



L'ACTUALITÉ DU DROIT DES AFFAIRES ALLEMAND

I.

DROIT DU TRAVAIL

II.

DROIT DES SOCIÉTÉS

III.

**CONTRATS ET
CONTENTIEUX**

NOS PROCHAINES MANIFESTATIONS



- 22 janvier 2019 webinaire
■ EMPLOYER DU PERSONNEL EN ALLEMAGNE
- 7 février 2019 webinaire
■ VENDRE EN ALLEMAGNE – COMMENT RÉUSSIR?
- 8 février 2019 webinaire
■ LE GÉRANT D'UNE SARL ALLEMANDE
- 12 mars 2019 séminaire
■ VOTRE FILIALE EN ALLEMAGNE – ACTUALITÉ 2019
- 26 mars 2019 séminaire
■ RESSOURCES HUMAINES EN ALLEMAGNE
- 27 mars 2019 séminaire
■ COMMENT ORGANISER VOTRE BUSINESS EN ALLEMAGNE
- 2 avril 2019 webinaire
■ MISE À DISPOSITION DE PERSONNEL (INTÉRIM) EN ALLEMAGNE
- 9 avril 2019 webinaire
■ LICENCIER DU PERSONNEL EN ALLEMAGNE
- 17 septembre 2019 webinaire
■ EMPLOYER DU PERSONNEL EN ALLEMAGNE
- 18 septembre 2019 webinaire
■ VENDRE EN ALLEMAGNE – COMMENT RÉUSSIR?
- 25 septembre 2019 séminaire
■ RÉUSSIR SA CROISSANCE EXTERNE SUR LE MARCHÉ ALLEMAND
- 9 octobre 2019 séminaire
■ RESSOURCES HUMAINES EN ALLEMAGNE
- 14 novembre 2019 séminaire
■ COMMENT ORGANISER VOTRE BUSINESS EN ALLEMAGNE

Recevez plus d'informations par e-mail : koeln@avocat.de.

NOS AUTEURS

DROIT DU TRAVAIL



DR. CHRISTOPHE KÜHL
Rechtsanwalt
Avocat à la Cour
kuehl@avocat.de



ANNE BRION, LL.M.
Avocate au Barreau de Paris
Rechtsanwältin
brion@avocat.de



EMILIE VIENNE
Avocate au Barreau de Paris
vienne@avocat.de

DROIT DES SOCIÉTÉS



FABIAN NEUGEBAUER, LL.M.
Rechtsanwalt
neugebauer@avocat.de



LAURA REJANO
Avocate à la Cour
rejano@avocat.de

CONTRATS ET CONTENTIEUX



GORDIAN DEGER, LL.M.
Rechtsanwalt
Médiateur
deger@avocat.de



**DR. CHRISTINE BENEKE,
DIAP (ENA)**
Rechtsanwältin
beneke@avocat.de



I.

DROIT DU TRAVAIL

1. Le temps de déplacement des salariés détachés doit être rémunéré

EMILIE VIENNE

Si l'employeur détache un salarié pour effectuer temporairement un travail à l'étranger, le temps de déplacement requis pour l'aller et le retour doit être rémunéré comme temps de travail.

Dans cette affaire, un salarié employé comme technicien était tenu, en vertu de son contrat de travail, de travailler sur des chantiers de construction qui pouvaient se trouver en Allemagne mais aussi **à l'étranger**. D'août à octobre 2015, il fut détaché sur un chantier en Chine.

À sa demande, son employeur avait réservé non pas un vol direct en classe économique, mais un vol en classe affaires avec escale à Dubaï pour le voyage aller et le retour. Pour chacun des quatre jours de voyage, l'employeur a versé à son salarié la rémunération convenue dans le contrat de travail pour huit heures de travail, soit un total de 1.149,44 EUR bruts. Le salarié a ensuite porté l'affaire en justice pour obtenir la rémunération de 37 heures supplémentaires, au motif que la totalité du temps de déplacement entre son domicile et le lieu de travail, aller-retour, devait être rémunérée comme du temps de travail.

La plus haute juridiction prud'homale (Cour fédérale du travail) a donné partiellement droit à cette demande aux motifs suivants :

Lorsque l'employeur détache un salarié, les déplacements à destination et en provenance du lieu de travail **à l'étranger** sont effectués exclusivement dans l'intérêt de l'employeur et sont par conséquent en règle générale à rémunérer comme prestation de travail.

En principe, le temps de déplacement nécessaire est celui qui correspondrait à un vol en classe économique. En l'absence de constatations suffisantes s'agissant de ce temps de déplacement nécessaire en l'espèce, l'affaire a été renvoyée à une Cour d'appel par la Cour fédérale du travail.

CONSEIL PRATIQUE :

- En cas de détachement, prenez en compte le temps de trajet des salariés pour se rendre et revenir de l'étranger comme ouvrant droit à rémunération. Le cas échéant, il peut être financièrement plus intéressant d'opter pour des vols directs (plus chers) plutôt que des vols avec escale, ces derniers augmentant le temps de trajet et ainsi la rémunération y afférente.



Emilie Vienne
0221 139 96 96 0
vienne@avocat.de

2. Comment formuler une clause de délai de forclusion dans un contrat de travail allemand

CHRISTOPHE KÜHL

Les clauses de forclusion (« *Verfallklausel* ») permettent de limiter dans le temps la possibilité d'un salarié de faire valoir ses droits à l'encontre de son employeur. Elles sont souvent prévues dans les contrats de travail de droit allemand et sont habituellement formulées de la façon suivante : « *Sauf en cas de dommage intentionnel, toutes les réclamations des parties en relation avec le présent contrat sont à faire valoir sous forme textuelle dans un délai de trois mois à compter de leur échéance. Ce délai de forclusion ne s'applique pas aux réclamations auxquelles le salarié ne peut renoncer au titre d'un contrat individuel, notamment le salaire minimum légal.*

L'avantage d'une telle clause pour l'employeur est de ne pas devoir attendre l'expiration du délai de prescription légal pour savoir si le salarié fera valoir des droits résultant de son contrat de travail. Ainsi, passé le délai de forclusion convenu, le salarié est déchu de tous ses droits (à l'exception de ceux résultant d'un dommage intentionnel). Cependant, la jurisprudence allemande se montre de plus en plus sévère quant aux conditions de la validité de la clause.

Dans un arrêt récent du 18 septembre 2018, la Cour fédérale du Travail (*Bundesarbeitsgericht*) a ajouté une condition supplémentaire : pour tous les contrats de travail conclus après le 31 décembre 2014 la clause instaurant un délai de forclusion doit expressément prévoir qu'elle ne porte pas sur des créances relatives au salaire minimum légal (RG : 9 AZR 162/18).

Il résulte du § 3 de la loi sur le salaire minimum (*Mindestlohngesetz*), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, qu'il est formellement interdit d'exclure ou de limiter le droit au salaire minimum légal. Une clause de délai de forclusion formulée de manière générale, et ne précisant pas que la forclusion ne s'applique pas aux créances portant sur le versement du salaire minimum viole ce principe et est considérée comme nulle.

Ainsi, si le contrat de travail n'exclut pas expressément le salaire minimum du délai de forclusion, ladite clause ne s'applique pas si bien que le salarié peut faire valoir l'ensemble de ses droits dans le délai de prescription légal. Celui-ci est notamment de trois ans pour l'ensemble des créances salariales (rappels de salaires pour heures supplémentaires, congés payés, etc.)

CONSEIL PRATIQUE :

- Nous vous recommandons de vérifier le contenu des clauses des contrats de travail de vos salariés et de mettre à jour vos modèles de contrat. Tout contrat conclu après le 31 décembre 2014 et n'excluant pas expressément le salaire minimum légal du délai de forclusion devra faire l'objet d'un avenant au contrat de travail afin d'être mis en conformité avec la nouvelle jurisprudence.



Dr. Christophe Kühl
0221 139 96 96 0
kuehl@avocat.de

3. Les seuils à retenir en droit du travail allemand

FABIAN NEUGEBAUER

Nombre de salariés	Disposition	Assiette de calcul	Conséquence
2	§ 26 DGUV 1 (règlement sur l'assurance accidents du travail allemande)	établissement (<i>Betrieb</i>) ¹	L'employeur doit s'assurer qu'un secouriste est désigné. Si l'employeur occupe plus de 20 assurés, un plus grand nombre de secouristes peut être nécessaire.
1 à 49	§ 1a AÜG (loi sur le prêt de main d'œuvre)	établissement	Possibilité de mettre à disposition ses salariés auprès d'une autre société (intérim) sans autorisation préalable si cette mesure intervient dans le but d'éviter le chômage partiel ou le licenciement pour une période pouvant aller jusqu'à douze mois.
5	§ 1, 9 BetrVG (loi sur l'organisation des entreprises)	établissement	Un comité d'entreprise (Betriebsrat) peut être mis en place. Toutefois, contrairement au droit du travail français, la mise en place du comité d'entreprise n'est pas obligatoire et intervient à l'initiative des salariés.
10	§ 38 de la BDSG (loi sur la protection des données à caractère personnel)	entreprise (« <i>Unternehmen</i> ») ²	La nomination d'un délégué à la protection des données est obligatoire si plus de 10 salariés sont chargés du traitement automatisé des données à caractère personnel.

1 Le terme « *Betrieb* » désigne un établissement, une société, un groupe de sociétés ou une entreprise (ex : des salariés embauchés en Allemagne par une structure étrangère). Le facteur déterminant est l'existence d'une unité organisationnelle au sein de laquelle l'employeur exerce son pouvoir de direction et définit les méthodes de travail.

2 Une entreprise (« *Unternehmen* ») peut correspondre à un établissement (« *Betrieb* ») ou englober plusieurs établissements, selon le cas.

Nombre de salariés	Disposition	Assiette de calcul	Conséquence
>10	Article 23 KSchG (loi sur la protection contre le licenciement)	établissement	Seuls les salariés d'établissements de plus de 10 salariés bénéficient d'une protection contre le licenciement . Pour les petites entreprises, un licenciement est possible sans motif ni indemnité (sauf discrimination, situation de harcèlement, etc.). Les employés à temps partiel sont calculés au prorata ; les stagiaires et les mandataires sociaux ne sont pas pris en compte.
11	Section 4.2., § 3 al. 1 ArbStättV (règlement relatif aux lieux de travail)	lieu de travail	Une salle de pause est obligatoire. Le cas échéant, elle peut l'être avec un effectif inférieur si des raisons de sécurité ou de santé l'exigent.
16	§ 3 PflegeZG (loi relative au congé pour soins aux personnes dépendantes) § 8 TzBfG (Loi sur le travail à temps partiel et les CDD) ; § 15 BEEG (loi sur le congé parental)	employeur	Les salariés doivent être entièrement ou partiellement libérés de l'exécution de leur travail s'ils s'occupent d'un proche parent qui a besoin de soins à domicile (période de soins). Les salariés peuvent demander à travailler à temps partiel (de manière habituelle ou dans le cadre d'un congé parental).
20	§§ 154, 160 SGB IX (code social Livre 9)	employeur	L'employeur est tenu d'embaucher 5 % de salariés ayant le statut de « handicapé grave » . Il peut s'exonérer de cette obligation en payant une compensation. Réglementation spéciale pour les employeurs ayant en moyenne moins de 40 ou 60 emplois . Seuls les salariés qui travaillent plus de 18 heures par semaine sont comptabilisés.
21	§ 99 BetrVG (loi sur l'organisation des entreprises) §§ 111, 112 BetrVG (loi sur l'organisation des entreprises)	entreprise	Le comité d'entreprise (s'il y en a un) doit donner son accord pour des mesures individuelles concernant le personnel (embauche, classification, changement de classification, mutation) . Le comité d'entreprise (s'il y en a un) doit être consulté pour tout changement substantiel dans le fonctionnement de l'entreprise ayant des répercussions sur le personnel (notamment grande restructuration, cessation d'activité, délocalisation, fusions, scissions, etc.)

Nombre de salariés	Disposition	Assiette de calcul	Conséquence
	§§ 111, 112 BetrVG (loi sur l'organisation des entreprises)	entreprise	En cas de restructuration et existence d'un comité d'entreprise : Négociation d'une conciliation d'intérêts (« <i>Interessen-ausgleich</i> ») et d'un plan social (« <i>Sozialplan</i> ») avec le comité d'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise, aucun plan social n'est requis.
	§ 22 SGB VII (Code social Livre 7)	entreprise	Nomination d'un chargé de la sécurité avec la participation du comité d'entreprise ou comité du personnel .
	§ 17 KSchG (loi sur la protection contre le licenciement)	établissement	Obligation d'information de l'agence pour l'emploi (Agentur für Arbeit) en cas de licenciement collectif de <ul style="list-style-type: none"> Plus de 5 salariés dans les établissements employant généralement plus de 20 salariés et moins de 60 salariés, 10 % des effectifs réguliers ou plus de 25 salariés, dans les établissements qui emploient normalement au moins 60 et moins de 500 employés, et Au moins 30 salariés dans des établissements employant normalement au moins 500 salariés. Les gérants non associés doivent être comptabilisés.
26	§ 2 FPfZG (loi sur le temps sur la prise en charge dans le contexte familial)	employeur	Les salariés doivent être partiellement libérés du travail pour une période maximale de 24 mois s'ils s'occupent d'un proche parent qui a besoin de soins à domicile (période de soins familiaux). Les stagiaires ne sont pas pris en compte.
> 1000 > 100 (en cas de risques d'accidents particuliers)	§ 3a al. 1, § 4 al. 5, § 6 al. 4, point 4.3. annexe ArbStättV, ASR A4.3, point 6 (règlement relatif aux lieux de travail)	lieu de travail	Obligation de mise en place d'une salle de premiers secours

Ce tableau a pour but de donner un premier aperçu des seuils les plus importants du droit du travail allemand. La liste n'est pas exhaustive et ne remplace pas une prestation de conseil juridique. Elle ne sert qu'à des fins d'orientation et peut être modifiée à tout moment. Elle ne saurait engager notre responsabilité, à quelque titre que ce soit.

4. Nouvelle jurisprudence sur la déchéance du droit aux congés payés

(affaires C-619/16 et C-684/1 du 6 novembre 2018, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/cp180165fr.pdf>).

ANNE BRION

Dans deux arrêts du 6 novembre 2018, la Cour de justice de l'Union européenne a posé le principe selon lequel un salarié ne peut pas perdre automatiquement ses droits aux congés annuels payés acquis du fait qu'il n'a pas fait de demande de congés dans la période prévue.

Dans la première affaire, un étudiant en droit effectuait son stage rémunéré de préparation aux professions juridiques (*Referendariat*) auprès du Land de Berlin. Le salarié n'avait pas pris ses congés payés restants durant ses deux derniers mois de stage. Après la fin du stage, il demandait une indemnité compensatrice des congés non pris auprès du Land qui lui a été refusée. Le salarié contestait en justice ce refus.

Dans la seconde affaire, un salarié employé par une société voyait son contrat de travail se terminer bientôt. Environ deux mois avant la fin du contrat, son employeur l'invitait à prendre ses congés restants. Le salarié ne prenait que deux jours de congés et demandait, à la fin de son contrat de travail, le paiement d'une indemnité compensatrice pour les jours non pris. La société refusant de faire droit à cette demande, le salarié saisissait la juridiction compétente.

Le Tribunal administratif supérieur de Berlin-Brandebourg (*ObERVERWALTUNGSGERICHT*) et la Cour fédérale du travail (*BUNDESARBEITSGERICHT*) ont saisi la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante : le droit de l'Union européenne s'oppose-t-il à une réglementation nationale prévoyant la perte des congés annuels payés non pris et la perte de l'indemnité financière au titre desdits congés lorsqu'une demande de congé n'a pas été formulée par le salarié avant la cessation du contrat de travail ?

La réponse de la CJUE est claire : il est contraire au droit de l'Union européenne qu'un salarié perde automatiquement son droit à congés ou son droit à indemnisation pour congés payés non pris au motif qu'il n'aurait pas fait de demande de congés avant la fin du contrat de travail (ou avant la fin de la période de référence). De tels droits ne peuvent s'éteindre que si l'employeur a mis le salarié en mesure, par une information adéquate, de prendre ses congés en temps utile, ce que l'employeur doit prouver.

La Cour de justice justifie sa décision par le fait que le salarié doit être considéré comme la partie la plus faible dans la relation de travail et qu'il pourrait donc être dissuadé de faire valoir expressément ses droits à l'encontre de son employeur.

Toutefois, si l'employeur peut prouver que le salarié s'est abstenu délibérément et en connaissance de cause de prendre ses congés payés après avoir été

mis en mesure de la faire, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à la perte du droit à congés ou indemnisation compensatrice.

Par ces arrêts, la CJUE remet en cause la jurisprudence allemande existante selon laquelle les congés payés doivent être pris durant l'année calendaire, ou au plus tard avant le 31 mars de l'année suivante, le salarié perdant ses congés s'il n'a pas demandé à les prendre.

CONSEIL PRATIQUE :

- Nous vous recommandons de veiller à ce que vos salariés prennent régulièrement leurs congés en cours d'année et, qu'en cas de rupture du contrat de travail, les congés restants soient pris durant le préavis applicable afin d'éviter le versement d'une indemnité compensatrice de congés payés.



Anne Brion
0221 139 96 96 0
brion@avocat.de

5. Règle du 1% : Détermination du prix de liste brut pour les véhicules importés

CHRISTOPHE KÜHL

Selon la règle dite du 1%, l'avantage en nature imposable pour l'usage privé d'un véhicule de fonction en Allemagne est fixé à 1% du coût d'acquisition de la voiture. Le calcul est effectué sur la base du prix catalogue brut du véhicule, y compris le coût des accessoires. Il peut être difficile de déterminer le prix catalogue brut des véhicules importés. Si le véhicule est un véhicule importé (ici une Ford Mustang Shelby GT 500 Coupé) pour lequel il n'y a pas de prix de catalogue brut sur le marché intérieur et qu'il n'y a pas de comparaison avec un véhicule national de même construction et du même type, le prix de catalogue brut sur le marché intérieur doit être estimé. Pour la plus haute juridiction fiscale allemande (BFH), ce prix n'est en tout état de cause pas trop élevé si l'estimation n'est pas basée sur le prix de vente au client final, mais sur les prix de vente bruts habituels plus bas que les concessionnaires qui importent eux-mêmes le véhicule en question exigent de leurs clients, c'est-à-dire les concessionnaires automobiles.

Arrêt du BFH du 09.11.2017, III R 20/16



Dr. Christophe Kühl
0221 139 96 96 0
kuehl@avocat.de

6. Sur la conformité (compliance) et la protection des données personnelles des salariés

ANNE BRION

Tout comme en France, la « compliance » se voit accorder une place de plus en plus importante dans le monde des entreprises.

La définition d'un programme anti-corruption ou d'une politique de conformité au sein de l'entreprise constitue aujourd'hui une obligation pour les dirigeants de sociétés qui s'exposent à de fortes sanctions en cas de non-respect de la réglementation applicable.

L'absence de programme anti-corruption ou la mise en place de règles insuffisantes peut entraîner la condamnation des dirigeants au versement de dommages et intérêts, comme ce fut le cas dans l'affaire Siemens fin 2013 où l'un des dirigeants de la société fut condamné au versement de 15 millions d'euros à la société³.

Ainsi, les entreprises allemandes sont de plus en plus nombreuses à mettre en place un « code de conduite », également dénommé « charte éthique », visant à définir la bonne conduite des salariés et dirigeants. Si cet outil a généralement pour objet principal de définir ou rappeler les normes applicables et les valeurs de la société, dans certains cas, il conduit à une restriction des libertés fondamentales des salariés qui peut s'avérer délicate. En outre, la mise en œuvre des règles définies dans un tel code conduit souvent au traitement de données à caractère personnel des salariés et nécessite donc une mise en conformité avec les règles en la matière.

La conciliation de la mise en œuvre d'un code de conduite avec le respect des obligations de l'employeur en matière de protection des données à caractère personnel suscite de nombreuses interrogations, notamment en raison de la nouvelle réglementation nationale et européenne.

Depuis l'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après RGPD), mais aussi, préalablement, celle de la loi fédérale sur la protection des données à caractère personnel (*Bundesdatenschutzgesetz*, ci-après loi BDSG) le 5 septembre 2017, les obligations en matière de protection des données ont été redéfinies et clarifiées.

En Allemagne, c'est désormais principalement le § 26 BDSG qui détermine les règles applicables à la protection des données des salariés.

Vous trouverez plus d'informations sur cette nouvelle réglementation dans nos articles précédents suivants :

³ Landgericht München (Tribunal de grande instance de Munich), 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10, affaire des „caisses noires“.

Préparez-vous dès aujourd'hui à l'entrée en vigueur du règlement européen sur la protection des données.

Une protection renforcée des données à caractère personnel des employés en Allemagne

Ainsi que nous l'avons expliqué dans nos articles précédemment cités, le BDSG définit les différentes situations dans lesquelles l'employeur est autorisé à utiliser les données à caractère personnel de ses salariés.

Le traitement des données à caractère personnel des salariés est notamment possible lorsque l'employeur soupçonne un ou plusieurs salariés d'avoir commis **une infraction pénale**⁴. Un tel traitement n'est justifié que si les conditions suivantes sont remplies :

- **Intérêt légitime** : il existe un commencement de preuves laissant soupçonner la commission d'une infraction.
- **Nécessité** : le procédé choisi est nécessaire à la révélation des faits. Aucun procédé moins intrusif ne peut être mis en œuvre.
- **Proportionnalité** : l'intérêt légitime du salarié à ce que ses données personnelles ne soient pas utilisées ne prédomine pas sur l'intérêt de l'employeur d'utiliser le procédé.

Depuis plusieurs années, la jurisprudence allemande considère que l'employeur peut également procéder à des enquêtes internes nécessitant un traitement des données à caractère personnel en cas de **manquement grave d'un salarié à ses obligations contractuelles**, ce manquement ne devant pas nécessairement constituer une infraction pénale⁵.

Si cette possibilité n'a pas été reprise dans la loi BDSG, elle continue de valoir, la jurisprudence applicable en la matière n'ayant pas été remise en cause par la nouvelle loi.

Ainsi, une mesure de contrôle prise à l'insu des salariés par l'employeur peut être justifiée et possible en cas de soupçon d'un manquement grave aux obligations contractuelles par un ou plusieurs salarié sous réserve du respect de l'application des conditions mentionnées ci-dessus (intérêt légitime, nécessité et proportionnalité).

Caractérisent notamment un manquement grave justifiant une mesure de contrôle :

- La simulation d'une incapacité de travail,
- La violation de l'obligation de non-concurrence en cours d'exécution du contrat,
- La tromperie du salarié sur le nombre d'heures travaillées.

A titre d'exemple, la mise en œuvre des mesures suivantes a été considérée légitime pour la conduite de l'enquête :

- l'engagement d'un détective privé (dans le cadre de la simulation d'une incapacité de travail et de l'exercice d'une activité concurrente durant son arrêt par le salarié)⁶

4 § 26 alinéa 1 BDSG

5 Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) 22.09.2016 - 2 AZR 848/15 : possibilité de mettre en place un système de vidéosurveillance sans en informer au préalable les salariés dans le but d'élucider un soupçon d'infraction ou de violation grave d'une obligation contractuelle par des membres du personnel. Les extraits vidéo pourront être exploités pour l'enquête pour rapporter la preuve de l'infraction ou du manquement.

6 Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) 29.6.2017 - 2AZR 597/16

- l'utilisation de l'historique de la navigation internet pour démontrer que le salarié en faisait une utilisation abusive durant son temps de travail⁷

Il convient de vérifier au cas par cas quelle mesure paraît la plus appropriée.

En tout état de cause, le contrôle pourra intervenir à l'insu des salariés s'il s'avère qu'une information préalable du personnel nuirait à l'enquête.

A l'inverse, la jurisprudence considère qu'il n'est pas justifié d'effectuer de tels contrôles à l'insu des salariés lorsqu'ils n'ont qu'un caractère préventif.

La Cour fédérale du travail (la plus haute juridiction allemande) a ainsi considéré que l'installation d'un logiciel enregistreur de frappes avec lequel l'employeur pouvait vérifier les frappes au clavier des salariés et procéder à des copies d'écran régulières afin de surveiller et contrôler les salariés, alors que ceux-ci n'avaient pas connaissance de cet outil de contrôle, portait atteinte au droit fondamental des salariés à l'autodétermination en matière d'informations⁸. Une telle mesure, qui n'était en l'espèce justifiée par aucun élément factuel, n'était pas valable. La solution retenue par le Tribunal fédéral ne se fonde pas sur le fait que l'employeur disposait de moyens de contrôle moins intrusifs, mais sur le fait que l'employeur y avait procédé alors qu'il n'avait aucun soupçon de manquement ni d'infraction.

CONCLUSION ET CONSEIL PRATIQUE :

- En cas de mise en œuvre de mesures de contrôles dans le cadre d'une enquête, l'employeur doit veiller au respect des règles définies dans la loi fédérale sur la protection des données à caractère personnel et dans le règlement européen.
- Afin de pouvoir démontrer avoir agi en conformité des règles, il doit soigneusement documenter les soupçons d'infraction ou de manquements aux obligations contractuelles, ainsi que le déroulement de l'enquête.
- En cas de violation de ses obligations en matière de protection des données à caractère personnel, l'employeur ne pourra exploiter les résultats de l'enquête (le cas échéant, un licenciement prononcé sur cette base sera injustifié), il s'exposera au versement de dommages et intérêts vis-à-vis du salarié, mais aussi à des sanctions pénales⁹.
- Pour ces raisons, il est fortement recommandé de faire vérifier par un spécialiste le contenu d'un code de conduite avant sa mise en œuvre. En outre, si la société ou le groupe ont des instances représentatives du personnel (« Betriebsrat », « Konzernbetriebsrat »), celles-ci devront être impliquées dans l'élaboration du code de conduite.



Anne Brion
0221 139 96 96 0
brion@avocat.de

7 Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) 20.10.2016 - 2 AZR 395/15

8 Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) 27.07.2017 - 2 AZR 681/16

9 Article 83 du règlement européen RGPD et Article 41 de la loi BDSG

7. Rupture tacite d'un contrat de gérance

FABIAN NEUGEBAUER

Selon une jurisprudence récente (Cour d'appel du travail, *Landesarbeitsgericht* de Schleswig-Holstein, arrêt du 10 avril 2018, 1 Sa 367/17, un contrat de gérance peut également être rompu par accord verbal si aucune stipulation dérogatoire n'a été prévue dans le contrat lui-même.

Dans cette affaire, le demandeur était gérant (*Geschäftsführer*) de la défenderesse, une société à responsabilité limitée de droit allemand (*GmbH*), depuis août 2010.

Il demandait des rappels de rémunération pour la période de janvier 2012 à mars 2017 (soit 187.500 €) en se fondant sur l'existence d'un contrat de gérant avec la société en l'absence de rupture écrite dudit contrat.

L'actuel gérant de la société, actionnaire unique de la société, exploitait une autre société avec le demandeur, société dont ils étaient tous deux associés-gérants.

A partir d'avril 2011, le demandeur avait travaillé, d'un commun accord, sans conclure de contrat écrit, pour le compte de cette autre société. Le 11 avril 2011, le demandeur avait été désinscrit en tant que gérant de la société défenderesse auprès des organismes sociaux avec effet au 28 février 2011. Par décision de l'assemblée des associés du 1^{er} décembre 2011, la défenderesse avait révoqué le demandeur de ses fonctions de gérant ce qui avait été immatriculé au Registre du commerce en janvier 2012.

La défenderesse faisait valoir que les parties auraient rompu le contrat de gérance de manière tacite dès janvier 2011. La Cour d'appel a donné droit à la défenderesse en décidant que les parties avaient bien rompu leur contrat d'un commun accord, par voie tacite, avec effet au 28 février 2011. La Cour a justifié cette décision notamment par la désinscription auprès des organismes sociaux et les bulletins de paie établis par l'autre société.

CONSEIL PRATIQUE :

- La question de savoir s'il a été mis fin tacitement à un contrat de gérance d'un commun accord entre la société et le gérant est évaluée au cas par cas selon les indices donnés. En l'occurrence, le fait que le demandeur était devenu gérant d'une autre société détenue par le même associé et que des bulletins de paie avaient été établis au titre de ce nouveau mandat avait permis de confirmer la rupture.
- Même s'il est possible, dans les circonstances particulières comme dans la présente affaire, de justifier la rupture tacite d'un contrat de gérance, il est fortement conseillé, pour des raisons de preuve, de rompre un contrat de gérance soit par accord de rupture écrit, soit par une résiliation écrite du contrat si une solution amiable n'est pas envisageable. Il est à noter qu'une rupture tacite n'est possible que pour un contrat de gérance, le gérant d'une *GmbH* n'ayant pas le statut de salarié en droit allemand. Un contrat de travail ne pourra, quant à lui, qu'être rompu par écrit (licenciement, démission ou rupture conventionnelle).



Fabian Neugebauer
0221 139 96 96 0
neugebauer@avocat.de

II.

DROIT DES SOCIÉTÉS

Sur l'absence d'un associé à une assemblée

LAURA REJANO

En droit allemand, l'absence d'un associé à une assemblée d'associés peut être caractéristique de mauvaise foi si cette absence intervient délibérément dans le but de bloquer la prise de décision, le quorum n'étant pas atteint. Dans un arrêt du 24 janvier 2018, le Tribunal de grande instance de Münster apporte la précision suivante : la mauvaise foi ne sera caractérisée que si l'associé réitère son comportement en s'absentant aux autres assemblées régulièrement convoquées. Il « boycottte » ainsi sciemment et de manière ciblée la prise de décision.

En l'espèce, le Tribunal a considéré que l'associée d'une société en commandite simple, qui ne s'était pas présentée à une assemblée, n'avait pas agi par mauvaise foi. S'il y avait une mésentente entre les deux associés, il n'était pas démontré que l'associée mise en cause avait délibérément voulu bloquer la décision. Elle avait justifié son absence par écrit en expliquant que, dès lors qu'aucune solution n'était envisagée pour remédier au différend à la date où l'assemblée devait se tenir, elle considérait que la tenue de cette assemblée n'avait pas de sens et qu'il convenait de rechercher d'abord un terrain d'entente avec le soutien du juge dans le cadre de la procédure judiciaire en cours devant le même tribunal avant de convoquer une nouvelle assemblée. L'associée ayant montré sa disponibilité à participer aux décisions, la mauvaise foi n'était donc pas caractérisée.

CONCLUSION ET CONSEIL PRATIQUE :

- La mauvaise foi d'un associé doit être prouvée par celui qui s'en prévaut. Si elle est caractérisée, elle peut donner lieu au versement de dommages et intérêts. En cas de blocage aux résolutions sciemment provoqué par un ou plusieurs associés, une ordonnance de référé pourra, le cas échéant, remplacer les voix manquantes et permettre ainsi l'adoption de la résolution. Une telle voie de recours n'est cependant ouverte que si des intérêts de taille sont en jeu ou bien si la mauvaise foi du/ des associé(s) est manifeste.
- En cas de mésentente entre associés, nous recommandons de conserver tous documents écrits susceptibles de soutenir la position adoptée et de démontrer que celle-ci est dans l'intérêt de la société.



Laura Rejano
0221 139 96 96 0
rejano@avocat.de

III.

CONTRATS ET CONTENTIEUX

1. La preuve de la réception d'un courrier électronique

CHRISTINE BENEKE

Dans la pratique des affaires, la correspondance est aujourd'hui très souvent transmise par courrier électronique. Cependant, il peut arriver que le destinataire d'un courriel conteste l'avoir reçu. Dans ce cas, il peut être difficile pour l'expéditeur de prouver le contraire.

Le tribunal d'instance de Hambourg a rendu une décision intéressante sur la question de la charge de la preuve de la réception d'un courriel (jugement du tribunal d'instance de Hambourg du 27/04/2018, RG 12 C 214/17). Le Tribunal rappelle tout d'abord que selon une jurisprudence constante, le destinataire d'un message est réputé l'avoir reçu, lorsque le message est entré dans sa sphère de contrôle de telle sorte qu'il avait la possibilité d'en prendre connaissance dans des circonstances normales. Concernant le courriel, ceci est le cas lorsque le courriel se trouve dans la boîte de réception du destinataire ou celle de son fournisseur (LArbG Berlin-Brandenburg, arrêt du 27/11/2012). Or, c'est à l'expéditeur d'en rapporter la preuve.

Le tribunal constate ensuite que la réception d'un courriel ne peut pas être prouvée en versant aux débats la copie de l'e-mail envoyé. En revanche, un renversement de la charge de la preuve s'opère lorsqu'il est produit un protocole technique du serveur de courriel de départ duquel il ressort que le courriel envoyé a bien été demandé par le serveur de courriel du destinataire. En effet, ceci emporte présomption de l'acheminement correct du courriel vers le système du destinataire.

Selon le tribunal, cette présomption ne saurait être écartée par la simple affirmation du destinataire que le message ne lui est pas parvenu, mais seulement en démontrant qu'il existe la possibilité sérieuse d'un déroulement atypique des événements. A cette fin, le destinataire pourrait verser aux débats, par exemple, un protocole technique de son serveur de courriel duquel il ressort que le courriel en question n'a pas été correctement acheminé.

NOTRE CONSEIL :

- **Evitez d'utiliser le recours aux courriels pour des messages importants qui doivent être notifiés dans un délai précis. Pour cela, préférez la lettre recommandée avec avis de réception. En cas d'envoi de courriels, pensez à cocher l'option qui vous permet de recevoir un accusé lors de réception et/ou de lecture.**



Dr. Christine Beneke
0221 139 96 96 0
beneke@avocat.de

2. Sur l'indemnité de rupture de l'agent commercial en Allemagne

GORDIAN DEGER

Selon le § 89b du Code de commerce allemand (HGB), l'agent commercial peut réclamer au mandant une compensation de fin de contrat. Ceci est notamment le cas si le mandant résilie le contrat avec préavis ou si l'agent ne peut plus exercer son activité pour des raisons de santé. Contrairement au droit français, la compensation de droit allemand n'a pas pour objet de compenser la perte de revenus de l'agent, mais constitue une contrepartie pour la clientèle que l'agent a apportée au mandant. De ce fait, la compensation de droit allemand n'est due que si le mandant pourra retirer des avantages de la relation commerciale avec la clientèle apportée par l'agent commercial.

En Allemagne, c'est donc à l'agent commercial qui réclame le paiement d'une compensation de rapporter la preuve que le mandant pourra bénéficier d'une manière substantielle des clients apportés par lui. Par conséquent, l'agent ne pourra notamment pas prétendre à une compensation dans des situations où le mandat cesse l'activité correspondante, car, dans ce cas, il ne pourra plus bénéficier de la clientèle. En outre, le droit allemand prévoit un plafonnement de la compensation à une année de commissions moyennes, calculée sur la moyenne des cinq dernières années, alors que les tribunaux français allouent en général une indemnité équivalant à deux années de commissions, calculée sur la moyenne des trois dernières années.

En Allemagne, tout comme en France, il n'est pas possible d'exclure contractuellement le droit de l'agent au versement de l'indemnité de fin de contrat, toute clause contraire étant réputée non écrite. C'est à propos de cet aspect que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a récemment rappelé que les agents commerciaux ont droit à l'indemnité de fin de contrat, même en cas de résiliation du contrat pendant une période d'essai prévue au contrat (arrêt du 19.04.2018, aff. C-645/16). Cette décision vaut donc à la fois pour les contrats soumis au droit allemand que pour les contrats soumis au droit français.

NOTRE CONSEIL :

- Le mandant a généralement intérêt à prévoir l'application du droit allemand lorsqu'il travaille avec un agent dans un contexte franco-allemand. En tant qu'entreprise française souhaitant travailler avec un agent commercial en Allemagne, évitez de prévoir l'application du droit français dans le contrat d'agent commercial. Gardez à l'esprit, par ailleurs, que la clause prévoyant une période d'essai a perdu quasiment tout intérêt depuis l'arrêt précité de la CJUE.



Gordian Deger
0221 139 96 96 0
deger@avocat.de

3. Débauchage et concurrence déloyale

CHRISTOPHE KÜHL

Selon la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice allemande, le débauchage de travailleurs, de salariés et autres employés est généralement autorisé. Toutefois, un débauchage peut constituer une violation de la Loi sur la concurrence déloyale (UWG) si des circonstances particulières surviennent. Pour la Cour d'Appel (OLG) de Francfort, le débauchage, même d'un grand nombre d'employés d'un concurrent, ne constitue une concurrence déloyale que s'il est orienté, en fonction des circonstances du cas, vers une désorganisation ciblée du concurrent. Le fait que le débauchage ait lieu dans un secteur d'activité entier, y compris auprès des clients de ce secteur, peut en être un indice pour une telle concurrence déloyale. Le simple fait que le débauchage affecte sensiblement la position concurrentielle du concurrent n'est cependant pas suffisant. Décision de l'OLG Francfort du 15.05.2018, 6 W 39/18

NOTRE CONSEIL :

- **Sachez que vous pouvez, en général, débaucher des salariés d'un concurrent en Allemagne. Soyez cependant prudent dans la façon dont vous le faites, si le débauchage concerne un grand nombre de personnes ou a pour but de déstabiliser votre concurrent, vous risquez des amendes considérables.**



Dr. Christophe Kühl
0221 139 96 96 0
kuehl@avocat.de

VOTRE PARTENAIRE EN DROIT ALLEMAND

A PROPOS D'EPP & KÜHL

Leader sur le marché franco-allemand avec plus de 35 Avocats et Rechtsanwälte | Conseil dans tous les domaines du droit des affaires français et allemand | 6 bureaux en Allemagne et en France | Une approche résolument pratique | Langues : allemand, français et anglais | Le plus grand réseau de spécialistes indépendants sur le marché franco-allemand (comptabilité, domiciliation, recrutement etc.) | www.avocat.de

NOS PRESTATIONS

Droit des sociétés | Fusions & Acquisitions | Droit du travail | Droit des contrats | Droit de la distribution | Recouvrement de créances | Contentieux | Droit fiscal | Propriété intellectuelle et industrielle | Droit de la concurrence | Restructurations | Procédures collectives | Droit immobilier | etc.

Pour la seconde année consécutive nous avons été nommé cabinet leader du franco-allemand

COLOGNE

Konrad-Adenauer-Ufer 71
D-50668 Cologne
T +49 221 13996960 F +49 221 139969669
koeln@avocat.de

PARIS

4 rue Paul Baudry
F-75008 Paris
T +33 1 81516558 F +33 1 81516559
paris@avocat.de

LYON

10-12 boulevard Marius Vivier Merle
F-69003 Lyon
T +33 4 27465150 F +33 4 27465151
lyon@avocat.de

STRASBOURG

16 rue de Reims
F-67000 Strasbourg
T +33 3 88456545 F +33 3 88600776
strasbourg@rechtsanwalt.fr

BADEN-BADEN

Schützenstraße 7
D-76530 Baden-Baden
T +49 7221 302370 F +49 7221 3023725
baden@avocat.de

SARREGUEMINES

50 rue de Grosbliederstroff
F-57200 Sarreguemines
T +33 3 87029987 F +33 3 87280813
sarreguemines@rechtsanwalt.fr

