienne situation juridique en Allemagne, peut être aussi supérieur aux pertes des commissions subies par l'agent commercial. Les droits de l'agent commercial sont donc étendus par rapport au système existant depuis 1953. Reste cependant inchangé le fait que le droit à

indemnité ne puisse excéder un chiffre équivalent au montant d'une rémunération annuelle de l'agent commercial, calculé sur la moyenne annuelle touchée au cours des cinq dernières années (art. 89b al. 2 HGB). Ceci concorde avec l'article 17 al.2 lit. C de la directive concernant les agents commerciaux indépendants.

Les effets de la nouvelle réglementation ne sont pas encore complètement identifiables. Il semble cependant que le commettant doive se préparer dans le futur à payer plus facilement un montant supérieur selon le droit allemand, soit l'équivalent d'une rémunération annuelle complète. Ils souhaiteraient ainsi avoir à éviter, de devoir exposer la détermination, suite au démarchage des nouveaux clients, des avantages conservés, des détails du fonctionnement de l'entreprise et de leur calcul.

Cela reste toujours d'un certain intérêt pour le commettant français, qui peut soumettre au droit allemand le contrat conclu avec son agent commercial actif en Allemagne. Le droit à indemnité maximal selon le droit allemand reste clairement avec la limite de la rémunération annuelle maximum en dessous du droit à la réparation du préjudice issu du droit français, dont le montant s'élève selon la jurisprudence française souvent jusqu'au double de la rémunération annuelle.

/  
**DR. FRANZ-JÖRG SEMLER**  
**CMS HASCHE SIGLE, STUTTGART**

# Les entreprises publiques doivent montrer l'exemple en matière de gouvernance d'entreprise

Le gouvernement fédéral allemand (Bundesregierung) a pris le 1er juillet dernier, par l'introduction d'un Code de gouvernance des entreprises publiques, de nouvelles mesures afin d'améliorer la transparence au sein de celles-ci. Les principes ainsi établis sont applicables à toute entreprise publique, que sa forme juridique soit de droit public ou de droit privé, dès lors que l'État fédéral y détient une participation, ne serait-ce que minoritaire. Ce Code vise donc des structures aux formes juridiques très diverses. Néanmoins, les sociétés cotées dans lesquelles l'État fédéral détient une participation sont exclues du champ d'application de ce Code, celles-ci relevant du Code de gouvernance d'entreprise allemand de 2002.

L'État fédéral se devait donc, dans l'environnement actuel, de montrer l'exemple en matière de gouvernance d'entreprise, notamment quant aux modalités de rémunération des dirigeants d'entreprises publiques. Bien que ces derniers ne puissent pas participer à des programmes d'attribution d'actions ou se voir attribuer des options d'achat d'actions, tout du moins dans les entreprises publiques autres que les sociétés cotées dans lesquelles l'État détient une participation, la rémunération de ces dirigeants doit néanmoins être proportionnée à leurs prestations et résultats (sur ce dernier point, voir le n° précédent de la Lettre France-Allemagne).

Les principes de ce Code s'inspirent largement de ceux édictés par le Code de gouvernance d'entreprise allemand de 2002

qui concerne uniquement les sociétés cotées, et notamment l'adage « appliquer ou expliquer » selon lequel une entreprise qui n'applique pas un des principes du Code doit le justifier dans son rapport publié de gouvernance d'entreprise.

Ce Code doit en outre couvrir tous les enjeux des différentes entreprises publiques, ce qui couvre des problématiques très vastes. En effet, les raisons sociales de ces entreprises sont très diverses et leurs structurations juridiques variées (GmbH, PPP, etc.). De plus, les obligations de telles entreprises en matière de concurrence ainsi qu'en matière comptable et fiscale diffèrent de celles des entreprises privées. Par exemple, la liberté d'emploi des financements publics est moins grande que celle des financements privés.

Enfin, ce nouveau Code se veut évolutif. L'objectif est de l'adapter régulièrement aux nouveaux besoins et aux nouvelles contraintes des entreprises publiques ainsi qu'à l'évolution du marché et du contexte économique.

/  
*RAPHAËL MATTHYS*  
*CMS HASCHE SIGLE, BERLIN*

