

Cinq façons originales d'acquérir des parts de marché en Allemagne

(10.10.2010)

Diem & Partner Rechtsanwälte - Hölderlinplatz 5 - D-70193 Stuttgart

Tel. +49 (0)711-2285450 - Fax +49 (0) 711-2265570
eMail: ra@diempartner.de - Internet: www.diempartner.com

Blog : www.tout-droit-en-allemande.com

© 2010

Les informations contenues dans cet ouvrage ne remplacent par les conseils d'un avocat ou d'un expert comptable.
Aucune responsabilité ne peut être encourue si une ou des informations s'avèreraient inexactes malgré le soin de
recherche des auteurs

1) Considérer le marché allemand comme un prolongement du marché interne : aborder le marché allemand en direct, sans implantation de filiale avec des commerciaux salariés allemands

a) Pourquoi créer une structure juridique indépendante avec bureaux, personnel, services de vente ne se justifie plus en Allemagne dans certaines branches ?

i) Coûts d'une filiale de distribution (sous forme de GmbH)

➤ Coûts de constitution

Capital social : € 25.000,00 + 10% de frais de constitution (les frais de constitution ne sont pas énormes)

Il faut passer devant un Notaire allemand

➤ Coûts de fonctionnement

Gérance :

Difficultés de faire gérer la société depuis la France

Nécessité d'avoir un gérant local (allemand), € 80.000,00 /100.000,00 par an

Difficulté pour une entreprise française de trouver un gérant allemand (un employeur étranger est synonyme d'insécurité), frais de recrutement importants (3 mois de salaires), éventuellement contrat à durée déterminée ou CDI avec un délai de préavis de 12 mois, clause de non concurrence post-contractuelle (couteuse ½ salaire brut/mois sur un/deux ans et résiliable unilatéralement qu'avec un délai de 12 mois)

Secrétariat juridique :

Ne pose pas de problème en Allemagne

AG notamment AGO sans notaire (sauf modification des statuts)

Publication des comptes par internet (expert comptable)

Autres frais de fonctionnement

Loyer : € 1.000,00 à € 2.500,00 par mois selon ville, pas de bail commercial, dans la pratique, bail de 5 à 10 ans

Comptabilité, comptes sociaux

Prévoir € 4.000,00 à € 5.000,00 par an

Budget total ? CCFA

- La gestion financière de la filiale peut être lourde
 - Stock en Allemagne/Prix de transfert
 - Nécessité d'avoir un stock en Allemagne → coût de stockage
 - Problème Prix de transfert
 - Compte courant de l'associé
 - Limitation de la déductibilité des intérêts, nécessité de faire chaque année une déclaration de renonciation de rang pour éviter la situation de surendettement (cause de faillite en Allemagne), difficultés pour la capitalisation de la dette (pas d'augmentation de capital par compensation de créances), il faut constituer une réserve en capital et ensuite rembourser la dette.
 - Mais depuis 2008, possibilité de faire du cash pooling
 - Coûts d'une liquidation (rigidité du projet)
 - Remboursement des créanciers tiers
 - Délai d'un an à partir de la troisième publication
 - Amortissement de la perte en France ?
 - Même si depuis 2009, possibilité de déduction des pertes de la filiales allemandes pendant 5 ans
 - Voir blog
- ii) Les clients allemands sont désormais prêts à travailler directement avec un fournisseur français
- Dès lors qu'ils ont le service commercial adapté : nr de téléphone allemand, compte en Allemagne, commande/confirmation de commande en allemand, TVA, interlocuteur parlant allemand, SAV
 - Mais utilisation de CGV à l'allemande (et en allemand)
 - Les allemands sont habitués de travailler avec des conditions générales de vente. § 305- § 310 BGB
 - Communication des conditions générales de vente : recto de fax, CGV communiquées par email
 - Date de communication : au plus tard à la confirmation de commande, à la livraison c'est trop tard

Langue utilisée : si possible en langue allemande, éventuellement en langue anglaise mais pas en langue française

Importance de la clause de réserve de propriété : choisir le droit allemand car beaucoup plus avantageux que le droit français : possibilité d'étendre la clause aux marchandises déjà payées mais encore en possession chez le client, dès lors que des marchandises non payées ne sont plus en possession du client (ce qui en principe exclut l'application d'une clause de réserve de propriété)

b) Le réseau commercial : un réseau de commerciaux salariés est plus avantageux par rapport aux agents commerciaux indépendants

i) Avantages des commerciaux salariés

- Plus grande intégration des salariés, meilleur contrôle, possibilité de donner des instructions (pas possible pour des agents indépendants), objectifs
Le VRP n'existe pas en Allemagne
- Flexibilité de la rémunération
L'agent est rémunéré à la commission, le salarié avec un fixe et un variable
- Flexibilité dans la relation contractuelle
Contrairement à ce qu'on peut penser la relation salariale est plus facile à gérer en Allemagne :
Pas de protection de licenciement si le réseau compte moins de 10 salariés (les salariés français ne sont pas pris en compte, jrp allemande, principe de territorialité).
Pas de convention collective (convention étendue sont en Allemagne)
Pas de salaire minimum
Durée légal max. 48 heures, congés légaux, 24 jours ouvrés (4 semaines)
- Pas d'indemnité de clientèle
Indemnisation de l'accroissement de CA : si l'agent part d'un CA de € 100.000,00 pour arriver à un CA € 1.000.000,00, il a droit à une indemnité – en partant sur une commission de 8% - de 8% de € 900.000,00, € 72.000,00 (limite maximum un an de commission sur les 5 dernières années)
- Possibilité de bénéficier d'aides à l'embauche

