

**UNIVERSITE PARIS II – PANTHEON ASSAS**  
**DESS DROIT DES AFFAIRES – DJCE**  
**Année 2002-2003**

**Le Code Allemand de Gouvernement d'Entreprise**  
**au regard de la loi du 19 juillet 2002 sur la**  
**Transparence et la Publicité**

**Mémoire**

**Présenté et soutenu par**

**Jens WALDNER**

**Sous la direction de**

**Monsieur le Professeur Michel GERMAIN**

## ABREVIATIONS

AG	Aktien Gesellschaft (Revue juridique)
AktG	Aktiengesetz (Loi sur les sociétés anonymes)
AuslInvestmG	Auslandinvestmentgesetz (Loi sur les investissements étrangers)
BB	Betriebs-Berater (Revue juridique)
BörsG	Börsengesetz (Loi sur la bourse)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil)
BGH	Bundesgerichtshof (Cour de cassation)
BGHZ	Bundesgerichtshofszeitung (Bulletin de la Cour de cassation)
DB	Der Betrieb (Revue juridique)
HGB	Handelsgesetzbuch (Code de commerce)
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (Loi sur les sociétés d'investissement)
LG	Landesgericht (Tribunal de grande instance)
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (Revue juridique)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Revue juridique)
OLG	Oberlandesgericht (Cour d'appel)
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz (Loi sur la transparence et la publicité)
VerkProspG	Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz (Loi sur les prospectus de vente de titres)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Revue juridique)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Loi sur la négociation de titres)
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Revue juridique)
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht (Revue juridique)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Revue juridique)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Revue juridique)

## TABLE DES MATIÈRES

<b>ABREVIATIONS</b> .....	1
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	2
<b>INTRODUCTION</b> .....	5
<b>CHAPITRE I L'APPLICATION DU NOUVEAU DISPOSITIF: LES DIFFICULTES DE MISE EN ŒUVRE</b>	
<b>SECTION</b>	
<b>PRELIMINAIRE PRESENTATION GENERALE DU NOUVEAU DISPOSITIF</b> ....	9
<b>A. Le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise</b> .....	9
<b>1. Le champ d'application du Code</b> .....	10
<b>2. Le contenu du Code</b> .....	10
<b>a) Les recommandations et les suggestions</b> .....	10
<b>b) Les dispositions « déclaratives »</b> .....	11
<b>B. La loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité</b> ...	11
<b>1. Réformes apportées à la loi du 6 septembre 1965 sur     les sociétés anonymes (Aktiengesetz)</b> .....	12
<b>2. Réformes apportées au Code de commerce     (Handelsgesetzbuch)</b> .....	14
<b>SECTION 1 LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES ORGANES SOCIAUX</b> .....	15
<b>A. La répartition des compétences entre le Directoire et le Conseil de surveillance</b> .....	15
<b>B. Compétence de l'Assemblée générale ?</b> .....	17
<b>C. Consultation de l'Assemblée générale ?</b> .....	18
<b>SECTION 2 LE CONTENU DE LA DECLARATION DE CONFORMITE</b> ....	20
<b>A. « Comply or explain » ou « comply or declare » ?</b> .....	20

<b>B.</b>	<b>Déclaration <i>ex ante</i> ou <i>ex post</i> ?.....</b>	<b>21</b>
<b>C.</b>	<b>Le rejet « en bloc » du Code ?.....</b>	<b>24</b>

## **CHAPITRE II LA NON - APPLICATION DU NOUVEAU DISPOSITIF: LES SANCTIONS POSSIBLES**

### **SECTION 1 LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DU CONSEIL DE SURVEILLANCE A L'EGARD DE LA SOCIETE.....**

<b>A.</b>	<b>Le non-respect des dispositions du Code.....</b>	<b>27</b>
1.	Le non-respect des dispositions « déclaratives » du Code.....	27
2.	Le non-respect des recommandations et suggestions du Code.....	28
a)	La société adopte les recommandations et suggestions du Code.....	28
b)	La société n'adopte pas les recommandations et suggestions du Code.....	28
aa)	Les recommandations et suggestions du Code constituent-elles des usages ?.....	30
bb)	Les recommandations et suggestions du Code posent-elles des règles de conduite devant être respectées au titre de l'obligation de diligence ?.....	31
<b>B.</b>	<b>La violation de l'article 161 AktG.....</b>	<b>34</b>
1.	Absence totale de déclaration de conformité.....	34
2.	Fausse déclaration de conformité.....	35

### **SECTION 2 LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DU CONSEIL DE SURVEILLANCE A L'EGARD DES TIERS.....**

<b>A.</b>	<b>La responsabilité contractuelle.....</b>	<b>36</b>
1.	La responsabilité de droit commun (article 311 alinéa 2 BGB).....	37
2.	La responsabilité pour le contenu d'un prospectus ( <i>Prospekthaftung</i> ).....	38
a)	Le droit commun (civil).....	38
b)	Le droit spécial.....	42

<b>B.</b>	<b>La responsabilité délictuelle.....</b>	<b>43</b>
<b>1.</b>	<b>La responsabilité au sens de l'article 823 alinéa 1 BGB.....</b>	<b>43</b>
<b>2.</b>	<b>La responsabilité au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB.....</b>	<b>45</b>
<b>a)</b>	<b>Le Code.....</b>	<b>45</b>
<b>b)</b>	<b>L'article 161 AktG.....</b>	<b>46</b>
<b>c)</b>	<b>Violation des articles 400 AktG et 331 HGB ?.....</b>	<b>48</b>
 <b>CONCLUSION.....</b>		 <b>51</b>
 <b>ANNEXES.....</b>		 <b>52</b>
 <b>CODE ALLEMAND DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE.....</b>		 <b>52</b>
<b>TRANSPARENZ- UND PUBLIZITÄTSGESETZ (EXTRAITS).....</b>		<b>63</b>
<b>AKTIENGESETZ (EXTRAITS).....</b>		<b>64</b>
<b>HANDELSGESETZBUCH (EXTRAITS).....</b>		<b>67</b>
<b>BÜRGERLICHES GESETZBUCH (EXTRAITS).....</b>		<b>69</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>		 <b>70</b>

## INTRODUCTION

La notion de « Gouvernement d'Entreprise » (*Corporate Governance*) englobe d'une manière générale tout ce qui se rapporte à « la direction et au contrôle de l'entreprise en vue d'une création de plus-values à long terme »<sup>1</sup>. Avec le gouvernement d'entreprise, il convient de garantir l'équilibre des pouvoirs dans l'entreprise en mettant en place un système de "*checks and balances*" efficace. Il s'agit ainsi, sur le plan interne, de régler de manière équilibrée les rapports entre la direction, le conseil d'administration ou de surveillance et l'organe de révision. Sur le plan externe, il s'agit de mettre en balance les intérêts de l'entreprise, ceux du marché des capitaux ainsi que ceux des autres parties prenantes (*stakeholders*<sup>2</sup>) et des actionnaires (*shareholders*). La discussion relative au gouvernement d'entreprise a, depuis quelques années, considérablement gagné en importance, tant sur le plan national que sur la scène internationale. Ainsi co-existent actuellement au niveau mondial, plus de 60 « standards » de gouvernement d'entreprise<sup>3</sup>, auxquels les entreprises se soumettent en général de manière volontaire<sup>4</sup> dans la perspective de renforcer la confiance des investisseurs.

Le concept d'une telle autorégulation de l'économie par des « codes » relatifs au gouvernement d'entreprise et élaborés par les milieux professionnels provient du monde anglo-saxon. Cette origine s'explique par le fait que les droits anglo-saxons contiennent relativement peu de dispositions sur la direction et le contrôle des entreprises<sup>5</sup>. Les sociétés de capitaux disposent en effet d'une grande « liberté statutaire » en la matière<sup>6</sup>. Ces codes ont ainsi été élaborés en réaction aux difficultés apparues en pratique et qui résultaient de l'absence de réglementation légale<sup>7</sup>. Ainsi les codes anglo-saxons de gouvernement d'entreprise contiennent-ils des dispositions relatives à la composition du *board of directors* et de ses différents comités, notamment le comité de contrôle (*audit committee*)<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Schneider/Strenger, AG 2000, p. 106.

