Sommaire

- De nouveaux associés dans la société
- Le nouveau droit de la passation de marchés
- Les directives sur la responsabilité des produits
- Le droit des sociétés actuel
- Le droit des baux professionnels actuel

Chers Lecteurs,

dans notre deuxième lettre des clients pour l'année 2009, nous vous informons de nouveau par rapport à la législation et à la jurisprudence actuelles dans le domaine du droit des affaires.

En outre, nous avons le plaisir de souhaiter la bienvenue à Maître Dr. Rainer Burbulla et à Maître Niklas Langguth en tant que nouveaux associés de la société. Pour en savoir plus au sujet de nos collègues Burbulla et Langguth, veuillez lire la page 2 de la présente lettre aux clients ou vous rendre sur le site web www.grooterhorst.de.

Je vous souhaite une agréable lecture.

Avec nos cordiales salutations

Dr. Grooterhorst
Rechtsanwalt

Deux nouveaux associés rejoignent Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte

Me. Dr. Rainer Burbulla

Me. Niklas Langguth

Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte ont eu le plaisir, au début de l'année 2009, de souhaiter la bienvenue à deux autres associés au sein de la société. Me. Dr. Rainer Burbulla, docteur en droit, et Me. Niklas Langguth, tous les deux déjà employés auparavant en tant que Senior Associates au sein de la société, ont intégré le groupe d'associés, mesure qui a pris effet au 01.01.2009.

Me. Dr. **Rainer Burbulla** a, à la fin de ses études de droit auprès de la Ruhr-Universität, à Bochum, travaillé comme collaborateur scientifique à la chaire de contentieux civil, de droit civil et de droit du travail auprès du Professeur Dr. Klaus Schreiber. Après sa thèse sur le thème « Le cas de préemption dans le droit civil » et son deuxième examen d'Etat près le tribunal régional de Bochum, il a rejoint le cabinet en tant qu'avocat au cours de l'année 2005.
Les priorités de son travail portent sur le droit contractuel et le droit immobilier ainsi que sur le droit de la passation de marchés, en particulier aussi sur les projets de PPP/ÖPP.
Me. Dr. Burbulla publie régulièrement des interventions sur le droit des biens fonciers, le droit de la passation de marchés et le droit de procédure civile.

Me. **Niklas Langguth** a fait des études de droit près la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. A l'issue de son deuxième examen d'Etat près du tribunal de Cologne et après avoir coopéré au sein d'un grand cabinet d'avocats international, Monsieur Niklas Langguth a également commencé à travailler en tant qu'Associate au sein de notre cabinet au cours de l'année 2005.
Les priorités de son travail portent sur le droit de construction public et d'urbanisme, sur le droit des associations et sur la conduite de procès.
Monsieur Niklas Langguth publie des interventions sur le droit de construction public.

A. Actualités

Loi sur la modernisation du droit de la passation de marchés (GWB 2009)

Le Bundestag (18.12.2008) et le Bundesrat (13.02.2009) ont adopté la loi sur la modernisation du droit de la passation de marchés (GWB 2009). Les objectifs de la GWB 2009 sont la modernisation et la simplification ainsi qu'une conception plus transparente et plus favorable aux petites et moyennes entreprises du droit de la passation de marchés. D'autres amendements ont pour but d'entraîner une augmentation de l'efficacité et une accélération de la procédure de contrôle ultérieur (« Nachprüfungsverfahren ») de la passation de marchés.

L'arrêt «Ahlhorn» de la Cour d'appel de Düsseldorf

Un élément majeur de la GWB 2009 est la refonte et le complément du terme de marché public (§ 99 GWB 2009). C'est en particulier l'arrêt « Ahlhorn » – jurisprudence de la Cour d'appel de Düsseldorf ayant instauré une situation juridique incertaine pour les cessions de terrains publics – qui a été à l'origine de cette modification. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Düsseldorf, sur laquelle se sont alignés

quelques autres tribunaux, un contrat d'achat de terrain doit faire l'objet (à l'échelle européenne) d'un appel d'offres dès lors que l'acheteur est astreint par contrat à édifier des bâtiments sur le terrain devant être acquis. Le législateur a profité de cette jurisprudence pour stipuler, dans le § 99 GWB 2009, que les cessions de terrains communales sont même exemptées de l'applicabilité du droit de la passation de marchés lorsqu'elles comportent des obligations de construction concrètes. A titre supplémentaire, le législateur a édicté des prescriptions d'éclaircissement et de complément à apporter pour la validité/invalidité de contrats nés de façon contradictoire au droit de la passation de marchés ainsi que pour les faire valoir dans une procédure de contrôle ultérieur (« Nachprüfungsverfahren ») de la passation de marchés.

Marché public de travaux et concession de construction

Le § 99 GWB 2009 concrétise les termes de marché public de travaux (« öffentlicher Bauauftrag ») et de concession de construction (« Baukonzession »).

On n'est, dès lors, plus en présence d'un marché public de construction que lorsque les prestations de construction sont effectuées *pour* le donneur d'ordre public ou bénéficient directement, sur le plan économique, à celui-ci. Le caractère d'achat immanent à un marché public de travaux doit ainsi être mis en évidence, « les ambiguïtés résultant de la jurisprudence de la Cour d'appel de Düsseldorf […] devant être éliminées » à cette occasion (voir justification du RegE/projet gouvernemental du 13.08.2008, imprimé du Bundestag 16/10117, p. 14).

Jusqu'à ce jour, la concession de construction était déjà réglée dans le § 98 n° 6 GWB ancien texte, § 6 VgV et §§ 32, 32 a, 32 b GWB, si bien que, quant au complément apporté au § 99 alinéa 6 GWB 2009, il ne s'agit pas d'une authentique nouveauté. Mais le législateur a éclairci que, pour la concession de construction, il doit s'agir d'un droit d'utilisation *limité dans le temps*.

Invalidité d'une passation de marché de facto et revendication de l'invalidité au cours d'une procédure de contrôle ultérieur

D'un point de vue de procédure, la GWB 2009 a pour but de prévenir les incertitudes juridiques qui continuent d'exister et qui résultent d'une passation d'ordre sans exécution d'une procédure formelle de passation de marché (ce que l'on appelle la passation de facto).

Le § 101 b alinéa 1 GWB 2009 précise qu'un contrat assujetti à une passation de marché et qui a été conclu sans qu'une procédure formelle d'appel d'offres n'ait été organisée est (provisoirement) invalide. Un concurrent lésé peut, en l'espace de trente jours après avoir pris connaissance de l'infraction commise contre le droit de la passation, faire valoir cette invalidité dans le cadre d'une procédure de contrôle ultérieur au plus tard six mois après la conclusion du contrat (§ 101 b alinéa 2 p. 1 GWB 2009). Une fois que le donneur d'ordre public a publié la passation du marché au Journal officiel des Communautés Européenes, le délai de pourvoi arrive à expiration trente jours de calendrier après la publication au Journal officiel (§ 101 b alinéa 2 p. 2 GWB 2009).

Après l'arrivée à expiration du délai, la sécurité juridique est assurée en ce qui concerne le contrat (non conforme au droit de la passation).

Ordonnance de renvoi de la Cour d'appel de Düsseldorf et droit européen

En raison de l'ordonnance de renvoi de la Cour d'appel de Düsseldorf en date du 02.10.2008 (VII Verg 25/08) le terme « marché public de travaux » dans la GWB allemande doit faire l'objet d'un contrôle par la CJCE. Cette ordonnance de renvoi a pour résultat que la compatibilité des dispositions nationales du § 99 GWB avec le droit communautaire européen est remise en question. En effet, le terme d'ordres de construction assujettis à un appel d'offres visés à l'art. 1 alinéa 2 lett. b) de la directive européenne sur la coordination des marchés publics (VKR) diverge en partie de celui mentionné au § 99 alinéa 3 GWB (même après l'amendement). Il y a tout lieu de craindre que des litiges juridiques relatifs à la conclusion d'un contrat d'achat de terrain (n'ayant pas fait l'objet d'un appel d'offres) avec obligation de construction soient suspendus en attendant la décision rendue par la CJCE.

La sécurité juridique à laquelle aspire la GWB 2009 ne devrait donc pas être assurée, tout au moins en ce qui concerne la délimitation entre les contrats assujettis à un appel d'offres et les contrats exemptés de l'obligation d'appel d'offres. La GWB 2009 devrait assurer une plus grande sécurité juridique avec le délai de procédure de contrôle ultérieur.

Rainer Burbulla

B. Droit commercial et droit des sociétés

Arrêt de principe de la Cour fédérale de Justice (« BGH ») sur la responsabilité des produits – Obligation de remise à niveau et de réparation uniquement pourune élimination effective du danger

I. Selon une jurisprudence permanente de la BGH, le fabricant d'un produit est, même après la mise en circulation de ses produits, astreint à faire tout son possible afin d'éliminer les dangers constatés (a posteriori) qui découlent de son produit. Jusqu'ici, la BGH ne s'était cependant pas exprimée concrètement au sujet des exigences à poser en ce qui concerne ces obligations. Ceci a eu pour conséquence que les fabricants (dans la mesure où ils ne le faisaient pas déjà pour des motifs de geste commercial ou d'image) déclenchaient fréquemment une onéreuse procédure de rappel de produits à des fins de remise à niveau/réparation de façon à prévenir d'éventuelles plaintes en dommages-intérêts.

Avec un arrêt de principe en date du 16.12.2008 – VI ZR 170/07 –, la BGH a maintenant statué que les obligations du fabricant ont exclusivement pour objectif d'éliminer effectivement les dangers émanant de son produit. Par contre (à titre exceptionnel), une obligation de remise à niveau ou de réparation à ses propres frais ne s'imposera que lorsque de telles mesures seront indispensables pour l'élimination effective des dangers.

Dans son arrêt impatiemment attendu, la BGH précise, certes, que les obligations de prévention des dangers incombant au fabricant ne peuvent toujours être déterminées qu'en prenant en considération toutes les circonstances du cas d'espèce. La BGH a cependant donné autant au fabricant qu'aux responsables de l'application du droit les principes directeurs en vertu desquels un rappel de produit n'est, fréquemment, pas indispensable :

Directives pour le rappel de produits

Si les acheteurs des produits incriminés sont connus ou peuvent tout au moins être identifiés, il suffit fréquemment que le fabricant informe ces acheteurs qu'une remise à niveau ou une réparation est indispensable et, le cas échéant, qu'il leur propose son soutien. Cette façon de procéder peut s'avérer suffisante même en cas de dangers substantiels.

Dans certains cas d'espèce, l'invitation à ne pas utiliser ou à mettre hors service un produit dangereux peut aussi suffire. En cas de doute, une telle invitation en combinaison avec des avertissements publics ou le recours aux autorités compétentes peut être suffisante.

Obligations plus complexes en cas de dangers pour des tiers

Toutefois, en mettant l'accent sur l'obligation d'élimination effective des dangers, la BGH attire aussi l'attention sur le fait que même des mises en garde ne peuvent alors pas être suffisantes dès lors qu'il n'est pas possible aux utilisateurs du produit, malgré des avertissements suffisants et détaillés, d'estimer de manière adéquate les dangers et d'adapter leur comportement en fonction de cela. Il conviendrait donc même, malgré une information plus complète, d'exiger des obligations plus complexes de prévention des dangers lorsqu'il y a motif de supposer que les utilisateurs – même sciemment – passeraient outre l'avertissement et, de ce fait, mettraient en danger des tiers. La BGH ne cite pas d'exemples. Dans la pratique, le programme d'obligations ci-dessus devrait par exemple prendre de l'importance après la mise en circulation d'articles de feux d'artifices défectueux et susceptibles de représenter un danger.

Simultanément, la BGH souligne que le fabricant n'a, par exemple, pas le droit d'attendre jusqu'à ce que l'on soit confronté à un danger concret ni, a fortiori, que des dommages se soient déjà produits. Cela vaudrait en particulier en cas de défauts de construction lorsque et dans la mesure où l'on est en présence d'un danger qui ne se circonscrit pas à ce que l'on appelle une exception.

Enfin, la BGH stipule que le fabricant n'est tenu, par principe, qu'à prendre en charge les coûts de l'élimination des dangers. Le fabricant ne doit donc pas à l'acquéreur final ni à l'utilisateur un produit exempt de défauts et apte à l'utilisation à tous les points de vue.

Les répercussions sur les sous-traitants

L'arrêt rendu par la BGH risque aussi d'avoir des répercussions sur d'éventuels droits de recours du fabricant contre le sous-traitant responsable du défaut du produit. En invoquant la nouvelle jurisprudence de la BGH, il sera le cas échéant possible à ce sous-traitant d'objecter que des mesures réellement prises par le fabricant n'étaient pas indispensables et étaient, en particulier, exagérées (rappel au lieu d'un avertissement suffisant).

Il aurait été souhaitable que la BGH se penche d'un peu plus près sur les cas dans lesquels l'enjeu est un produit de fabrication industrielle (machines à laver, véhicules, ordinateurs portables, jouets, etc.). Malgré tout, les principes directeurs esquissés ci-dessus devraient en principe aussi être applicables à ces cas-là. On devrait toutefois devoir appliquer à l'obligation de prévention effective de dangers pour les produits de fabrication industrielle des critères plus sévères pour la simple raison que,

dans certains cas d'espèce, il n'est plus possible d'identifier les utilisateurs finaux. En particulier en cas de danger pour la santé et la vie des personnes ainsi que de dangers substantiels pour la santé, un rappel devrait donc fréquemment être, pour de tels produits de consommation courante, la seule et unique mesure (efficace).

Dr. Jens Heller

Responsabilité des organes : II. prescription quinquennale et délais pour les revendications formulées contre les gérants au titre de versements interdits aux associés

Dans son arrêt du 29.09.2008 (n° de dossier : II ZR 234/07), la BGH a statué que l'omission imputable au gérant de faire valoir, en respectant le délai légal de prescription de cinq ans, des droits de dommages-intérêts de la GmbH au titre de versements interdits aux associés ne constitue pas une nouvelle violation des obligations du gérant qui déclencherait un nouveau délai de prescription de cinq ans.

Les gérants qui ne respectent pas leurs obligations sont solidairement tenus responsables envers la GmbH du dommage causé (§ 43 alinéa 2 GmbHG/loi allemande sur les GmbH). Ils sont, en particulier, alors tenus de verser une indemnisation lorsqu'ils ont procédé, contrairement aux stipulations du § 30 GmbHG, à des versements sur le patrimoine de la société qui est indispensable pour préserver le capital social de la société (§ 43 alinéa 3 GmbHG). Ces droits à dommages-intérêts sont prescrits à l'isssue de cinq ans (§ 43 alinéa 4 GmbHG).

Dans le cas ayant fait objet de l'arrêt, le gérant avait, sur le patrimoine social d'une GmbH, procédé, en faveur des associés, à des versements qui avaient porté préjudice au capital social de la société. Après qu'une procédure d'insolvabilité eut été ouverte sur le patrimoine de la GmbH, le syndic a porté plainte contre le gérant pour dommages-intérêts en raison de cette restitution interdite d'avoirs bien que plus de cinq ans se fussent écoulés depuis le versement d'argent à l'origine de la plainte.

La BGH a débouté la plainte. Le délai de prescription pour les droits à dommages-intérêts formulés contre un gérant résultant du § 43 alinéas 2 et 3 GmbHG commence à courir avec la naissance de la revendication, c.-à-d. au moment où le dommage a en principe été causé à la société sans que celui-ci ne doive déjà être chiffré. Le fait que les associés ou la société aient eu connaissance des faits justifiant l'exigence ne joue aucun rôle même si le gérant a dissimulé cela. L'établissement d'un lien entre le début général de la prescription visé au § 199 alinéa 1 BGB et la connaissance de dommages et de l'auteur de dommages ne s'applique qu'à la prescription régulière (§ 195 BGB), mais pas à la prescription légale spéciale conformément au § 43 alinéa 4 GmbHG qui, sans changement, commence à courir avec la naissance (objective) du droit.

Le dommage subi par la société se produit déjà avec la sortie de liquidités en raison du versement constituant une infraction au § 30 alinéa 1 GmbHG. Si le gérant omet de s'efforcer de récupérer les sommes versées ou si celles-ci ne peuvent pas être récupérées, ceci n'équivaut pas à un nouveau dommage qui justifierait un nouveau droit à dommages-intérêts résultant du § 43 alinéa 2 GmbH – avec un nouveau délai de prescription.

Un versement interdit n'entraîne donc pas un «doublement» du délai de prescription pour le gérant d'une GmbH.

Anna Gregoritza

C. Droit des baux professionnels

Même pour les cas anciens (avant 2004), pas de prescription courte selon le droit des baux pour les pollutions des sols imputables au locataire

Avec son arrêt du 01.10.2008 (n° de dossier : XII ZR 52/07), la BGH a statué que les droits du bailleur à indemnisation des coûts conformément au § 24 alinéa 2 de la loi fédérale sur la protection des sols (BBodSchG) ne tombent pas sous le coup de la prescription courte selon le droit des baux conformément au § 548 BGB, qui est de six mois.

Dans le cas présent, la partie défenderesse avait, dans les années 80, été la locataire d'un terrain sur lequel la locataire avait édifié et exploité une station-service. Au cours de l'année 2003, après un examen d'information, les autorités compétentes avaient constaté que le terrain était pollué par des carburants et la nappe phréatique, par du benzène. Les autorités responsables de la protection de l'environnement se sont retournées contre le propriétaire du terrain pour se faire indemniser les coûts de l'expertise et ont annoncé leur intention d'obliger aussi le propriétaire du terrain à réhabiliter le terrain.

De son côté, le propriétaire du terrain s'est retourné contre son ancien locataire pour se faire rembourser les coûts de l'expertise. Le locataire a évoqué le fait qu'un droit à indemnisation conformément au § 548 BGB était déjà prescrit six mois après la restitution du terrain de la station-service.

La BGH n'a pas fait sienne cette objection : le droit à indemnisation selon le droit de la protection de l'environnement conformément au § 24 alinéa 2 BBodSchG n'accorde pas un droit à dommages-intérêts du bailleur contre la locataire au titre d'un dommage causé au terrain. La BBodSchG régule bien au contraire le droit à indemnisation entre plusieurs parties prenantes qui, en raison de prescriptions de droit public (autrement dit dans l'intérêt public), sont astreintes à réhabiliter l'environnement. Si l'une de ces parties obligées est mise à contribution par les autorités, elle doit pouvoir exiger une indemnisation lorsque l'autre partie obligée doit assumer une plus grande part de responsabilité pour la dégradation du sol.

Selon l'opinion de la BGH, contrairement aux conceptions du législateur, ce droit à indemnisation aurait pour effet de ne donner aucun résultat dans une multitude de cas si c'était la prescription courte selon le droit des baux, laquelle est de six mois, qui serait applicable au droit à indemnisation. En effet, les pollutions des sols qui ont été causées par un locataire ne sont, en règle générale, que très difficiles à constater et ne sont découvertes fréquemment que longtemps après l'achèvement du contrat de bail (comme dans le cas ayant fait objet de cet arrêt). Cela n'aurait pas été l'intention du législateur d'obliger chaque bailleur, après restitution d'un terrain, à faire procéder «à titre prophylactique» à un examen du sol afin de ne pas mettre en péril son droit à indemnisation.

Au final, la nouvelle jurisprudence de la BGH est importante pour les droits à indemnisation au titre de pollutions des sols qui ont été causées avant le 15.12.2004. Pour les droits à indemnisation tardifs, le législateur a déjà précisé au cours de l'année 2004, dans le § 24 alinéa 2 BBodSchG, que la courte prescription conformément au § 548 BGB n'est pas applicable.

Pour la location, il convient en outre de tenir compte de ce qui suit :

Conclusions pour la location et la restitution

Par principe, il n'existe des droits à indemnisation conformément au § 24 alinéa 2 BBodSchG que lorsque « rien de divergent n'a été convenu ». Selon l'opinion de la BGH, cela peut aussi se faire dans le cadre d'un contrat de bail, par exemple lorsque le locataire utilise l'objet du bail conformément aux accords conclus avec le bailleur et qu'il se produit de ce fait une pollution préjudiciable du sol. Si, à titre d'exemple, un terrain est loué «pour l'exploitation d'une station-service» et que le bailleur met à disposition la totalité des équipements qui sont indispensables pour l'exploitation de la station-service, un droit à indemnisation correspondant pourrait être modifié par stipulation contractuelle. Dans ce cas là, l'applicabilité du § 24 alinéa 2 BBodSchG devrait être réglée expressément entre les parties. Si, en raison de l'utilisation réelle d'un terrain, il existe une possibilité de pollution du sol ou si le bailleur a même pris connaissance, au cours du contrat de bail, d'une pollution du sol, le bailleur doit, (au plus tard) dans le cadre du procès-verbal de restitution, se faire réserver expressément des droits possibles à dommages-intérêts ou à indemnisation en raison de ces pollutions du sol. Si une telle réserve fait défaut, il existe le danger que le bailleur reconnaisse le terrain comme ayant été restitué en bon état et, par conséquent, que les droits à dommages-intérêts ou à indemnisation deviennent caducs (concernant ce sujet, voir TGI de Hambourg, arrêt du 07.11.2000 – n° de dossier 316 O 154/00).

Tobias Törnig

Notice

Editeur
Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
D-40212 Düsseldorf
Tel. +49/211/864 67-0
Fax +49/211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de

Concept et agencement
Ufer und Compagnie
Werbeagentur GmbH
Darmstädter Landstraße 184
60598 Frankfurt am Main
Tel. +49/69/96 87 20-0
Fax +49/69/96 87 20-30
www.uferundcie.de

Impression
Krautstein & Hampf
Druck GmbH
Kappeler Str. 39
40597 Düsseldorf
Tel. +49/211/99 60 10
Fax +49/211/996 01 44