ii) Inconvénients des commerciaux salariés

- Coût social (relatif – comparer charges sociales en France et en Allemagne)
Le coût salarial pour l'employeur : 20% (même répartition charges salariales/patronales)
Plafond sécurité sociale, € 3.750,00, chômage et retraite : € 5.500,00 par mois.
Au delà pas de cotisations
- Rédaction du contrat et choix du droit applicable
Contrat type : attention contrôle AGB
Eviter un contrat de droit français, pour les raisons déjà invoquées mais aussi parce que le droit de travail allemand plus favorable s'appliquera (risque juridique important)
Clause prévoyant l'application du droit allemand.
- Traitement fiscal des activités du réseau (le plus gros problème)

Article 2 de la convention de double imposition franco-allemande

(1) Pour l'application de la présente convention:

7. Le terme "établissement stable"

c. Une personne agissant dans un État contractant pour le compte d'une entreprise de l'autre État contractant - autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant, visé à l'alinéa (e) ci-après - est considérée comme "établissement stable" dans le premier État si elle dispose dans cet État de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, à moins que l'activité de cette personne soit limitée à l'achat de marchandises pour l'entreprise.

Risque fiscal important !!!

- Difficultés concernant le véhicule fonction (remboursement des frais km)
Au bout de six mois un véhicule français doit être immatriculé en Allemagne (défaut d'assurance). Sans adresse en Allemagne, pas d'immatriculation.
Seule solution remboursement des Km (€ 0,30 par km)
- c) Pour ces raisons il faut doubler le réseau de commerciaux salariés d'une agence commerciale légère

i) Rôle et sens de l'agence commerciale

- Rôle d'agence commercial
- Etablissement stable fiscal (Art. 2 (19 7. c))
- Diminution du risque social (même si a priori très diminué du fait de la jurisprudence allemande)
- Cost-Plus (refacturation de tous les coûts + commission de 1 % à 2 %)
Difficile d'obtenir l'agrément fiscal
Une facturation par an.

ii) Forme juridique de l'agence

- Succursale
Enregistrement en Allemagne de la maison mère française, problème de traduction, même frais de gestion qu'une filiale, pas à recommander
- SARL Co. KG
Société de personne avec deux associés minimum dont 1 associé commandité responsable de manière indéfinie, et un associé commanditaire.
L'associé commandité serait la maison mère française sous forme de SARL ou SAS .

Les avantages de cette forme (par rapport à la GmbH) sont :

- Faibles coûts de constitution (pas de notaire) ;
- Processus de constitution rapide et peu formalisé (signature sous seing privé) ;
- Pas ou peu d'apport en capital de la part de maison mère française ;
- Gérance et contrôle simple par la maison mère française ;
- Comptabilité réduite (en particulier si la SARL Co. KG agit comme agence commerciale) ;
- Aucune augmentation de risque pour les associés de maison mère française ;
- Sécurité fiscale.

Processus et coûts de constitution

Une GmbH se constitue devant notaire. Une SARL & Co. KG est constituée par la simple conclusion d'un contrat de société (statuts) sous seing privé (éventuellement verbal) entre un associé commandité (à priori la SARL) et un ou des associés commanditaires (a priori le ou les associés de la SARL). Elle doit seulement s'inscrire au registre du commerce. La constitution de ce type de société n'entraîne donc pas de dépenses de constitution importantes.

Capital minimal

La GmbH a un capital social minimum de € 25.000,00. La prise de participation de la SARL dans la SARL & Co. KG en tant qu'associé commandité peut se faire sans capital. S'agissant de la participation du ou des associés commanditaires, qui est faite sur la base d'un capital enregistré, elle n'est pas libérable immédiatement (sauf si la SARL & Co. KG ne peut subvenir à ses propres besoins notamment en cas de faillite.)

Direction et contrôle par la société mère

Dans une SARL & Co. KG, la gérance est assurée par l'associé commandité (la SARL) et donc de manière indirecte par le ou les gérants de la SARL française. Il n'est donc pas nécessaire de nommer un gérant comme dans la GmbH. Là encore, la SARL Co. KG permet de faire des économies. Même principe d'ailleurs en cas de révocation.

Comptabilité

La SARL & Co. KG est soumise aux mêmes prescriptions comptables que la GmbH.

Responsabilité des associés

Le principal inconvénient de la SARL & Co. KG est a priori la responsabilité illimitée de son associé commandité alors que dans la GmbH tous les associés ne sont responsables qu'à hauteur de leur apport. En clair, le risque financier remonterait donc au niveau de la maison-mère (SARL).