<sup>2</sup> Néologisme composé des mots *stake* = intérêt, enjeu, risque et *holder* = détenteur/détentrice, titulaire; Dictionnaire bilingue Collins, 2<sup>ème</sup> Edition, 1995. Concrètement il s'agit des tiers liés avec ou ayant un intérêt dans l'entreprise: salariés, clients, fournisseurs ou représentants du personnel.

<sup>3</sup> Wolfram, *Corporate Governance in Germany*, Etude de PriceWaterhouseCoopers pour le Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI), 2002, p. 6.

<sup>4</sup> Il s'agit en règle générale de prescriptions non juridiquement obligatoires, qualifiées pour cette raison de « *soft law* » (loi douce).

<sup>5</sup> Schneider/Strenger, *op. cit.*, p. 107.

<sup>6</sup> Seibert, BB 2002, p. 581.

<sup>7</sup> Davies, ZGR 2001, p. 270.

<sup>8</sup> Ainsi p. ex. le Listed Company Manual du New York Stock Exchange, Section 303.01 (consultable sur <http://www.nyse.com>) ou encore le Code of Best Practice, A.3, D.3; Lutter, ZGR 2001, p. 226.

Aux Etats-Unis, les initiateurs de tels *Codes of Best Practice* sont principalement les bourses<sup>1</sup> ainsi que les grands investisseurs institutionnels, notamment les fonds de pension tels que Cal PERS<sup>2</sup>, TIAA-CREF<sup>3</sup> ou encore Index Fonds. Ces derniers exigent des sociétés qui font partie de leur portefeuille le respect d'un certain nombre de prescriptions relatives à la direction et au contrôle de l'entreprise, stipulées dans un tel « code de bonne conduite »<sup>4</sup>.

En Grande-Bretagne, les propositions de plusieurs commissions d'experts relatives à l'amélioration de la direction et du contrôle des entreprises ont été regroupées au sein d'un *Combined Code*<sup>5</sup> qui comporte d'une part des *Principles of Good Governance*<sup>6</sup> et, d'autre part un *Code of Best Practice*<sup>7</sup> qui explicite les différents principes sous forme de recommandations. Le *Combined Code* est annexé aux *Listing Rules*<sup>8</sup> du *Financial Services Authority*<sup>9</sup>, sans pour autant faire partie des *Listing Rules*<sup>10</sup>. Ainsi, le respect des recommandations contenues dans le *Code* n'est pas une condition pour l'admission d'un titre aux négociations sur un marché réglementé. De même, l'admission d'un titre aux négociations sur un tel marché ne peut être remise en cause pour non-respect des recommandations du *Code*<sup>11</sup>. Toute société cotée, lorsqu'elle est « incorporée » en Grande-Bretagne, doit cependant déclarer dans son rapport et ses comptes annuels, dans quelle mesure elle respecte les recommandations du *Code* ou, en cas de non-respect, motiver les dérogations<sup>12</sup> (modèle du « *comply or explain* »<sup>13</sup>)<sup>14</sup>. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par un « *delisting* ».

Les codes de gouvernement d'entreprise ont donc principalement et originellement pour objet de combler les lacunes légales des systèmes juridiques anglo-saxons. On peut donc s'interroger sur le fondement d'un tel code dans un pays comme l'Allemagne, où le

---

<sup>1</sup> P. ex. le New York Stock Exchange avec le Listed Company Manual; Schneider/Strenger, *op. cit.*, p. 107.

<sup>2</sup> California Public Employees Retirement System.

<sup>3</sup> Teachers Insurance and Annuity Association College Retirement Equities Fund.

<sup>4</sup> Ces codes sont disponibles sur <http://www.calpers-governance.org> et sur <http://www.tiaa-cref.org>.

<sup>5</sup> Davies, *op. cit.*, p. 270; le *Combined Code* est disponible sur <http://www.fsa.gov.uk>.

<sup>6</sup> Principes de Bon Gouvernement.

<sup>7</sup> Code de Meilleure Pratique.

<sup>8</sup> Règles de Cotation.

<sup>9</sup> Autorité des Services Financiers.

<sup>10</sup> Listing Rules, Définition « Combined Code »; les Listing Rules sont disponibles sur <http://www.fsa.gov.uk>.

<sup>11</sup> Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, 1999, p. 184.

<sup>12</sup> En vertu de l'article 12.43A des Listing Rules.

<sup>13</sup> Se conformer ou s'expliquer.

<sup>14</sup> Davies, *op. cit.*, p. 277.

fonctionnement et le « gouvernement » des sociétés de capitaux sont largement réglementés par la loi<sup>1+2</sup>.

Dans les années 90 une série de faillites avait déjà conduit le législateur allemand à réformer le dispositif légal sur la direction et le contrôle des entreprises avec la loi du 5 mars 1998 sur le Contrôle et la Transparence<sup>3</sup>. Par la suite, un certain nombre « d'affaires » largement médiatisées ont révélé que la réglementation légale en la matière était toujours loin d'être suffisante<sup>4</sup>. Dans ce contexte, le chancelier Gerhard Schröder a constitué le 29 mai 2000 une Commission gouvernementale d'experts<sup>5</sup>, dirigée par le Professeur de droit bancaire Theodor Krupp, chargée de formuler des propositions pour améliorer le gouvernement d'entreprise allemand. Dans son rapport final<sup>6</sup> remis le 10 juillet 2001, la Commission propose d'un côté un certain nombre de réformes légales (notamment dans le droit des sociétés anonymes) et de l'autre une « déréglementation » de certaines matières (notamment dans le domaine du financement de l'entreprise)<sup>7</sup>. Enfin, la Commission propose l'élaboration, par une Commission gouvernementale spécialement constituée à cet effet, d'un « Code allemand de Gouvernement d'Entreprise » destiné principalement aux sociétés cotées en bourse. Ce Code devrait contenir des principes de bonne conduite et de contrôle des entreprises, qui vont au-delà du droit en vigueur. Au demeurant, le Code ne devrait pas être codifié comme loi, mais serait une obligation librement assumée par les entreprises elles-mêmes. Ceci en augmenterait l'acceptation par l'économie ainsi que la souplesse des règles en vue d'une flexibilisation de la gestion des entreprises. Toutefois, le Directoire et le Conseil de surveillance seraient obligés de déclarer publiquement, une fois par an, dans quelle mesure les recommandations du Code sont respectées et de motiver les éventuelles dérogations<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Par les articles 76 et suivants de la loi sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz*).

<sup>2</sup> La Deutsche Bank, la plus grande institution financière allemande, est la première entreprise allemande à s'être imposée un tel code de conduite.

<sup>3</sup> Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), Bundestagsdrucksache 13/10038.

<sup>4</sup> Notamment celles du groupe de construction Philipp Holzmann AG (1999), du groupe FlowTex (1999) et plus récemment EM.TV dans le secteur de la nouvelle économie (*Neuer Markt*).

<sup>5</sup> Commission « Corporate Governance - direction des entreprises - contrôle des entreprises - modernisation du droit des sociétés anonymes ».

<sup>6</sup> Ce rapport de 320 pages contient au total 148 propositions pour moderniser de fond en comble le droit allemand des sociétés.

<sup>7</sup> Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001; pour une présentation synthétique de ces différentes propositions voir Dörner, Entwicklung der Corporate Governance in Deutschland, Etude Ernst & Young, 2003, p. 11 ss.

<sup>8</sup> Il s'agit donc de mettre en place le modèle anglo-saxon du « *comply or explain* ».



Suite à ces propositions, une nouvelle Commission gouvernementale<sup>1</sup> composée de représentants des milieux professionnels<sup>2</sup> et présidée par Gerhard Krupp<sup>3</sup> a été constituée par la Ministre fédérale de la justice pour élaborer le Code. Parallèlement, le gouvernement fédéral a soumis un projet de loi sur la Transparence et la Publicité visant à concrétiser un certain nombre de recommandations formulées par la Commission « Krupp ». Après avoir été remis à la Ministre le 26 février 2002, le « Code allemand de Gouvernement d'Entreprise »<sup>4</sup> a été publié au Journal Officiel électronique le 30 août 2002<sup>5</sup>. La loi sur la Transparence et la Publicité a été promulguée le 19 juillet 2002 et publiée au Journal Officiel le 25 juillet 2002<sup>6</sup>. L'apport de cette loi est double : d'une part, certaines recommandations formulées par la Commission « Krupp » et, pour la plupart, déjà contenues dans le Code ont été reprises dans la loi<sup>7</sup>. D'autre part, la loi impose désormais aux sociétés cotées de rendre annuellement une déclaration de conformité au Code.

Ce nouveau dispositif relatif au gouvernement d'entreprise soulève, d'un point de vue juridique, un certain nombre de questions. L'objet de cette étude est non seulement de présenter et d'analyser ces difficultés, mais aussi de tenter d'y apporter des éléments de réponse. Dans cette perspective, il conviendra tout d'abord de mettre en lumière les difficultés d'interprétation et d'application du nouveau dispositif (chapitre I), pour ensuite analyser les sanctions susceptibles de s'appliquer en cas de non-respect (chapitre II).

---

<sup>1</sup> Commission « Code allemand de Gouvernement d'Entreprise ».

<sup>2</sup> La composition de cette Commission peut être consultée sur <http://www.corporate-governance-code.de>.

<sup>3</sup> Président du Conseil de surveillance du groupe Thyssen Krupp AG.

<sup>4</sup> « Deutscher Corporate Governance Kodex ».

<sup>5</sup> Le Code a fait l'objet d'une première révision le 7 novembre 2002, suite à une réforme de l'article 15a de la loi sur les valeurs mobilières (*Wertpapierhandelsgesetz*): cette révision n'a affecté qu'un seul article (l'article 6.6 alinéa 1). Le Code, dans sa version du 7 novembre 2002 a été publié au Journal Officiel électronique le 14 novembre 2002. Il est disponible sur <http://www.corporate-governance-code.de>.

<sup>6</sup> Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz), Bundesgesetzblatt, Partie I n° 50, p. 2681 ss.

<sup>7</sup> Sur cet aspect de la réforme voir Dörner, *op. cit.*, p. 40 ss.

# **CHAPITRE I L'APPLICATION DU NOUVEAU DISPOSITIF: LES DIFFICULTES DE MISE EN ŒUVRE**

Avant de mettre en lumière ses difficultés de mise en œuvre et de tenter d'y apporter des éléments de réponse, il convient de faire une présentation générale du nouveau dispositif (Section Préliminaire). Un examen détaillé de toutes les difficultés d'interprétation et d'application que peuvent soulever les 69 dispositions contenues dans le Code dépasserait le cadre de cette étude et ne présenterait pas un grand intérêt sur le plan juridique: d'une part, pour ce qui concerne les articles du Code qui se contentent de reprendre des dispositions légales en vigueur<sup>1</sup>, les difficultés sont identiques à celles que posent les dispositions légales ainsi reprises et il suffira de s'y reporter. D'autre part, quant aux autres dispositions du Code, c'est-à-dire celles qui vont au-delà de la législation en vigueur<sup>2</sup>, il s'agit de règles facultatives dépourvues de valeur juridique propre<sup>3</sup>: l'intérêt que présenterait une telle analyse nous paraît donc, pour le moins, limité. Cette étude se limitera donc à l'examen des difficultés de mise en œuvre posées par le nouvel article 161 AktG, issu de la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité. La rédaction de cet article soulève, en effet, de nombreuses difficultés d'application tant en ce qui concerne le contenu de la déclaration de conformité (Section 2), qu'au niveau de la répartition des compétences entre les organes sociaux pour rendre cette déclaration (Section 1).

## **SECTION**

### **PRELIMINAIRE PRESENTATION GENERALE DU NOUVEAU DISPOSITIF**

Le nouveau dispositif relatif au gouvernement d'entreprise comporte deux éléments : le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise (A) et certaines dispositions de la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité (B).

#### **A. Le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise**

---

<sup>1</sup> Voir *infra* Section Préliminaire A.

<sup>2</sup> Voir *infra* Section Préliminaire A.

<sup>3</sup> Sous réserve de ce qui sera exposé *infra* Chapitre II.

Avant de s'intéresser au contenu du Code (2), il convient de délimiter son champ d'application (1).

## **1. Le champ d'application du Code**

Le champ d'application du Code est défini par une formule lapidaire de son préambule: « *Le Code s'adresse en premier lieu aux sociétés cotées. L'observation du Code est aussi recommandée aux sociétés non cotées.* ».

La question de savoir ce qu'il faut entendre par « sociétés cotées » sera traitée *infra*<sup>1</sup>. Dans la mesure où les dispositions du Code constituent déjà des recommandations<sup>2</sup>, on ne comprend pas bien la distinction qui est ainsi opérée entre les sociétés cotées et non cotées: pour ces dernières, les dispositions du Code constitueraient alors des « recommandations recommandées »... (?)

Puisque les dispositions du Code sont en principe<sup>3</sup> facultatives, la question de son champ d'application importe moins que celle de son contenu.

## **2. Le contenu du Code**

Le Code a un contenu hybride puisqu'il comporte trois catégories de dispositions de nature différente: d'une part, le Code se contente de reprendre des dispositions légales en vigueur (b) et, d'autre part il contient des recommandations et des suggestions (a).

### **a) Les recommandations et les suggestions**

L'essentiel du Code est formé par les recommandations (*Empfehlungen*). Elles sont caractérisées, au niveau du texte, par l'emploi de verbes tels que « devoir/être tenu de » (*soll*) au futur. Les sociétés peuvent s'en écarter, mais elles sont alors tenues de le rendre public chaque année. Cela permet aux sociétés de tenir compte d'exigences spécifiques à leur secteur

---

<sup>1</sup> Voir *infra* B 1.

<sup>2</sup> Pour une analyse plus précise voir *infra* 2.

<sup>3</sup> Voir cependant *infra* Chapitre II.

d'activité ou à leur entreprise. Le Code contribue ainsi à la flexibilisation et à l'autorégulation au niveau du régime juridique des entreprises allemandes<sup>1</sup>.

Le Code contient également des suggestions (*Anregungen*), desquelles les entreprises pourront s'éloigner sans nécessité de publication. Le Code emploie à cet effet des verbes tels que « devoir » (*sollte*) au conditionnel présent ou « pouvoir » (*kann*) au futur<sup>2</sup>.

Enfin, le Code reprend des dispositions légales.

### **b) Les dispositions « déclaratives »**

Toutes les autres dispositions du Code, non caractérisées par l'emploi de ces verbes et temps, concernent des prescriptions que les entreprises sont tenues d'observer en vertu de la législation en vigueur<sup>3</sup>. Ces dispositions n'ont ainsi qu'une valeur « déclarative » et ont principalement pour objet d'informer les investisseurs étrangers, notamment les investisseurs institutionnels anglo-saxons, sur le gouvernement d'entreprise des sociétés allemandes.

Par la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, le législateur a entendu renforcer le dispositif de gouvernement d'entreprise contenu dans le Code.

## **B. La loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité**

Les réformes apportées par la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité concernent principalement le droit des sociétés anonymes et le droit comptable. En ce qui concerne le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise (le Code), les modifications sont de deux ordres: d'une part, certaines recommandations contenues dans le Code ont été reprises dans la loi<sup>1</sup>. D'autre part, pour ce qui est des recommandations qui n'ont pas fait l'objet d'une consécration légale, la loi instaure un système original de « renfort légal » qui se matérialise par quatre nouvelles dispositions insérées dans la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz*) (1) et dans le Code de commerce (*Handelsgesetzbuch*) (2).

---

<sup>1</sup> Préambule du Code.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

## 1. Réformes apportées à la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz*)

La principale réforme apportée par la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité consiste dans l'insertion d'un nouvel article 161 dans la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz*). En vertu de cet article, le Directoire et le Conseil de surveillance d'une société cotée en bourse ont désormais l'obligation de rendre annuellement une déclaration de conformité aux recommandations contenues dans le Code. Plus précisément, ce nouvel article dispose que:

*« Le Directoire et le Conseil de surveillance d'une société cotée en bourse déclarent annuellement que les recommandations de la Commission gouvernementale<sup>2</sup>, publiées par le Ministère de la Justice dans la partie officielle du Journal Officiel électronique et relatives à la direction et à la surveillance de l'entreprise ont été et sont/seront<sup>3</sup> suivis ou quelles recommandations n'ont pas été ou ne sont/seront<sup>4</sup> pas appliquées. La déclaration doit être rendue accessible en permanence aux actionnaires. »<sup>5</sup>.*

Le législateur a donc doublement restreint le champ d'application de cette nouvelle obligation d'information: d'une part, le nouvel article 161 AktG ne vise que les sociétés cotées en bourse (*börsennotierte Gesellschaften*). Il s'agit, d'après la définition qu'en donne l'article 3 alinéa 2 AktG, des « sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé et surveillé par des autorités reconnues par l'Etat, fonctionnant de manière régulière et directement ou indirectement accessible au public »<sup>6</sup>. Cette définition englobe donc les sociétés dont les actions sont admises à la « côte officielle » (*Amtlicher Handel*)<sup>7</sup>, au « marché réglementé » (*Geregelter Markt*)<sup>8</sup>, au « nouveau marché » (*Neuer Markt*)<sup>9</sup> et au « SMAX »<sup>10</sup>. Sont donc exclues les sociétés dont les titres se négocient sur le « marché libre » (*Freier Markt*)<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur cet aspect de la réforme, voir Dörner, *op. cit.*, p. 40 ss.

<sup>2</sup> « *Kodex-Kommission* ».

<sup>3</sup> « ... *entsprochen wurde und wird* »: sur la difficulté d'interprétation et donc de traduction voir *infra* Section 2.

<sup>4</sup> « ... *nicht angewendet wurden oder werden* »: sur la difficulté d'interprétation et donc de traduction voir *infra* Section 2.

<sup>5</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>6</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>7</sup> Marché équivalent au « premier marché » en France.

<sup>8</sup> Marché équivalent au « second marché » en France.

<sup>9</sup> Marché équivalent au « nouveau marché » en France.

<sup>10</sup> Marché n'ayant pas d'équivalent en France.

<sup>11</sup> Marché équivalent au « marché libre OTC »/« marché de gré à gré » en France.

Mais l'article 3 alinéa 2 AktG n'est pas la seule disposition légale qui définit la notion de « société cotée en bourse ». En effet, il existe une autre définition prévue par l'article 21 alinéa 2 de la loi sur la négociation de titres (*Wertpapierhandelsgesetz*). La différence entre ces deux définitions ne porte ni sur la forme sociale requise, ni sur les marchés concernés, mais sur le lieu du siège social et sur le lieu de cotation de la société: ainsi ne constituent des « sociétés cotées » au sens de l'article 21 alinéa 2 WpHG que les sociétés ayant leur siège social en Allemagne et dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en Allemagne ou dans un autre pays membre de l'Union Européenne (UE) ou de l'Espace Economique Européen (EEE). En revanche, une « société cotée » au sens de l'article 3 alinéa 2 AktG peut avoir son siège social aussi bien en Allemagne qu'à l'étranger et ses titres peuvent être admis aux négociations aussi bien sur un marché réglementé dans l'UE/EEE, que hors de l'UE/EEE<sup>1</sup>.

Le choix entre ces deux définitions a donc un impact sur le champ d'application du nouvel article 161 AktG. Puisque cet article a été inséré, par la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, dans la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz*), il faut à notre avis opter pour la définition prévue par cette loi (dans son article 3 alinéa 2). Un auteur s'est également prononcé en ce sens<sup>2</sup>. Ainsi, le nouvel article 161 AktG a, semble-t-il, un champ d'application très large dans la mesure où il a vocation à s'appliquer aussi bien aux sociétés allemandes qu'aux sociétés étrangères, peu importe que leurs actions soient admises aux négociations sur un marché réglementé allemand ou étranger (cotation exclusive ou multi cotation).

D'autre part, l'obligation de rendre annuellement une déclaration de conformité ne porte que sur les recommandations du Code, à l'exclusion des suggestions. En outre, il ne s'agit pas de rendre ces recommandations obligatoires: les sociétés sont libres de décider si elles les appliquent ou non. Mais le législateur a voulu imposer une « prise de position » à l'égard des recommandations du Code et assurer que celle-ci soit rendue publique.

Dans la perspective de renforcer cette nouvelle obligation, la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité a également réformé le Code de commerce (*Handelsgesetzbuch*).

---

<sup>1</sup> Ceci ne résulte pas du texte lui-même, mais des travaux parlementaires.

<sup>2</sup> Dörner, *op. cit.*, p. 23.

## 2. Réformes apportées au Code de commerce (*Handelsgesetzbuch*)

En premier lieu, la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité a modifié les articles 285 et 314 du Code de commerce (*Handelsgesetzbuch*) qui concernent respectivement les indications devant figurer en annexe des comptes annuels (*Jahresabschluss*) et des comptes consolidés (*Konzernabschluss*). Plus précisément, il a été ajouté un chiffre 16 à l'article 285 HGB qui prévoit l'obligation d'indiquer dans l'annexe que « *la déclaration imposée par l'article 161 AktG a été rendue et qu'elle a été rendue accessible aux actionnaires* »<sup>1</sup>. La même obligation s'impose, de par l'ajout d'un chiffre 8 à l'article 314 alinéa 1 HGB à toutes les sociétés cotées en bourse faisant partie du périmètre de consolidation.

En second lieu, la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité a modifié l'article 325 HGB en ce sens que « la déclaration imposée par l'article 161 AktG » fait désormais partie des documents à produire annuellement en vue de leur publication au Registre du commerce (*Handelsregister*).

Ce nouveau dispositif instauré par la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, et surtout le nouvel article 161 AktG, ne manquent pas de soulever de sérieuses difficultés de mise en œuvre, notamment quant à la répartition des compétences entre les organes sociaux.

---

<sup>1</sup> Traduction de l'auteur.

## SECTION 1 LA REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE LES ORGANES SOCIAUX

Les destinataires de l'obligation de rendre annuellement une déclaration de conformité aux recommandations du Code, imposée par le nouvel article 161 AktG, sont « le Directoire et le Conseil de surveillance des sociétés cotées en bourse ». Cette obligation s'impose donc directement aux organes de la société et non à la société elle-même (qui l'exécuterait par le biais de ses organes). Le même régime s'applique d'ailleurs au rapport financier (*Lagebericht*)<sup>1</sup> et au rapport de dépendance (*Abhängigkeitsbericht*)<sup>2</sup> du Directoire ainsi qu'au rapport annuel du Conseil de surveillance (*Aufsichtsratsbericht*)<sup>3</sup>.

En vertu de l'article 161 AktG « le Directoire *et* le Conseil de surveillance » des sociétés cotées sont tenus de déclarer annuellement dans quelle mesure les recommandations du Code ont été et sont/seront<sup>4</sup> respectées. Il s'agit donc d'une obligation commune aux deux organes, qui aboutit à une déclaration conjointe. Cette formulation ne concerne bien évidemment que l'aspect externe de la déclaration de conformité, visant les relations entre la société et le public. Par conséquent, il faut s'interroger sur la répartition interne des compétences entre ces deux organes (A). De même, on peut se demander si la compétence de l'Assemblée générale en matière statutaire (*Satzungskompetenz*) permet à celle-ci d'imposer au Directoire et au Conseil de surveillance le respect des recommandations du Code (B). Enfin, le Directoire et le Conseil de surveillance doivent-ils consulter l'Assemblée générale pour décider d'appliquer ou non des recommandations qui concernent les actionnaires (C) ?

### A. La répartition des compétences entre le Directoire et le Conseil de surveillance

L'article 161 AktG ne contient aucune précision quant à la répartition interne des compétences entre le Directoire et le Conseil de surveillance. Par conséquent, il convient de se référer aux principes posés par le droit commun des sociétés anonymes.

---

<sup>1</sup> Articles 246 alinéa 1 et 289 HGB; Hopt, Kommentar zum HGB, 30<sup>ème</sup> Edition, 2000, § 246 n° 6.

<sup>2</sup> Article 312 AktG; Hüffer, Kommentar zum AktG, 4<sup>ème</sup> Edition, 1999, § 312 n° 2.

<sup>3</sup> Article 171 alinéa 2 AktG; Hüffer, *op. cit.*, § 171 n° 12.

<sup>4</sup> Voir *supra* Section 1 B.



Tout d'abord, la décision d'appliquer ou non les recommandations contenues dans le Code constitue une « décision de politique générale de l'entreprise »<sup>1</sup>, qui relève en principe de la compétence du Directoire en vertu de l'article 76 alinéa 1 AktG. Mais ce principe comporte deux limites:

D'une part, en vertu de l'article 111 alinéa 1 AktG, le Directoire ne peut pas s'immiscer dans l'exercice des missions attribuées au Conseil de surveillance. Ainsi, le Directoire n'est pas en mesure d'influer – sous quelque forme que ce soit – sur une décision qui concerne la surveillance de la société. Par conséquent, il appartient exclusivement au Conseil de surveillance de décider – et donc aussi de déclarer – dans quelle mesure les recommandations du Code qui le concernent sont appliquées. En outre, le Conseil de surveillance ne saurait être lié au vote du Directoire, dans sa décision d'appliquer ou non les recommandations du Code qui le concernent.

Mais la réciproque n'est pas vraie. En effet, il en va autrement pour les recommandations – relativement peu nombreuses – qui concernent le Directoire. Pour certaines d'entre elles, comme par exemple celle prévoyant que la rémunération des membres du Directoire devra comprendre une partie fixe et une partie variable<sup>2</sup>, c'est le Conseil de surveillance qui sera compétent et non le Directoire. Il en va de même pour la recommandation en vertu de laquelle la répartition fonctionnelle et la collaboration entre les membres du Directoire devra être réglée dans un règlement intérieur<sup>3</sup>, du moins lorsque le Conseil de surveillance fait usage de la faculté que lui confère l'article 77 alinéa 2 AktG, d'édicter un tel règlement intérieur pour le Directoire.

Quant aux autres recommandations du Code, le Conseil de surveillance a également la possibilité d'imposer leur respect au Directoire en les intégrant dans les mandats qu'il donne à ses membres. Ceci pourra notamment être le cas pour les recommandations relatives aux conflits d'intérêts<sup>4</sup> et aux activités extérieures<sup>5</sup>, de même que pour celles ayant trait aux

---

<sup>1</sup> Seibt, AG 2002, p. 253. Autrement dit, il s'agit d'une décision de gestion.

<sup>2</sup> Article 4.2.3 du Code.

<sup>3</sup> Article 4.2.1 du Code.

<sup>4</sup> Article 4.3.4 du Code.

<sup>5</sup> Article 4.3.5 du Code.

transactions importantes conclues avec la société et soumises à l'approbation du Conseil de surveillance<sup>1</sup>.

D'autre part, une seconde limite est apportée au principe de la compétence exclusive du Directoire par l'article 111 alinéa 4 AktG. D'après le rapport de la Commission gouvernementale « Baums », le Conseil de surveillance aurait de surcroît la possibilité, sur le fondement de cet article, de faire dépendre le non-respect de certaines recommandations par le Directoire de son approbation<sup>2</sup>. Cette possibilité suppose cependant une interprétation assez large de la notion d' « activités » (*Geschäfte*) au sens de l'article 111 alinéa 4 AktG. Puisque le Conseil de surveillance dispose par ailleurs d'un large éventail de possibilités pour imposer au Directoire le respect des recommandations qui le concernent, la question de savoir s'il faut suivre ou non cette analyse, peut rester ouverte.

La décision d'appliquer ou non les recommandations et suggestions du Code semble donc être réservée au Directoire et au Conseil de surveillance. Mais l'Assemblée générale ne pourrait-elle pas s'immiscer dans cette décision ?

## **B. Compétence de l'Assemblée générale ?**

La question se pose de savoir si l'Assemblée générale a le pouvoir d'imposer au Directoire et au Conseil de surveillance le respect de certaines (voir de toutes) les recommandations du Code, en vertu de sa compétence statutaire (*Satzungskompetenz*). Autrement dit, l'Assemblée générale peut-elle reprendre les recommandations du Code dans les statuts afin de les rendre obligatoires pour les organes sociaux ?

L'article 23 alinéa 5 AktG a pour effet de restreindre la compétence de l'Assemblée générale en matière statutaire. En particulier, l'Assemblée générale n'a pas le pouvoir de prescrire dans les statuts les modalités d'exercice des attributions respectives du Directoire et du Conseil de surveillance<sup>3</sup>. Puisque la grande majorité des recommandations contenues dans le Code concernent précisément les modalités d'exercice des attributions de ces organes, l'Assemblée générale n'a pas le pouvoir de leur imposer le respect de ces recommandations par le biais de

---

<sup>1</sup> Article 4.3.4 du Code.

<sup>2</sup> Rapport de la Commission gouvernementale Corporate Governance, 2001, n° 11.

<sup>3</sup> Ulmer, ZHR 2002, p. 175.

sa compétence statutaire. Rien ne s'oppose, en revanche, à ce que l'Assemblée générale reprenne dans les statuts des recommandations (ou même des suggestions) qui ont trait aux droits des actionnaires et à leur exercice au sein de l'Assemblée générale<sup>1</sup>. Ainsi, l'Assemblée générale pourrait par exemple imposer au Directoire et au Conseil de surveillance le respect des recommandations relatives au vote par procuration ou par Internet<sup>2</sup>. En effet, le droit des sociétés anonymes ne contient aucune disposition impérative à cet égard ou qui y ferait obstacle<sup>3</sup>.

Le pouvoir de l'Assemblée générale d'imposer au Directoire et au Conseil de surveillance le respect des recommandations du Code apparaît donc assez limité. A défaut de pouvoir décider de leur application, l'Assemblée générale dispose-t-elle d'une compétence consultative en la matière ?

### **C. Consultation de l'Assemblée générale ?**

Une dernière question, qui n'a été soulevée ni par la Commission gouvernementale, ni par le Code lui-même, mérite d'être posée: lorsque le Directoire et le Conseil de surveillance décident de ne pas appliquer des recommandations du Code qui concernent les actionnaires, doivent-ils consulter l'Assemblée générale ? Autrement dit, l'Assemblée générale a-t-elle un droit de regard, voir un droit de codécision (*Mitspracherecht*) quant à l'application des recommandations relatives aux actionnaires ?

Cette question se pose, par exemple, en cas de refus par le Directoire de nommer un représentant chargé d'exercer les droits de vote des actionnaires<sup>4</sup>. Le non-respect de cette recommandation a pour effet d'entraver l'exercice par les actionnaires, surtout lorsqu'ils sont étrangers, de leur droit de vote au sein de l'Assemblée générale. Il en va de même en cas de non-respect par le Directoire de toutes les recommandations contenues dans la section « Transparence » du Code et qui confèrent aux actionnaires des droits supplémentaires en matière d'information<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Articles 2.1.1 à 2.3.4 du Code.

<sup>2</sup> Articles 2.3.3 et 2.3.4 du Code.

<sup>3</sup> Hüffer, AktG, 4<sup>ème</sup> Edition, 1999, § 129 n° 1b.

<sup>4</sup> Article 2.3.3 du Code.

<sup>5</sup> Notamment les articles 6.3 et 6.5 du Code.

Cependant, le droit commun des sociétés anonymes ne permet pas à l'Assemblée générale d'imposer au Directoire (ou au Conseil de surveillance) le respect de telles recommandations par un vote en ce sens. En particulier, ni l'article 119 alinéa 1 AktG – relatif aux pouvoirs de l'Assemblée générale –, ni les autres dispositions de la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés anonymes ne prévoient un tel pouvoir. En effet, la décision d'appliquer ou non une recommandation du Code est une décision de gestion qui relève, sauf exception<sup>1</sup>, de la compétence exclusive du Directoire<sup>2</sup>. En droit, l'Assemblée générale n'a donc pas à être consultée sur l'application ou non des recommandations du Code qui concernent les actionnaires. Mais, en fait, il sera sans doute difficile pour le Directoire et le Conseil de surveillance de justifier le non-respect de ces recommandations compte tenu des attentes et de la pression des actionnaires.

Après avoir déterminé *qui* est compétent pour rendre la déclaration de conformité prévue par le nouvel article 161 AktG, il convient de s'interroger sur *quoi* porte cette déclaration.

---

<sup>1</sup> Notamment les recommandations du Code qui concernent le Conseil de surveillance: voir *supra* A.

<sup>2</sup> Seibt, AG 2002, p. 253. Voir également *supra* A.

## SECTION 2

## LE CONTENU DE LA DECLARATION DE CONFORMITE

Pour ce qui est du contenu de la déclaration de conformité, la rédaction de l'article 161 AktG soulève, pour l'essentiel, trois questions: d'une part, on peut se demander si la déclaration doit être motivée lorsqu'elle est négative (A). D'autre part, le texte contient une ambiguïté quant à la portée de la déclaration dans le temps (B). Enfin, il faut s'interroger sur la possibilité de ne pas appliquer le Code « en bloc » (C).

### A. « *Comply or explain* » ou « *comply or declare* » ?

Tout d'abord, on peut se demander s'il est suffisant que les organes de direction et de surveillance d'une société cotée déclarent ne pas respecter telle ou telle recommandation du Code (voir toutes) ou si, au contraire, leur déclaration de non-respect doit être motivée. Autrement dit, la question est de savoir si la règle posée par l'article 161 AktG correspond au concept anglo-américain du « *comply or explain* »<sup>1</sup> ou simplement à celui du « *comply or declare* »<sup>2</sup>.

L'incertitude à cet égard résulte tout d'abord d'une ambiguïté linguistique. Le texte emploie le verbe « *erklären* », qui peut avoir deux sens différents: soit « déclarer », soit « expliquer »<sup>3</sup>. L'enjeu est le suivant: la deuxième acception impliquerait une obligation de motivation, tandis que pour la première une déclaration non motivée serait suffisante. Pour tenter de trancher cette question, on peut se référer au groupe de mots dans lequel le verbe est inséré: « *Vorstand und Aufsichtsrat ... erklären ... dass* », qui peut être traduit par « Le Directoire et le Conseil de surveillance ... déclarent/expliquent ... que ». L'emploi de la conjonction « que » suffit pour écarter la deuxième acception<sup>1</sup>. Bien que l'ambiguïté linguistique a pu ainsi être résolue en faveur du verbe « déclarer », cela suffit-il pour conclure à l'absence d'une obligation de motivation ?

Quels seraient alors les arguments qui militeraient en faveur d'une telle obligation de motivation ? A la réflexion de tels arguments sont difficiles à trouver. En revanche, il existe de nombreux arguments qui s'y opposent: en premier lieu, il n'existe aucune instance

---

<sup>1</sup> « Se conformer ou s'expliquer ».

<sup>2</sup> « Se conformer ou le déclarer ».

<sup>3</sup> Hachette/Langenscheidt, Dictionnaire Allemand – Français, 5<sup>ème</sup> Edition, 1999.

susceptible de contrôler la motivation. La décision d'appliquer ou non une recommandation du Code est une décision de gestion. Par conséquent, on ne saurait s'en remettre au juge pour exercer un tel contrôle, car celui-ci n'est pas compétent et n'a pas le pouvoir d'apprécier le bien fondé et donc les motifs d'une telle décision. En second lieu, on peut invoquer la recommandation contenue dans l'article 3.10 du Code. En vertu de cet article « *le Directoire et le Conseil de surveillance devront présenter chaque année un rapport sur le gouvernement d'entreprise de l'entreprise dans le rapport annuel. Ceci inclut aussi la justification d'éventuelles dérogations aux recommandations du présent Code* ». Cette précision quant à la justification des dérogations aux recommandations du Code serait superflue, si elle résultait déjà de la loi<sup>2</sup>. La Commission gouvernementale semble donc considérer que la loi n'impose pas une telle motivation.

Cependant, la nécessité de motiver les dérogations aux recommandations du Code ne peut pas pour autant être entièrement exclue. Il faudra attendre que la jurisprudence se soit prononcée sur la question. Mais même si l'on considère, sur le fondement des arguments qui viennent d'être exposés, que le nouvel article 161 AktG n'impose pas *de jure* de motiver une déclaration de conformité négative, une société pourra-t-elle vraiment se permettre de ne pas motiver sa décision de ne pas appliquer une ou plusieurs recommandations du Code ? Tout porte à croire que la pression des médias et les attentes des investisseurs auront pour effet d'imposer *de facto* une obligation de motivation au Directoire et au Conseil de surveillance. Ainsi, à moins d'avoir de bonnes raisons pour s'en écarter, les recommandations du Code pourront *de facto* devenir obligatoires.

Mais les difficultés d'interprétation et d'application du nouvel article 161 AktG ne se limitent pas à la question de savoir s'il comporte ou non une obligation de motivation. Ce texte contient également une ambiguïté quant à la portée de la déclaration de conformité dans le temps.

## **B. Déclaration *ex ante* ou *ex post* ?**

---

<sup>1</sup> Il aurait fallu des termes tels que « en quoi/dans quelle mesure... » pour maintenir l'incertitude.

<sup>2</sup> A cet égard il convient de remarquer que le Code a fait l'objet d'une première révision le 7 novembre 2002, donc postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 161 AktG, le 26 juillet 2002.

La formulation de l'article 161 AktG est également ambiguë quant à la portée temporelle de la déclaration de conformité. Ainsi, les termes « *entsprochen wurde und wird* » peuvent ici encore être interprétés de deux manières: soit il faut entendre par là que les recommandations « *ont été* ou *sont* respectées », soit qu'elles « *ont été* ou *seront* respectées ». En effet, dans la langue allemande, le verbe « *sein* » (être) conjugué sous sa forme « *wird* », telle qu'elle est employée par le texte, peut faire référence – selon le contexte – soit au présent, soit au futur. Autrement dit, la question se pose de savoir si une déclaration de conformité négative doit être rendue *a priori* (*ex ante*) ou si une déclaration *a posteriori* (*ex post*) suffit.

D'après les travaux parlementaires, les termes employés par l'article 161 AktG impliquent non seulement le respect des recommandations dans le passé, mais aussi dans le futur<sup>1</sup>. La déclaration de conformité aurait donc à la fois un aspect rétrospectif et un aspect prospectif. Par conséquent, elle doit être interprétée comme une « déclaration d'intention » (*Absichtserklärung*) des organes sociaux<sup>2</sup>. Ainsi, une déclaration positive de conformité ne pourra être rendue que dans l'hypothèse où toutes les recommandations du Code auront été respectées au cours de l'exercice précédent et qu'aucune modification n'est envisagée pour l'exercice suivant.

Le Code lui-même ne contient aucune disposition à cet égard et la question est actuellement discutée en doctrine<sup>3</sup>. *A priori*, seule une déclaration prospective permettrait d'atteindre l'objectif poursuivi par le Code et la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, qui est d'améliorer le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées et de le rendre transparent à l'égard des investisseurs. En effet, c'est le respect des recommandations du Code pour l'avenir qui déterminera leur décision d'investir ou non dans une société déterminée. On pourrait opposer à cet argument qu'une déclaration rétrospective est suffisante pour assurer l'information des investisseurs, dans la mesure où la position adoptée par une société à l'égard du Code dans le passé permet de préjuger la position qu'elle adoptera dans le futur. Cet argument n'est cependant pas vraiment convaincant, puisque le Directoire et le Conseil de surveillance sont entièrement libres de changer leur position. En revanche, une déclaration prospective (surtout lorsqu'elle est positive) a pour effet de restreindre cette liberté, dans la mesure où les organes sociaux seraient alors *de facto* contraints de justifier la

---

<sup>1</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 224.

<sup>2</sup> *Ibid* et Seibert, BB 2002, p. 583.

<sup>3</sup> Notamment Ulmer, ZHR 2002, p. 170 et Seibt, AG 2002, p. 251.

dérogation à la déclaration initiale par des raisons objectives, sous peine de perdre la confiance des actionnaires et des investisseurs. Le changement de position ne pourra donc plus se faire de manière arbitraire.

L'intérêt que présente une déclaration prospective pour les investisseurs est d'autant plus grand, qu'elle se rapporte à des recommandations du Code qui concernent l'activité permanente des organes sociaux ou de leurs membres. Il en est ainsi, notamment, des recommandations relatives à l'obligation d'information et de compte-rendu du Directoire vis-à-vis du Conseil de surveillance<sup>1</sup>, de celles qui concernent les missions et compétences du président du Conseil de surveillance<sup>2</sup> et enfin de celles qui ont trait à la création de comités<sup>3</sup>. Mais ceci vaut également pour certaines recommandations qui régissent des circonstances plus exceptionnelles, telles que l'existence d'un conflit d'intérêts<sup>4</sup> ou la conclusion de transactions entre la société et un membre du Directoire (ou une personne proche)<sup>5</sup>. Si on se contentait d'exiger une déclaration *a posteriori* sur le respect ou le non-respect de ces recommandations, l'objectif d'amélioration du gouvernement d'entreprise serait battu en brèches et deviendrait absurde<sup>6</sup>.

Pourtant, selon le Comité de droit commercial de l'Association allemande des avocats, seule une déclaration rétrospective peut être raisonnablement imposée aux sociétés concernées<sup>7</sup>. En effet, une déclaration prospective de conformité aurait pour effet de paralyser les adaptations éventuellement nécessaires dans la gestion future de la société. Imposer une telle déclaration ne serait donc pas, au final, dans l'intérêt des investisseurs. Par ailleurs, elle serait directement contraire à l'objectif de flexibilité explicitement formulé par le Code<sup>1</sup> et qui sous-tend également le dispositif issu de la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité.

Il nous semble que la controverse puisse être tranchée par un argument d'ordre textuel. Si l'on considère que le verbe « être » est conjugué dans le texte au présent, la précision qui en résulte que « les recommandations... *sont* respectées » n'apporte rien de plus par rapport à la formule précédente, selon laquelle « les recommandations... *ont été*... respectées ». En effet,

---

<sup>1</sup> Article 3.4 du Code.

<sup>2</sup> Article 5.2 du Code.

<sup>3</sup> Article 5.3 du Code.

<sup>4</sup> Articles 4.3.4 et 5.5 du Code.

<sup>5</sup> Article 4.3.4 du Code.

<sup>6</sup> Ulmer, *op. cit.*, p. 171.

<sup>7</sup> Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Stellungnahme zum TransPuG, ZIP 2002, p. 188.



cette dernière implique déjà que les recommandations du Code, qui font l'objet de la déclaration, ont été respectées jusqu'au moment où la déclaration est rendue: le passé inclut le présent. De surcroît, la formule employée par le texte semble vouloir marquer une opposition. Celle-ci ne se conçoit qu'entre le passé et le futur. Enfin, on ne voit pas l'intérêt d'imposer spécialement à une société de déclarer qu'elle applique ou non les recommandations du Code au seul jour où la déclaration est rendue. En tout état de cause, pour interpréter une disposition légale ambiguë, il convient de se référer aux travaux parlementaires plutôt qu'aux opinions de la doctrine ou de la pratique.

Si l'on retient, sur le fondement de cette argumentation, l'exigence d'une déclaration prospective, celle-ci n'a pas forcément pour effet de paralyser la gestion future de la société. Il ressort en effet des travaux parlementaires qu'il s'agit d'une simple « *déclaration d'intention non obligatoire, qui peut être corrigée ou reprise à tout moment* »<sup>2</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse où les organes sociaux sont confrontés à des circonstances exceptionnelles en raison d'évolutions imprévisibles au jour de la déclaration et qui justifient de ne plus pouvoir respecter une recommandation du Code – contrairement à ce qui a été déclaré – une déclaration *ad hoc* pourra et devra être rendue, sous peine d'une éventuelle responsabilité<sup>3</sup>.

Les principales difficultés d'interprétation que soulève la rédaction du nouvel article 161 AktG ayant ainsi été traitées, il convient maintenant de s'interroger sur la possibilité de ne pas appliquer les recommandations du Code dans leur intégralité.

### C. Le rejet « en bloc » du Code ?

Finalement, on peut s'interroger sur la possibilité – au regard du nouvel article 161 AktG – d'un rejet « en bloc » des recommandations du Code par une société cotée. Cette question pourrait notamment se poser lorsqu'une société décide d'appliquer son propre code de gouvernement d'entreprise. Il faut admettre que la question est plutôt théorique, dans la mesure où il semble douteux, en pratique, que les sociétés cotées puissent se permettre de ne pas appliquer les recommandations du Code dans leur ensemble. Une telle attitude serait sans

---

<sup>1</sup> Préambule du Code.

<sup>2</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 224.

<sup>3</sup> Sur la question de la responsabilité voir *infra* Chapitre II.

doute très mal perçue par les actionnaires de la société, car elle aurait un effet négatif sur la valorisation de leurs actions.

Il va sans dire qu'un tel rejet du Code et son remplacement par une réglementation propre à l'entreprise seraient certainement contraires aux finalités poursuivies avec l'élaboration du Code et notamment celle d'informer les investisseurs tant nationaux qu'internationaux sur le gouvernement d'entreprise allemand. Mais la rédaction du nouvel article 161 AktG, qui impose dans ce cas de déclarer « *quelles* recommandations n'ont pas été ou ne sont/seront<sup>1</sup> pas appliquées », ne semble pas s'opposer à ce que le Directoire et le Conseil de surveillance d'une société cotée déclarent ne pas avoir appliqué et ne pas appliquer *toutes* les recommandations du Code<sup>2</sup>. Le rejet « en bloc » des recommandations du Code ne semble donc pas contraire à la loi.

Dans une telle hypothèse et si l'on considère que le non-respect d'une recommandation doit être motivé<sup>3</sup>, se pose la question de savoir si la dérogation doit être motivée pour chaque recommandation non respectée ou si, au contraire, une motivation globale est suffisante. Nous penchons en faveur de la deuxième alternative, dans la mesure où la première serait impraticable. Concrètement, le Directoire et le Conseil de surveillance devraient pouvoir se contenter d'exposer de façon générale les avantages que présente le système ou le code de gouvernement d'entreprise propre à la société, par rapport au Code élaboré par la Commission gouvernementale.

Après avoir présenté le nouveau dispositif de gouvernement d'entreprise et tenté d'apporter des éléments de réponse aux principales interrogations relatives à son application, il faut se pencher sur la question de la sanction de sa non-application.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* B.

<sup>2</sup> En ce sens: Hopt, *Aktienrecht für globale Kapitalmärkte*, 2002, p. 50.

<sup>3</sup> Voir *supra* A.

## **CHAPITRE II LA NON - APPLICATION DU NOUVEAU DISPOSITIF: LES SANCTIONS POSSIBLES**

Les dispositions du Code qui vont au-delà de la législation en vigueur ne sont pas, *a priori*, juridiquement obligatoires. Cela veut-il forcément dire qu'elles sont dépourvues de toute valeur juridique et que leur non-respect ne peut pas être sanctionné ? Quant à la déclaration de conformité prévue par le nouvel article 161 AktG, issu de la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, celle-ci constitue une obligation légale d'information supplémentaire pour les sociétés cotées. Mais le nouveau texte ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de l'obligation qu'il édicte. Cela conduit à s'interroger sur les différents fondements juridiques possibles pour sanctionner sa violation.

La majorité des dispositions du Code ainsi que l'obligation légale de rendre une déclaration de conformité, de même que celle de mentionner en annexe des comptes annuels que la déclaration a été rendue, s'adressent au Directoire et/ou au Conseil de surveillance des sociétés cotées. Il convient donc de s'interroger dans quelle mesure les membres du Directoire et du Conseil de surveillance engagent leur responsabilité en cas de non-respect. A cet égard, il faut opérer une distinction entre la responsabilité « interne » vis-à-vis de la société elle-même (Section 1), et la responsabilité « externe » vis-à-vis des tiers (Section 2). La question, particulièrement complexe, de la responsabilité de la société à l'égard de ses actionnaires et créanciers ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude.

### **SECTION 1 LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DU CONSEIL DE SURVEILLANCE A L'EGARD DE LA SOCIETE**

En vertu de l'article 93 alinéa 2 AktG, les membres du Directoire qui contreviennent à leurs obligations sont solidairement tenus envers la société de réparer le dommage qui en résulte. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont donc au nombre de trois: une faute commise par un membre du Directoire (le non-respect d'une obligation)<sup>1</sup>, un préjudice subi

---

<sup>1</sup> La négligence suffit: Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 253.

par la société<sup>1</sup> et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. En outre, l'alinéa 1 du même article impose aux membres du Directoire l'obligation de diriger la société avec la diligence d'un « gérant sérieux et consciencieux » (*ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter*). La doctrine en déduit que l'article 93 alinéa 1 AktG impose aux membres du Directoire une obligation générale d'agir avec soin et diligence ou, autrement dit, en bon père de famille (*Sorgfaltspflicht*<sup>2</sup>)<sup>1</sup>. Une obligation et une responsabilité analogues sont prévues par l'article 116 AktG, qui renvoie à l'article 93 AktG, pour les membres du Conseil de surveillance.

La responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance à l'égard de la société peut alors se concevoir dans deux hypothèses: d'une part, en cas de non-respect des dispositions du Code (A) et, d'autre part en cas de violation du nouvel article 161 AktG (B).

## **A. Le non-respect des dispositions du Code**

L'examen de la responsabilité des membres des organes sociaux pour non-respect de leur obligation générale de diligence qui leur incombe en vertu des articles 93 et 116 AktG, implique d'opérer une distinction entre les dispositions du Code qui ne font que reprendre des dispositions légales (1) et celles qui vont au-delà de la législation en vigueur (2).

### **1. Le non-respect des dispositions « déclaratives » du Code**

Les dispositions « déclaratives » contenues dans le Code, c'est-à-dire celles qui ne font que reprendre des dispositions légales en vigueur, ne soulèvent pas de difficultés. En effet, il ne fait aucun doute qu'elles font partie – indépendamment du Code – des obligations que doivent respecter les membres des organes sociaux. A ce titre leur non-respect constitue, dans tous les cas, une violation de l'obligation de diligence au sens des articles 93 et 116 AktG et la responsabilité est encourue. Bien entendu, il importe peu que le non-respect d'une telle disposition ait été déclaré ou non.

---

<sup>1</sup> La doctrine est partagée sur la question de savoir en quoi peut consister le préjudice social: par exemple Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 262 ss. et Hüffer, *op. cit.*, § 93 n° 15 n'ont pas la même conception que Mertens, *op. cit.*, § 93 n° 23. Dans tous les cas, une diminution du patrimoine social est requise.

<sup>2</sup> *Sorgfaltspflicht* = obligation d'agir avec soin et diligence, obligation d'agir en bon père de famille: Doucet/Fleck, Dictionnaire Allemand Français, T. 2, 5<sup>ème</sup> Edition, Litec, 1994.

La question de savoir si les dispositions du Code qui vont au-delà de la législation en vigueur, c'est-à-dire les recommandations et les suggestions, font ou non partie des obligations que doivent respecter les membres des organes sociaux au titre de leur obligation de diligence, est en revanche plus complexe.

## **2. Le non-respect des recommandations et suggestions du Code**

Pour ce qui est des recommandations et des suggestions contenues dans le Code, la difficulté est double : d'une part, il ne s'agit pas de dispositions légales. D'autre part, ces dispositions sont « facultatives » dans la mesure où les sociétés peuvent, mais ne sont pas obligées de s'y soumettre. Il faut donc envisager deux cas de figure: celui où la société adopte les recommandations et suggestions du Code (a) et celui où elle ne s'y soumet pas (b).

### **a) La société adopte les recommandations et suggestions du Code**

L'adoption par une société des recommandations et suggestions du Code peut se réaliser de différentes manières: la société peut reprendre les dispositions du Code dans ses statuts, dans son règlement intérieur ou encore dans les mandats sociaux, ainsi que dans les contrats de travail.

Il va de soi que si une société reprend ainsi des recommandations ou suggestions du Code dans ses statuts, dans son règlement intérieur ou dans un mandat social, les dispositions ainsi reprises acquièrent force obligatoire et font alors partie des obligations que doivent observer les organes sociaux. Dès lors, leur non-respect engagerait la responsabilité de leurs membres sur le fondement de l'article 93 alinéa 2 AktG (pour les membres du Directoire) ou de l'article 116 AktG (pour les membres du Conseil de surveillance) qui renvoie à l'article 93 AktG.

Mais *quid* lorsque les recommandations et suggestions du Code ne sont pas reprises dans les statuts, dans le règlement intérieur ou dans un mandat social ?

### **b) La société n'adopte pas les recommandations et suggestions du Code**

---

<sup>1</sup> Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 78.

Lorsque la société n'a pas repris les recommandations et suggestions du Code dans ses statuts, dans son règlement intérieur ou dans un mandat social, ces dispositions ne constituent pas, *a priori*, des obligations au sens de l'article 93 alinéa 2 AktG qui s'imposent aux organes sociaux. Par conséquent, la responsabilité de leurs membres ne devrait pas pouvoir être engagée en cas de non-respect.

Cependant, bien que les recommandations et suggestions du Code ne constituent pas des obligations au sens de l'alinéa 2 de l'article 93 AktG, on peut se demander si les règles de conduite qu'elles posent ne correspondent pas à la « diligence d'un gérant sérieux et consciencieux » (*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*) au sens de l'alinéa 1 du même article. En effet, les membres du Directoire (article 93 alinéa 1 AktG) et les membres du Conseil de surveillance (article 116 AktG qui renvoie à l'article 93 alinéa 1 AktG) sont tenus de diriger et de surveiller la société conformément à ce « standard juridique », c'est-à-dire d'adopter le même comportement qu'aurait eu un « gérant sérieux et consciencieux » placé dans la même situation.

La notion de « diligence d'un gérant sérieux et consciencieux » ne peut pas être définie de manière absolue. Le contenu et la portée de ce concept dépendront de la nature de l'activité, de la taille de l'entreprise et, d'une manière générale, des circonstances de l'espèce<sup>1</sup>: le contenu de l'obligation générale de diligence au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG doit donc être déterminé *in concreto*. Ceci correspond d'ailleurs à la manière dont la jurisprudence trace les contours de l'obligation de diligence en d'autres matières: elle prend notamment en compte la nature spécifique des actes en question, les usages en vigueur dans la branche considérée et la situation particulière dans laquelle se trouvent les personnes concernées<sup>2</sup>. La diligence requise d'un gérant ou d'un Conseil de surveillance sérieux et consciencieux constitue donc un contenant juridique dont le contenu devra être déterminé au cas par cas.

Dès lors, on peut tout d'abord se demander si les recommandations et suggestions du Code peuvent être qualifiées d'usage (aa). A ce titre, ces dispositions feraient alors partie des règles que doit observer un « gérant sérieux et consciencieux ». Ensuite, dans la mesure où les recommandations et suggestions contenues dans le Code ont pour objet de poser la « meilleure conduite » (*best practice*) qui devrait être suivie par le Directoire et le Conseil de

---

<sup>1</sup> Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 78.

<sup>2</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, 60<sup>ème</sup> Edition, 2001, § 276 n° 16.

surveillance dans l'exercice de leurs attributions respectives, on peut se poser la question de savoir si le non-respect de ces règles constitue une violation de l'obligation générale d'agir avec soin et diligence (*Sorgfaltspflicht*) au sens des articles 93 et 116 AktG (bb).

**aa) Les recommandations et suggestions du Code constituent-elles des usages ?**

Au regard de l'obligation générale qui incombe au Directoire et au Conseil de surveillance d'agir avec soin et diligence, la question de savoir si les recommandations et suggestions du Code peuvent être qualifiées d'usage se pose principalement à l'égard des dispositions qui ont directement pour objet d'améliorer la direction et la surveillance de la société. Il s'agit, notamment, des recommandations relatives aux obligations d'information et de compte rendu du Directoire<sup>1</sup>, aux conflits d'intérêts<sup>2</sup>, à la création de comités<sup>3</sup> et à la vérification des comptes annuels<sup>4</sup>.

Pour pouvoir être qualifiée d'usage au sens de l'article 346 HGB (*Handelsbrauch*), c'est-à-dire comme « source de droit complétant la loi dans les relations entre commerçants », une règle doit cumulativement réunir trois conditions: tout d'abord, elle doit avoir été créée par des commerçants. Le Code ayant été établi par une Commission exclusivement composée de praticiens, cette condition est remplie. Ensuite, la règle doit être communément acceptée. En vertu de son préambule, le Code « *inclut des normes internationales et nationales reconnues de bonne conduite et de gestion responsable des entreprises* ». Ceci correspond d'ailleurs à la mission qui a été initialement confiée à la Commission gouvernementale de regrouper, sous forme de recommandations, les « règles de meilleure conduite » (*best practice standards*) communément acceptées<sup>5</sup>. Par conséquent, cette deuxième condition semble également remplie, du moins pour les recommandations. Enfin, la règle doit avoir été effectivement suivie « de longue date » (*langjährig*)<sup>6</sup>. C'est cette dernière condition qui fait obstacle à la qualification des recommandations et suggestions du Code comme usage au sens de l'article 346 HGB. En premier lieu, le Code a vu le jour il y a à peine un an<sup>7</sup>. En deuxième lieu, le fait que les recommandations et suggestions du Code sont communément reconnues et acceptées

---

<sup>1</sup> Articles 3.4 et 5.2 alinéa 3 du Code.

<sup>2</sup> Articles 4.3.4, 4.3.5, 5.5.2 et 5.5.3 du Code.

<sup>3</sup> