

update

France – Allemagne

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

/ p 1 / Droit des Societes 1. Loi portant modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et relative à la lutte contre les abus (« MoMiG ») **/ p 2 /** 2. Nécessité de l'approbation par l'assemblée générale de certaines mesures structurelles au sein des sociétés anonymes **/ p 2 / Droit de la Construction/PPP** Nullité des clauses dites « de fidélité aux conventions collectives » dans le cadre des procédures d'appel d'offres **/ p 3 / Droit Commercial** Décision concernant l'accord à l'envoi de publicité **/ p 3 / Droit du Travail** 1. Licenciement extraordinaire en raison de l'exercice d'une autre activité pendant une période d'incapacité de travail **/ p 3 /** 2. Licenciement pour motif économique et liberté de décision de l'entreprise

Juillet / Août 2008

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

Droit des Societes

1. Loi portant modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et relative à la lutte contre les abus (« MoMiG »)

Le Parlement fédéral vient de voter le texte final de la loi portant modernisation du droit des sociétés à responsabilité limitée et relative à la lutte contre les abus (« *Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und zur Bekämpfung von Missbräuchen* »). Le projet de loi proposé par le Ministère de la justice est ainsi, après de longues discussions au sein du parlement et des milieux économiques et politiques, sur la dernière ligne droite, avant le vote final par la deuxième chambre parlementaire.

L'entrée en vigueur de la nouvelle loi est prévue pour l'automne 2008. Nous vous informerons sur les détails de ce texte et leur répercussions sur la pratique des sociétés à responsabilité limitée en Allemagne dans un numéro spécial qui paraîtra également à l'automne 2008.

(Dr. Gerd Leutner, CMS Hasche Sigle, Berlin)

2. Nécessité de l'approbation par l'assemblée générale de certaines mesures structurelles au sein des sociétés anonymes

La Cour d'appel de Hamm (*Oberlandesgericht Hamm*) a récemment rendu un arrêt précisant la doctrine dite « Holz-müller ».

Cette doctrine établie par la Cour de cassation (*Bundesgerichtshof*) en 1982 et ultérieurement développée par la décision dite « Gelatine » en 2004 exige, à titre exceptionnel, qu'une mesure structurelle d'importance extraordinaire soit soumise au vote par l'assemblée générale afin d'obtenir son approbation. Cette règle ne s'applique pas à toutes les mesures structurelles (telles que la séparation ou scission de certaines activités dans des sociétés filiales ou la vente d'une activité qui définit l'objet social de la société), mais seulement pour les restructurations qui touchent au cœur de la compétence de l'assemblée générale et revêtent de ce fait la même importance que la modification des statuts.

La Cour d'appel de Hamm a dû trancher un litige relatif à l'aliénation d'une participation par une société filiale d'une société anonyme. Selon un courant prépondérant en doctrine, l'aliénation d'une filiale par la société anonyme elle-même ne tombe pas sous le coup de la doctrine « Holz-müller » et ne requiert par conséquent pas l'aval de l'assemblée générale. La Cour d'appel de Hamm a décidé qu'a fortiori, pour la vente d'une filiale de la filiale l'approbation de l'assemblée générale de la société mère ultime n'est pas nécessaire.

Cette décision contribue à la précision de la doctrine « Holz-müller ». Toutefois il reste bon nombre de cas qui n'ont pas encore été tranchés par les tribunaux et qui demandent par conséquent un examen individuel au cas par cas.

(Dr. Gerd Leutner, CMS Hasche Sigle, Berlin)

Droit de la Construction/PPP

Nullité des clauses dites « de fidélité aux conventions collectives » dans le cadre des procédures d'appel d'offres

La Cour de Justice des Communautés Européennes a jugé dans un arrêt du 3 avril 2008 que les règles dites « de fidélité aux conventions collectives » en vigueur dans le Land de Basse Saxe portaient atteinte au droit européen et étaient, par conséquent, nulles (Az. C-346/06). Cette décision est importante, car elle a non seulement des conséquences sur la réforme des normes applicables à la procédure d'adjudication, mais également sur les règles « de fidélité aux conventions collectives » des différents Länder.

Cette décision marque la fin d'une série de décisions contraires (voir CMS France-Allemagne numéro I/2007). La Cour Constitutionnelle allemande avait notamment jugé en 2006 que les règles « de fidélité aux conventions collectives » en vigueur dans le Land de Berlin étaient conformes à la Constitution. Dans les faits, la loi sur les marchés publics de Basse Saxe disposait que les marchés publics d'un montant supérieur à 10.000 Euros ne seraient attribués qu'aux entreprises qui s'engageaient à rémunérer leurs travailleurs pour le travail accompli conformément aux conventions collectives. La même règle s'appliquait aux sous-traitants. En l'espèce, le contractant avait délégué une partie de son travail à un sous-traitant polonais qui rémunérait ses travailleurs à hauteur de la moitié du salaire minimum prévu par les conventions collectives allemandes. Cette disposition a été jugée contraire au droit communautaire par la Cour de Justice des Communautés Européennes et ne trouve donc plus à s'appliquer.

Cette décision a été très critiquée, notamment par le SPD et les syndicats. A la lecture de la décision de la Cour de Justice, il n'apparaît pourtant aucunement qu'il faille interpréter celle-ci comme un refus général de fidélité aux conventions collectives. La Cour de Justice a en effet reconnu que les directives européennes prenaient également en compte des standards sociaux.

Les règles de fidélité aux conventions collectives sont, par conséquent, autorisées dès lors qu'elles ont été imposées sur le territoire intégral de l'Etat membre concerné. Par conséquent, le rôle du ministère du Travail est important, car il convient de faire en sorte que les règles de fidélité aux conventions collectives deviennent des règles de portée générale sur la base d'une loi qui fait défaut à l'heure actuelle. Cette décision a sans nul doute des conséquences importantes sur les lois applicables aux marchés publics promulguées dans de nombreux Länder ou en passe de l'être.

La position à adopter pour les passations de marchés publics actuellement en cours suite à ce revirement de jurisprudence inattendu est aujourd'hui problématique. Il est évident que les entrepreneurs qui se refusent à accepter la réglementation sur la fidélité aux conventions collectives ne pourront plus être écartés de la procédure. Mais le problème se pose également en raison de la mention sur de nombreux formulaires de passation de marchés publics de la réglementation sur la fidélité aux conventions collectives. En effet, on peut craindre une violation du principe d'égalité lors de l'évaluation des offres dès lors que des entrepreneurs ont donné leur consentement par le biais de ce formulaire et alors même qu'aucune offre similaire n'a été déposée.

Certaines solutions ont déjà été explicitées dans des circulaires de différents ministères. Si aucune offre n'a encore été soumise, il conviendra de repousser la date de soumission des offres de sorte que l'offrant puisse revoir son offre sans tenir compte de la fidélité aux conventions collectives. Il est plus difficile de trouver une solution lorsque les offres ont déjà été soumises. Dans ce cas, lorsque certaines offres ont été faites en tenant de la fidélité aux conventions collectives et d'autres non, il devra être fait part de l'annulation de l'appel d'offre, étant donné que la décision de passation de marché public a été prise dans des

circonstances violant les règles d'égalité. Les modalités de passation des marchés publics devront alors être adaptées à la nouvelle jurisprudence, afin que les offres puissent être effectuées ultérieurement.

Pour le moment, la seule certitude est celle de la nécessité d'un temps de réflexion afin de réglementer au mieux la question de fidélité aux conventions collectives en matière de travaux public.

(Dr. Jakob Steiff, CMS Hasche Sigle Frankfurt/Main, Anne-Lise Lamy, CMS Hasche Sigle Berlin)

Droit Commercial

Décision concernant l'accord à l'envoi de publicité

La Cour de cassation allemande (*Bundesgerichtshof*) a récemment décidé que les consommateurs devaient donner expressément leur accord à l'envoi de publicité par E-mail ou par SMS, et ce par apposition d'une croix (Opt-In). Par ailleurs, les clauses qui stipulent que le consommateur doit s'opposer à l'envoi de publicité par courrier électronique ou SMS sont interdites (Opt-Out).

Ces clauses d' « Opt Out » sont anticoncurrentielles et peuvent, par conséquent, entraîner des condamnations.

Suite à cette nouvelle jurisprudence, nous vous conseillons de vérifier au plus vite la teneur de votre site internet et de vos différents formulaires contractuels.

(Dr. Gerd Leutner, Anne-Lise Lamy, CMS Hasche Sigle, Berlin)

Droit du Travail

1. Licenciement extraordinaire en raison de l'exercice d'une autre activité pendant une période d'incapacité de travail

Dans une décision du 03 avril 2008 (2 AZR 965/06), la Cour fédérale allemande du travail a affirmé qu'un licenciement extraordinaire (sans préavis) pouvait être justifié lorsqu'un salarié exerçait une autre activité alors qu'il était en arrêt-maladie.

En l'espèce, le détective de la société qui employait un salarié en tant que chauffeur avait découvert que celui-ci travaillait dans un café alors qu'il était en arrêt de travail pour cause de maladie. Selon la Cour, le licenciement prononcé par l'employeur par la suite était valable.

Les juges considèrent cependant que l'exercice d'une activité pendant l'arrêt-maladie ne justifie pas automatiquement un licenciement extraordinaire. Il constitue seulement un indice de la simulation de la maladie par le salarié – ce qui était le cas en l'espèce – ou d'un comportement fautif de la part du salarié ayant reculé la guérison.

(Catherine Soulas LL.M., Bénédicte Defever, Cologne)

2. Licenciement pour motif économique et liberté de décision de l'entreprise

Dans une décision en date du 13 mars 2008 (2 AZR 1037/06), la Cour fédérale allemande du travail a rappelé les principes relatifs à la liberté de décision de l'employeur en matière de licenciement pour motif économique.

En l'espèce, une entreprise publicitaire avait décidé de licencier tous ses salariés en charge de coller des affiches et de ne poursuivre cette activité qu'avec des collaborateurs en freelance. Un des salariés licenciés contestait cette décision.

La Cour fédérale a considéré que le licenciement était justifié pour motif économique dans la mesure où l'entreprise

avait pris la décision de ne plus employer des salariés pour faire coller ses affiches. L'entreprise pouvait légitimement décider de réorganiser son activité et mettre en place un nouveau concept de développement selon lequel l'activité n'était plus exercée par des salariés, mais des collaborateurs en freelance. La réorganisation relevant – selon les juges – de la liberté de décision de l'entreprise devait être contrôlée non pas au niveau de son opportunité pour l'organisation ou l'économie de l'entreprise, mais uniquement au regard du fait de savoir si elle avait été prise de façon arbitraire.

(Catherine Soulas LL.M., Bénédicte Defever, Cologne)

CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle sont membres du réseau transnational juridique et fiscal CMS, comptant aujourd'hui plus de 2000 avocats répartis dans 31 pays :

Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich, Aberdeen, Alger, Antwerpen, Arnhem, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresde, Dusseldorf, Édimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscou, Munich, New York, Pékin, Prague, São Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

Comité de rédaction

François Hellio*, Avocat associé - Tél.: +33 1 47 38 40 62 - courriel: francois.hellio@cms-bfl.com
Dr. Gerd Leutner**, Rechtsanwalt associé - Tél.: +49 (30) 203 60 127 - courriel: Gerd.Leutner@cms-hs.com

* CMS Bureau Francis Lefebvre ** CMS Hasche Sigle

Avertissement légal

Cette lettre diffuse des informations juridiques et fiscales à caractère général destinées à aider les entreprises françaises et francophones sur le marché allemand. Nous nous efforçons de présenter des informations correctes et corrigerons, le cas échéant, les éventuelles erreurs qui pourraient nous être signalées. Toutefois, les informations contenues dans cette lettre ne constituent en aucune manière un conseil personnalisé susceptible d'engager, de quelque manière que ce soit, la responsabilité des auteurs.

Titularité 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 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

CMS Bureau Francis Lefebvre et CMS Hasche Sigle ont constitué le Groupe de travail franco-allemand destiné notamment à aider les entreprises françaises et francophones sur le marché allemand.

Membres du Groupe de travail franco-allemand

France

Paris

CMS Bureau Francis Lefebvre
T +33 1 47 38 55 00
F +33 1 47 38 55 55
François Hellio
Alain Herrmann
Jacques Isnard
Gérard Kling
Geneviève Olivier
Alexandra Rohmert

Allemagne

Berlin

CMS Hasche Sigle
T +49 30 203 60 0
F +49 30 203 60 2000
Dr. Gerd Leutner
Andreas J. Roquette

Cologne

CMS Hasche Sigle
T +49 221 77 16 0
F +49 221 77 16 10
Dr. Christian Scherer-Leydecker
Dr. Hendrik Schindler
Gerd Schoenen
Catherine Soulas

Francfort / Main

CMS Hasche Sigle
T +49 69 71 701 0
F +49 69 71 701 130
Dr. Heinz-Joachim Freund
Annett Kenk

Hambourg

CMS Hasche Sigle
T +49 40 37 63 00
F +49 40 37 63 040-600
Dr. Ludwig Linder

Munich

CMS Hasche Sigle
T +49 89 23 80 70
F +49 89 23 80 71 10
Dr. Klaus Sachs

Stuttgart

CMS Hasche Sigle
T +49 711 97 640
F +49 711 97 64 900
Albrecht Schulz
Dr. Franz-Jörg Semler