Tout d'abord, il convient de noter que ce risque s'arrête à ce niveau et donc ne remonte pas au niveau des associés de la SARL.

Sur le plan pratique, le risque pour agence commerciale est quasi nul. Ainsi, jamais une GmbH n'obtiendra de crédit sans une garantie de ses associés. On revient donc au système de la responsabilité illimitée de la SARL & Co. KG. Pour ce qui est des besoins de fonctionnement comme l'achat de matériel ou la conclusion de bail, le risque est calculable. Pour ce qui est du personnel, le risque est aussi calculable dans la mesure où la société de distribution n'emploie pas plus de 10 salariés. Enfin, pour ce qui concerne la responsabilité des produits, la mise en place d'une agence commerciale sous forme de SARL ne réduit pas le risque. Le premier vendeur qui sera la SARL reste responsable vis à vis du client allemand.

D'un point de vue commercial, si on considère le marché allemand comme une extension territoriale du marché intérieur, la SARL n'augmente pas plus son risque que si elle se développait en France dans une région où elle n'est pas ou peu présente.

Traitement fiscal

Les bénéfices de la SARL & Co.KG seront imposés uniquement en Allemagne. Sans entrer dans les détails, les bénéfices de la SARL & Co. KG provenant d'Allemagne et distribués à la SARL seront soumis à l'IS en Allemagne. Ce qui signifie que les bénéfices de la SARL & Co. KG seront imposés au niveau de l'associé commandité comme pour la GmbH en Allemagne, autrement dit imposé à hauteur de 15%, plus la taxe professionnelle. Concernant les associés commanditaires, il en va différemment selon qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, domiciliées en Allemagne ou non. Les bénéfices provenant d'Allemagne, ne sont pas imposables en France.

➤ GmbH à € 1,00

La loi de modernisation des sociétés a introduit en Allemagne une nouvelle forme de société : Il est ainsi possible de constituer une société d'entrepreneur ou **Unternehmergeellschaft** (UG) qui est en fait une société à responsabilité simplifiée similaire à la SARL française à € 1,00.

L'Unternehmergeellschaft a un certain attrait du fait de sa flexibilité et notamment de son absence de capital. **Cet avantage demeure relatif** puisqu'il faut inscrire au bilan une réserve légale provisionnée à hauteur d'un quart du bénéfice de l'année passée, ladite réserve ne devant être utilisée que dans le cas de compensation de pertes ou de report de déficits, ou d'augmentation de capital. Cette obligation d'inscription au bilan ne disparaît que lorsque que l'augmentation de capital a permis d'atteindre le minimum requis pour la constitution d'une GmbH véritable (€ 25.000,00).

iii) Coûts et gestion de l'agence

Le coût de constitution d'une SAS/SARL Co. KG est très réduit.

Le coût de gestion est aussi très réduit : un facture par an

Possibilité de passer la voiture sur la structure

Possibilité de passer les salariés sur la structure

Seul coût supplémentaire : les frais de bilan+déclaration fiscale

Conclusions: Les clients allemands sont prêts avoir comme partenaire contractuel une société française. La constitution d'une filiale de distribution a des frais fixes importants. Le plus simple est de passer par un réseau de commerciaux salariés rattachés à une structure légère d'agence commercial.

2) Mettre en œuvre une politique dynamique de protection de son image et de ses produits sur le marché allemand : le marché allemand est plus concurrentiel que le marché français et pour gagner des parts de marché il faut connaître et utiliser les règles allemandes (pas seulement en défense mais aussi en stratégie offensive)

a. Protection des marques, des enseignes et des noms de domaine

i. Votre marque française est-elle protégée en Allemagne ?

- DPMA : € 300,00 pour trois classes, 10 ans prolongeable
- Marque européenne : € 1.000,00, 10 ans
- IR Marke : Extension à d'autres pays (hors EU), possibilité d'une IR Marke étendue aux 27 pays

- ii. Votre nom de domaine est-il protégé en Allemagne ?
- DENIC (sans aucune limitation) : sauf nom de marque et de personne
 - L'existence d'un nom de domaine n'interdit pas l'enregistrement d'une marque permettant d'interdire le nom de domaine
- b. S'entourer de conseil en matière de politique commerciale : Ne pas oublier que les concurrents allemands vous observent

Exemples

- Mailing par eMail
- Utilisation de nom similaire :
ZALANDO (Chaussures, Budget marketing de € 3,0 Mio) contre CALANDO, produits de mode discountés) problème car Zalando offre aussi sur son portail des discounts de chaussures)
- Prétentions commerciales non justifiées : Nr. 1 en Europe, Meilleur service après vente

Liste de l'annexe § 3 (activités de concurrence déloyale)

Les actes de commerces non autorisés au sens du § 3 Al. § sont :

1. La fausse désignation d'un entrepreneur comme signataire d'un code de conduite.
2. L'utilisation des labels de qualité, d'une désignation de qualité ou semblable sans autorisation nécessaire.
3. La fausse indication qu'un code de conduite soit agréé par un organisme public ou tout autre.
4. La fausse indication qu'un entrepreneur, qu'une activité économique entreprise par lui, qu'un produit ou service soit approuvé, agréé ou autorisé par un organisme public ou privé ou la fausse indication que les conditions pour l'approbation, l'agrégation ou l'autorisation existent.

