

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 2012



Table des matières

Droit des sociétés

- 3 | La transformation transfrontalière de la forme juridique au sein de l'Union Européenne comme exercice de la liberté d'établissement et la position discutable de la jurisprudence allemande

Pour obtenir le guide électronique interactif conçu par CMS pour le planning d'une fusion transfrontalière, veuillez vous adresser à gerd.leutner@cms-hs.com

- 5 | La responsabilité des associés lors de l'amorce économique d'une GmbH

Droit des procédures collectives

- 6 | Engagement de l'administrateur judiciaire par une convention d'arbitrage conclue avant l'ouverture de la procédure collective ?

La transformation transfrontalière de la forme juridique au sein de l'Union Européenne comme exercice de la liberté d'établissement et la position discutable de la jurisprudence allemande

La liberté d'établissement garantie par les articles 43 et 48 du traité CE, qui sont devenus les articles 49 et 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), occupe depuis longtemps tant les tribunaux nationaux des États membres que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Une question qui, jusqu'à présent, n'a pas encore attiré beaucoup d'attention est celle de savoir si, outre le simple transfert du siège social réel et la fusion transfrontalière, la transformation internationale de la forme juridique d'une société de capitaux présente, elle aussi, une forme d'exercice de la liberté d'établissement de sorte que toute restriction de cet exercice par des mesures de droit national doit être jugée par rapport à cette liberté d'établissement.

I. Position de la jurisprudence allemande

Le Tribunal de Grande Instance de Munich (OLG München) a statué dans une décision rendue le 4 octobre 2007 (31 Wx 36/07) que le droit national allemand ne permettait pas la transformation d'une société de capitaux de droit allemand en forme juridique internationale par le transfert simultané de son siège social réel et statutaire vers l'étranger. Comme le droit national exigeait

un siège social non seulement réel mais aussi statutaire à l'intérieur du pays, le transfert simultané des deux d'une société allemande vers l'étranger entraînait la radiation de celle-ci. Après la réforme du droit des sociétés de capitaux par la loi allemande de modernisation du droit des sociétés de capitaux et de la lutte contre les abus (MoMiG) du 1er novembre 2008, cette constatation demeure valable par rapport au transfert du siège social statutaire.

En ce qui concerne le cas contraire d'une « immigration » en Allemagne – une société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois désirait transférer son siège social réel et statutaire du Luxembourg vers l'Allemagne en adoptant la forme juridique d'une GmbH allemande – le Tribunal de Grande Instance de Nuremberg (OLG Nürnberg) a récemment jugé qu'une telle transformation de la forme juridique de l'étranger vers l'Allemagne n'était pas connue par le droit allemand et donc illicite. En outre, les juges ont constaté que les conditions requises par le droit allemand pour une transformation de la forme juridique d'une société de capitaux de droit allemand n'avaient pas été respectées dans l'affaire concernée, de sorte que la transformation devait être refusé de toute manière.

De surcroît, les deux jugements partent du principe que la transformation internationale de la forme juridique ne peut pas être reconnue comme exercice de la liberté d'établissement. Selon les juges, le législateur national n'est donc pas tenu de permettre la transformation transfrontalière en vertu de la liberté d'établissement.

II. La fusion transfrontalière comme exercice de la liberté d'établissement

Cette position retenue par la jurisprudence allemande est mise en revue par la CJUE dans l'affaire Vale (C-378/10). Dans ses conclusions du 15 décembre 2011, l'avocat général exprime l'avis que la liberté d'établissement est applicable à la « reconstitution transfrontalière » – tel qu'il qualifie la « transformation internationale de la forme juridique » – et que son traitement par le droit national devrait être jugé par rapport aux limites posées par le principe de non-discrimination et de non-restriction.

Cette conclusion va dans le sens des autres décisions rendues par la CJUE au sujet de la liberté d'établissement – p. ex. « Daily Mail », « Überseering », « Sevic » et « Cartesio » – qui reconnaissent que le législateur national



est libre de définir sous quelles conditions une société de capitaux est constituée et sous quelles conditions elle continue d'exister comme société de droit national, tant que ces exigences s'appliquent de manière non-discriminatoire et non-restrictive. Cependant, en vertu du principe de liberté d'établissement, le législateur national ne peut pas forcer une entité légale, telle qu'une société de capitaux allemande, à la radiation du registre des sociétés si celle-ci souhaite changer de forme par le moyen d'une transformation transfrontalière.

En ayant ceci à l'esprit, la décision du Tribunal de Grande Instance de Munich (OLG München) doit être désapprouvée. Il reste cependant à savoir, dans quelle mesure le législateur national peut prévoir des mesures pour assurer la protection des créanciers, des salariés ainsi que des sociétés minoritaires sans violer le principe de non-restriction et, par garantin, la liberté d'établissement.

III. Pratiques alternatives

Pour la pratique on retiendra que, pour le moment, les transformations transfrontalières de forme juridique, de l'étranger vers l'Allemagne et inversement, ne peuvent pas être effectuées de sorte que la sécurité juridique soit assurée. Cependant, une société de capitaux qui souhaite transférer son siège dans un autre État membre de l'UE ou de l'EEE ne doit pas forcément abandonner son projet. La transformation internationale peut être réalisée par le biais d'une fusion transfrontalière, aujourd'hui possible dans l'ensemble de l'UE et de l'EEE. Il est aussi possible d'envisager une transformation en société européenne (SE) pour laquelle un transfert transfrontalier du siège social en cas de changement du droit national subsidiairement applicable reste également possible selon les dispositions du règlement relatif au statut de la SE.