5. Les offres de services ou de produits proposées dans le sens du § 5a al. 3 à un certain prix, si l'entrepreneur n'établit pas de manière claire qu'il a des raisons suffisantes de croire pour l'acceptation de cette offre, qu'il est pas en mesure mettre ceux-ci ou des services ou produits similaires pour une période appropriée la quantité raisonnable à la disposition du prix indiqué ou laisser mettre à la disposition (appel d'offres). Si le stockage est inférieur 2 jours, il incombe à l'entrepreneur de prouver la conformité.
6. *Les offres de services ou des marchandises dans le sens du § 5a al. 3 à un certain prix, si l'entrepreneur projette ensuite le but, au lieu d'écouler une autre marchandise ou service, une exécution défectueuse de la marchandise ou service ou refuse de montrer ce qu'il a fait lui-même, ou refuse d'accepter les commandes ou de fournir en temps utile la prestation demandée.*
7. La fausse indication que certaines marchandises ou des services sont généralement ou à certaines conditions disponibles exclusivement pour une période très limitée, pour contraindre le consommateur à une décision d'achat immédiate, sans qu'il ait le temps durant cette période et cette occasion de se décider sur la base d'informations.
8. Les performances de service clients dans une langue autre que celle-ci, dans laquelle les négociations ont été menées avant la conclusion de l'affaire, si la langue utilisée à l'origine n'est pas une langue officielle de l'État membre, dans lequel l'entrepreneur est établi ; cela n'est pas valable dans la mesure où le consommateur doit être renseigné avant la conclusion de l'affaire, que ces prestations sont fournies dans une langue autre que celle utilisée à l'origine.
9. La fausse indication ou le fait de donner l'impression sans la fonder qu'une marchandise ou le service est utilisable sur le marché.
10. La fausse indication ou le ou le fait de donner l'impression sans la fonder que des droits juridiquement existants ont représenté une particularité de l'offre.
11. Les contenus rédactionnels financés par l'entrepreneur dans le but de la promotion des ventes, sans que ce lien ressorte clairement du contenu ou du type de représentation optique ou acoustique (comme informations publicité camouflée)
12. Les fausses indications sur un type et l'ampleur de danger pour la sécurité personnelle du consommateur ou de sa famille au cas où il n'acquiert pas la marchandise offerte ou ne demande pas le service offert.

13. La publicité pour une marchandise ou un service qui est semblable à celle d'un concurrent, si cela arrive dans l'intention de tromper sur l'origine de service de la marchandise ou du service demandé.
14. L'introduction que l'entreprise ou l'encouragement d'un système de promotion des ventes qui véhicule l'impression, seulement ou principalement par l'introduction d'autres participants dans le système dont une rémunération peut être obtenue (système de pyramide ou de boule de neige).
15. La fausse indication selon laquelle l'entrepreneur cédera prochainement son affaire ou délocalisera ses locaux à usage professionnel.
16. Les indications faites à travers une marchandise précise ou service font augmenter la chance d'un gain lors d'un jeu de hasard.
17. La fausse indication ou le réveil de l'impression non fondée, le consommateur a déjà gagné un prix ou gagnera un prix par une certaine action ou atteindra un autre avantage, si en effet, il n'existe pas un tel prix ou l'avantage ou si en tout cas la possibilité d'atteindre un prix ou un autre avantage, pour le paiement d'une contravention ou la prise en charge des coûts.
18. La fausse indication qu'une marchandise ou un service peuvent guérir des maladies, des défauts de fonctionnement ou des malformations.
19. Une fausse indication sur les conditions du marché ou les sources d'approvisionnement, pour faire bouger le consommateur, baisser ou recourir à des conditions moins favorables comme les conditions du marché général d'une marchandise ou un service.
20. L'offre d'une concurrence ou de concours, si ni les prix promis ni un équivalent approprié ne sont donnés.
21. L'offre d'une marchandise ou d'un service comme « gratuit », « pour rien » ou « sans frais » ou d'autre semblables, si pour cela, il faut néanmoins supporter des frais; cela n'est pas valable pour les frais qui en rapport avec le retrait sur l'offre de services ou des marchandises ou pour la collecte ou la livraison de la marchandise ou l'exigence du service, sont inévitables.
22. La transmission de matériel de publicité sous une fixation d'une sommation de paiement, donnant la fausse impression que la marchandise ou le service demandé est déjà commandée.
23. La fausse indication ou le fait de donner l'impression sans la fonder que l'entrepreneur est consommateur ou n'est pas actif pour son affaire, son commerce, son métier ou profession.

24. *La fausse indication ou le fait de donner l'impression sans la fonder, qu'il lui est disponible en rapport avec des marchandises ou des services dans un autre État membre de l'Union européenne que celui de la vente des marchandises ou du service un service clients.*
25. L'éveil de l'impression que le consommateur ne peut pas quitter certains espaces sans conclusion du contrat;
26. Lors de la visite personnelle dans le logement, le non-respect d'une demande de la personne visitée, visant à quitter ou à ne plus revenir, la visite est justifiée pour l'application juridique d'une obligation contractuelle.
27. Des mesures, par lesquelles le consommateur doit être tenu par l'application de ses droits contractuels d'une relation d'assurance que lors de la mise en valeur de sa prétention, la présentation de documents est exigée, qui ne sont nécessaires à prouver cette prétention, ou que la mise en valeur d'une telle prétention systématiquement ne répondent pas.
28. La demande directe intégrée dans une publicité aux enfants, dans le but d'acquérir eux-mêmes la marchandise demandée ou de recourir au service demandé ou de pousser leurs parents ou d'autres adultes à les acquérir.
29. La demande de paiement de marchandises ou services non commandés ou une demande de retour ou de conservation de choses non commandées, pour autant qu'il ne s'agisse pas des dispositions sur des conclusions du contrat de vente par correspondance valable pour la livraison des pièces.
30. L'indication formelle que le lieu de travail ou les moyens de subsistance de l'entrepreneur est menacé, si le consommateur n'enlève pas la marchandise ou le service.

iii. Risques juridiques et financiers: Mise en demeure

En cas de violation d'un droit de propriété industrielle ou en cas d'un acte de concurrence déloyal (y compris clause abusive de CGV, impressum, mauvaise application de la loi sur la conclusion de contrat informatique, un concurrent peut adresser par voie d'avocat, une lettre pour constater la violation et faire cesser cette violation. A cette lettre est jointe une déclaration de cessation de la violation à signer dans un délai très court avec une peine civile en cas de violation fixée de manière forfaitaire . Si cette déclaration n'est pas signée, possibilité pour le concurrent d'agir en référé.

Cette mise en demeure génère des frais d'avocats qui doivent être supportés par la partie qui a été mise en demeure et dont le recouvrement peut être demandé en justice. Ces frais sont fixés selon le barème d'avocat allemand (RVG) qui se base sur la valeur de litige. En cas de violation de marque, par ex. une valeur de litige de € 50.000,00 constitue la pratique. Cout de la mise en demeure € 1.376,80 HT. En cas de plusieurs infractions, il y aura autant de mise en demeure que d'infraction constatée. Une mise en demeure peut donc avoir des coûts très élevés.

Dans la pratique sont négociés la formulation de la déclaration d'interdiction et la hauteur de la valeur de litige si elle ne correspond pas à la pratique. En tout état de cause, une déclaration de cessation sera signée. Si cette déclaration est de nouveau violée cela peut coûter très cher à la partie qui n'a pas respectée cette déclaration. Idem si aucune déclaration n'est signée.

Par ailleurs, le concurrent fera en sorte de choisir un tribunal compétent ouvert à ce genre de mise en demeure. Ce qui ne pose pas de problème par ex. en cas de vente par internet car la violation peut être constatée n'importe où. Par ex. il évitera Stuttgart mais ira plus facilement à Düsseldorf.

Il existe en Allemagne des cabinets qui se sont spécialisés dans ce genre de mise en demeure et essaient de s'enrichir en négociant des remboursements de frais réduits (afin d'éviter une procédure). Certaines pratiques sont définitivement abusives. Les cabinets pratiquant ces mises en demeure en chaîne sont connus sur le marché.

c. Empêcher la diffusion de copies ou d'imitations de produits à forte notoriété

- i. L'action en concurrence déloyale permet de protéger un marché contre la vente de produits dont les caractéristiques sont similaires (effets redoutables)

Lorsqu'aucune violation de brevet, de marque, de dessins et modèles (Geschmack- und Gebrauchsmuster) ou même de droits d'auteur (Urheberrecht),

ne peut être constatée ou que ces droits sont épuisés, reste dans ce cas l'action en concurrence déloyale basée sur une copie servile.

Interdire la copie d'un produit ou d'un concept qui se rapporte chez les consommateurs/utilisateurs à un produit connu par exemple :

- Copie des sacs longchamp
- Copie du fauteuil Togo de Ligne Roset
- Copie de charnières de douche

Ce sont en général des procès difficiles mettant en jeu des sommes et des enjeux importants.

ii. Effets de la décision vis à vis des autres intervenants sur le marché

La décision ne vaut en principe que vis à vis de la personne qui a fait la copie servile. Toutefois il existe un effet de jurisprudence par rapport au marché qui rend très risquée pour tout concurrent de poursuivre une telle politique de copie.

Le jugement décrira dans son dispositif les caractéristiques de la copie servile. La partie demanderesse devra donc tenter de formuler sa demande la plus large possible pour bloquer le marché à la concurrence. C'est un phénomène courant en Allemagne dans la vie des produits en particulier lorsqu'un produit devient un succès.

Conclusions : Tout fabricant allemand qui veut réussir en Allemagne devra intégrer dans son business modèle une telle défense de son marché et bien sûr ne pas ignorer les risques liées à des pratiques a priori condamnables et en tout état de causes susceptibles d'être remarquées par la concurrence.

3) Créer un réseau de revendeurs B2C équilibré entre boutiques propres et franchisés

a. Optimiser son réseau de boutiques propres en Allemagne

- i. Le bail commercial allemand : un investissement différent de celui effectué en France
- La recherche de locaux, le rôle de l'intermédiaire
Ne pas hésiter à passer par une agence immobilière
Pour les bon endroits (Maximilian Strasse), prendre une agence/un agent spécialisée
Coût : 3 mois
 - Pas de droit au bail (a priori)
Pas de propriété commerciale, pas de bail commercial
Le contrat de bail est de nature purement contractuel
Exemple : un concurrent acquiert l'immeuble et résilie ensuite le bail de son concurrent sur place (ne pose pas de problème en Allemagne)
Dans les rues où il faut être paiement de ce que l'on appelle une Abstandssumme importante
 - Faible protection du locataire (notamment en terme de résiliation)
Seul le contrat lie les parties, dispositions légales dispositives
 - Durée fixe de 5 à 10 ans prolongeable
 - Liberté de fixation des loyers (peuvent être élevés selon la localisation)
Clause d'indexation sur le coût de la vie (autrefois clause interdite)
 - Contrôles les conditions de sortie (clause de rétablissement en l'état d'origine)
Remise à l'état d'origine
Boutique YSL avec sol particulier qu'il a fallu enlever au marteau piqueur, avec a côté un antiquaire de renom dont l'alarme s'enclenchait à chaque fois.
- ii. La gestion du personnel
- La règle de flexibilité en dessous de 10 salariés ne s'applique pas par établissement/point de vente

b. Créer une franchise et gérer ses franchisés en Allemagne

i. La pratique de la franchise en Allemagne (et ses formes variées)

1990 : 230 Systèmes de franchise

2008 : 950 Systèmes de franchise (CA : € 47 Milliard)

Contrat sui generis qui prend des formes diverses, contrôle par la loi sur les AGB
(annulation des clauses surprise)

Forme voisines risques de remise en cause

ii. Pas de protection particulière du franchisé notamment concernant l'information
précontractuelle (sauf application de la loi française)

Mais § 311 BGB obligation générale d'information pouvant entraîner une annulation
du contrat pour erreur

iii. Conditions de résiliation

Pas de délais de résiliation particuliers

Application analogue des règles de compensation applicables aux agents
commerciaux

iv. Risques de requalification

- Agent commercial
- Contrat salarié : le plus gros risque

v. Protection du concept du franchiseur

- Protection de la Corporate identity
- Interdiction d'activité concurrentielle (y compris en fin de contrat)
- La reprise des stocks, liquidation des stocks
- La politique de prix

vi. La gestion de l'encourt client, garanties financières sur l'encourt

Conclusions : il faut trouver un bon mixte entre un réseau propre et un réseau de distributeurs
franchisés, dédiés ou agréés.

4) Utiliser les développements du Web en Allemagne sans risques juridiques

a. Vendre au travers de son propre site internet

- i. Ne pas dupliquer le site français - Créer un portail propre à la clientèle allemande en « .de »
- ii. Application des règles de protection de la propriété artistique (Urheberrecht), des marques et de concurrence déloyale allemandes (voir ci-dessus)
- iii. Obligation d'information

Déjà de l'approche du client, la raison sociale et l'identité de l'entrepreneur doivent être rendus claires au consommateur. Ainsi donc sur le site commercial de l'entreprise, la raison sociale (p. ex. vente d'expédition) et l'identité de l'entrepreneur, la forme juridique et l'adresse complète de l'entreprise doivent être spécifiés et indiqués au consommateur avant une conclusion du contrat.

L'entrepreneur doit veiller à ce que les informations même après la conclusion du contrat soient disponibles pour le consommateur. Dans ce sens, les données doivent arriver au consommateur sous forme lisible, celui-ci pour un temps approprié, permet à cet effet l'interprétation inchangée du point de vue du contenu des informations. Ces exigences remplies p. ex. l'envoi des informations par courriel.

Le délai de révocation du consommateur commence à courir avec l'exécution de l'obligation d'information de l'entrepreneur. Il faut ainsi recommander à l'entrepreneur de documenter l'accès à l'e-mail du consommateur, car il sert de preuve pour le commencement du délai, donc pour l'exécution de l'obligation d'informer et le contenu de l'information chez l'entrepreneur.

- iv. Droit de rétractation

La possibilité est accordée par la loi de vente par correspondance au consommateur de rétracter chaque conclusion du contrat de vente par correspondance dans un délai de 2 semaines. Pour préserver le délai, une

expédition dans les temps de la rétractation est suffisante. La rétractation n'est soumise à aucune forme écrite. Ainsi l'e-mail est suffisant pour rétracter, auquel cas il faut considérer le caractère prouvable de l'expédition.