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

La responsabilité des associés lors de l'amorce économique d'une GmbH

Dans une décision du 6 mars 2012 (II ZR 56/10), la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) a posé les principes suivants :

- (i) En cas de manquement à l'obligation de rendre public l'amorce économique d'une GmbH (SARL), la responsabilité des associés est limitée à l'étendue du « bilan déficitaire » existant au moment de l'amorce;
- (ii) La charge de prouver l'absence d'un tel bilan déficitaire au moment de l'amorce incombe à l'associé de la GmbH.
- (iii) Selon la version ancienne du § 16 al. 3 (aujourd'hui le § 16 al. 2) de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG), l'acquéreur et le cédant des parts sociales sont solidairement responsables de l'obligation d'équilibrer le bilan déficitaire qui existe au moment de l'amorce économique.

Cette décision clarifie des questions importantes concernant la responsabilité des associés en cas d'amorce économique. D'après la jurisprudence régulière, les dispositions relevant de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG) qui traitent de la constitution de la société s'appliquent partiellement et de manière analogue à l'amorce économique d'une société de capitaux.

Au préalable, la jurisprudence avait déjà reconnu que :

- (i) Les gérants de la société étaient obligés de publier l'acte d'amorce économique au registre de commerce ;
- (ii) Les gérants devaient assurer la pleine pérennité du capital social selon une application analogue du § 8 al. 2 GmbHG ;
- (iii) Le tribunal chargé de la tenue du registre de commerce effectuait un examen de constitution par analogie avec le § 9c GmbHG.

En cas de manquement à l'obligation de rendre public l'amorce économique au registre de commerce, les associés étaient responsables selon les principes posés en matière de responsabilité du passif tandis que, le cas échéant, la responsabilité des gérants découlait d'une application analogue du § 11 al. 2 GmbHG. Cependant, il restait à savoir si les associés devaient être responsables du bilan déficitaire existant au moment de l'amorce économique, voire même de tout bilan déficitaire qui se produirait après (et donc en pratique du bilan déficitaire existant au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité).

Face à ce problème, la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) a limité la responsabilité des associés en leur accordant la possibilité de prouver l'absence d'un

bilan déficitaire au moment du redressement économique de la société. Selon le § 16 al. 2 GmbHG, la responsabilité du passif affecte également l'acquéreur. Désormais, l'acquisition des sociétés qui ont été inactives pendant un certain temps dépendra plus que jamais d'une évaluation soignée et complète du passif.



Dr. Jan Seelinger
CMS Hasche Sigle, Berlin
E jan.seelinger@cms-hs.com

Engagement de l'administrateur judiciaire par une convention d'arbitrage conclue avant l'ouverture de la procédure collective ?

En général, l'administrateur judiciaire est lié à une convention d'arbitrage qui a été conclue avant l'ouverture d'une procédure collective. Cependant, ce principe ne s'applique pas dans la mesure où il s'agit des droits de l'administrateur judiciaire qui ne résultent pas du contrat conclu par le failli mais directement de la loi allemande sur les procédures collectives.

C'est ce qu'a confirmé la Cour fédérale de justice pour le cas où l'administrateur judiciaire exercerait son droit d'option selon l'article 103 de la loi allemande relative aux procédures collectives.*

En l'espèce, le débiteur en faillite et l'adversaire avaient conclu un contrat de licence avant l'ouverture de la procédure collective. Ce contrat contenait une clause d'arbitrage portant sur toute question en rapport avec le contrat de licence. Après l'ouverture de la procédure collective, l'administrateur judiciaire exerça son droit d'option conformément à l'article 103 de la loi allemande relative aux procédures collectives et décida de déclarer l'inexécution du contrat de licence à l'adversaire.

Sur ce, l'adversaire a engagé une procédure d'arbitrage afin de faire constater la persistance de ses droits d'exploitation prévus par le contrat de licence.

L'administrateur judiciaire a demandé de constater l'irrecevabilité de la procédure d'arbitrage en considérant que le droit d'option de l'article 103 de la loi allemande relative aux procédures collectives ne pouvait pas faire l'objet d'un arrangement contractuel tel qu'une clause d'arbitrage.

Les juges ont donné raison à l'administrateur judiciaire.

Certes, sur le fond, l'administrateur judiciaire est lié à une convention d'arbitrage conclue par le failli avant l'ouverture de la procédure collective, pourtant, comme la Cour fédérale de justice l'avait déjà décidé dans le cas où l'administrateur judiciaire exercerait l'action révocatoire prévue par les articles 129 et suivants de la loi allemande, sur les procédures collectives (voir p. ex. Cour fédérale de justice, arrêt du 20 novembre 2003 – III ZB 24/03). Ce principe ne s'applique pas s'il s'agit des droits distincts accordés à l'administrateur judiciaire par la loi qui sont spécifiques aux procédures collectives.

En l'occurrence, les juges ont argumenté que, tout comme l'action révocatoire, le droit d'option prévu par l'article 103 de la loi allemande relative aux procédures collectives était un droit distinct dont le débiteur en faillite ne pouvait pas disposer. Selon les juges, le fait que le droit d'option

ne puisse être exercé que par l'administrateur judiciaire résulte également de l'article 119 de la même loi, prévoyant qu'une convention est nulle si elle exclue ou limite par avance l'application de l'article 103. Par conséquent, la Cour a décidé que le droit d'option de l'article 103 de la loi allemande relative aux procédures collectives ne pouvait pas faire l'objet d'un arrangement contractuel, y compris une clause d'arbitrage corrélative.



Annika Jo Heinrich
CMS Hasche Sigle, Berlin
E annika.heinrich@cms-hs.com

* Cour fédérale de justice, arrêt du 30 juin 2011 – III ZB 59/10



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