En cas de survenance du délai de rétractation, il faut faire attention sur :

Début du délai de rétractation avec l'achat des marchandises : le délai de rétractation de deux semaines pour les marchandises ne commence à courir qu'avec la réception de la marchandise par le client, lors d'une livraison périodique de marchandises homogènes avant l'entrée de la 1ère livraison partielle. Le droit de rétractation expire au plus tard quatre mois après la réception des marchandises par le client.

Début du délai de rétractation pour les services : le délai de révocation de deux semaines pour les services ne commence pas avant la date de la conclusion du contrat. Le droit de rétractation expire au plus tard quatre mois après conclusion du contrat ou si la mise en œuvre du service a commencé avec le consentement du consommateur avant la fin du délai de deux semaines ou le consommateur a lui-même provoqué cela.

Si l'entrepreneur n'a pas réalisé son obligation d'informer, il ne peut exiger du consommateur qu'un délai de rétractation maximal de quatre mois. La charge de la preuve pour le moment de l'exécution de l'obligation d'informer se trouve chez l'entrepreneur.

La loi de vente par correspondance prévoit des exceptions du droit de rétraction spécifié dans les cas suivants :

- pas de droit de rétractation pour les marchandises faites spécialement pour les besoins d'un client ou rapidement périssables
- pas de droit de rétractation pour les applications multimédia et de logiciel
- en cas de livraison des journaux, des revues et illustrés, le droit de rétractation n'est possible d'après la loi de crédit sur la consommation qu'en cas de paiement par échéance.
- pas de droit de rétractation lors de la fourniture des services de loterie et de pari ainsi que des ventes aux enchères.

Le consommateur est obligé en cas de rétractation de renvoyer la marchandise aux frais et au risque de l'entrepreneur. L'entrepreneur peut toutefois imputer au consommateur les frais de renvoi pour des marchandises jusqu'à 40 euros. Pour la cession et/ou l'utilisation de la marchandise jusqu'au renvoi, l'entrepreneur peut en outre réclamer du consommateur une indemnisation appropriée.

Le consommateur ne doit verser des dommages-intérêts à l'entrepreneur qu'en cas d'une aggravation, la perte ou l'impossibilité de la restitution de la

marchandise qui a été causée délibérément ou négligemment par le consommateur dans l'utilisation de marchandise reçue. Si une information sur le droit de rétractation manque, le consommateur ne doit verser des dommages-intérêts que pour les aggravations qu'il a causées délibérément ou négligemment.

En cas de rétractation d'affaires du consommateur, dans lesquelles le prix d'achat a été financé par un tiers et le contrat de vente par correspondance (ainsi par exemple le contrat de vente sur une marchandise) et le contrat de crédit présenté comme unique, une rétractation du contrat de vente par correspondance provoque aussi en même temps l'exonération des obligations du contrat de crédit par le consommateur.

- v. Impressum (identité du vendeur)
- vi. Protections des données personnelles (très sévères en Allemagne, amende jusqu'à € 300.000,00)

Risques : Mise en demeure par les concurrents, dommages et intérêts, revendications des consommateurs.

- b. Vendre au travers du site de son revendeur
- c. Vendre au travers de site tiers (par ex. eBay)
- d. Quel droit applicable ? Quel tribunal compétent

Principe en cas de contrat de consommation, protection du consommateur : principe quelque soit le portal où il achète son produit, son droit national s'applique et ses tribunaux sont compétents

Affaires Hotel Alpenhof (C-144/09), Pammer (C-585/08)

En discussion : si un consommateur français va sur un site allemand qui ne lui est pas destiné, pourquoi pourrait il revendiquer le droit français/tribunaux français ?

Article 6 ROM I (droit applicable)

Définition d'un contrat de consommation

1. Sans préjudice des articles 5 et 7, **un contrat conclu par une personne physique (ci-après "le consommateur"), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après "le professionnel"), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle**, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel:

- a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
- b) **par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci**,

et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

Compétences des tribunaux

Article 15 Règlement 44/2001

1. **En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section**, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:

- a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;
- b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;
- c) **lorsque**, dans tous les autres cas, **le contrat a été conclu avec une personne** qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou **qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre**, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.

Conclusions : Plutôt avoir son propre portable mais attention aux règles allemandes de conclusion de contrat par voie électronique et aux règles de concurrence déloyales.

5) Profiter d'opportunités liées aux difficultés rencontrées par des concurrents / Racheter un concurrent en difficultés financières

a. Recherche d'informations sur le concurrent en difficultés

- i. Registre du commerce (internet) : données principales, statuts, liste des associés
- ii. Publication des comptes depuis 2007 (internet)
- iii. Portail sur les insolvabilités, faillites (internet)
- iv. Recherche internet (Google)
- v. Des intermédiaires en transmission d'entreprises actifs en France et en Allemagne

b. Les différences importantes de procédure en France et en Allemagne

- i. En France, la survie de l'entreprise est la priorité avec des outils comme le mandat ad hoc et la procédure de sauvegarde
- ii. En Allemagne, l'intérêt des créanciers prime (y compris les salariés mais comme créanciers), pas de plan de redressement judiciaire

Les lois française et allemande de la faillite ont toutes deux clairement affiché l'intention d'adapter et de moderniser le droit de la faillite face à un contexte économique et juridique en constante évolution. Cependant les deux systèmes disposent d'une vision assez éloignée quant à l'objectif à privilégier dans le cadre de ces procédures.

Selon le projet de loi de l'InsO

« la procédure d'insolvabilité **sert à satisfaire l'ensemble des créanciers d'un débiteur** par la réalisation de ses actifs et la distribution du produit de la réalisation des actifs. »

De la même manière l'article 1 de l'InsO confirme cette priorité :

« La procédure d'insolvabilité **a pour fins de désintéresser les créanciers** d'un débiteur..... »

Les Travaux préparatoires du Bundestag éclaire aussi parfaitement, si besoin était, sur l'objectif primordial de la loi :

« un but fondamental apportant la cohérence du système est à la base de la nouvelle procédure : **la meilleure satisfaction des créanciers.** » (page 108) « La conservation des entreprises ou des exploitations n'est pas un but indépendant de la procédure d'insolvabilité. » (page 109)

Si la conservation des entreprises n'est pas un but en soi des procédures de faillite allemande, il en est tout à fait différemment pour la loi française comme elle l'indique déjà par son intitulé.

Les articles de loi française restent relativement muet quant à cet objectif. Il est toutefois possible d'avoir quelques indications en analysant l'article L 620-1 du code de commerce français qui introduit la nouvelle procédure de sauvegarde présentée alors comme la nouvelle procédure de référence. Cet article dispose en effet : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. **Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.** »

Mais ce sont ici également les travaux préparatoires de la loi de 2005 qui nous renseignent précisément sur le dessein de la loi française :

« **L'objectif de la sauvegarde de l'entreprise est crucial.** Il doit être poursuivi par des moyens diversifiés. Pour ce faire, la loi doit permettre d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie. Visant des situations différentes, plus ou moins graves, elle doit comporter des procédures adaptées à ces différences et aux conditions d'ouverture élargies. »

On remarque ici plusieurs choses :

- L'objectif diffère du droit allemand puisqu'on se concentre ici sur la poursuite de l'activité de l'entreprise (on pourrait presque ajouter « coûte que coûte »).
- Les moyens mis en œuvre pour sauver l'entreprise sont également très éloignés de la faillite allemande puisque les procédures sont nombreuses et diversifiées (procédures préventives et curatives voire entre les deux !).

c) Quelle stratégie lorsque le concurrent a des difficultés financières ?

- i. Si possible négocier avant le dépôt de bilan mais acquérir après le dépôt de bilan en accord avec l'administrateur judiciaire
- prix de la sécurité : 9% du prix d'achat sur les biens soumis à un droit de revendication (droit de réserve par ex.), le prix n'est pas encaissé par l'administrateur mais par le créancier garanti + % sur le reste du pris d'acquisition
- pour les premiers 25.000 € de la masse, 40 %
de € 25.001,00 jusqu'à 50.000 € 25 %
de € 50.001,00 jusqu'à 250.000 € 7 %
de € 250.001,00 jusqu'à 500.000 € 3 %
de € 500.001,00 jusqu'à 25.000.000 € 2 %
de € 25.000.001,00 jusqu'à 50.000.000 € 1 %
au delà 0,5 %

Avantages : pas de responsabilité pour les dettes (§ 25 HGB), possibilité de faire faire une restructuration et un plan social par l'administrateur (même si légalement contrairement au système français, il y a transfert d'entreprise)
Réduction de délai de licenciement à 3 mois fin de mois
Vérification des critères sociaux souple de licenciement

- ii. En tout état de cause prendre contact très tôt avec l'administrateur judiciaire provisoire nommé (mis en concurrence avec d'autres offres de rachat)
- iii. Ne pas négliger sa position de créancier (sur le choix de l'administrateur)

- iv. Agir vite dans la mesure où les salaires impayés sont pris en charge par l'Etat pendant trois mois, l'administrateur prend sa décision de reprise dans ces délais
- v. Les outils de protection de l'acheteur sont difficilement utilisables
 - Due diligence réduite, voire nulle
 - La garantie est exclue

d) Les pièges à éviter !

- i. Conclure un share-deal juste avant une faillite
- ii. Vouloir faire s'engager un administrateur provisoire notamment signer le contrat de vente (c'est le gérant qui signe avec l'accord de l'administrateur sauf administrateur fort)
- iii. Oublier de faire avaliser l'accord par l'assemblée des créanciers
- iv. Ne pas avoir vérifié les contrats qui tombent du fait de la faillite du client
- v. Ne pas avoir négocié avec les gros clients, les fournisseurs clé et le réseau de distribution la reprise de l'entreprise

Conclusions : l'acquisition d'un concurrent – ou même de son distributeur – en difficultés financières peut être un moyen de gagner des parts de marchés. Il faut toutefois agir vite en sachant prendre des risques. Le tout est de réduire ces risques au minimum. Ne pas non plus oublier de prendre en compte les causes qui ont entraîné la faillites pour ne pas refaire les mêmes erreurs.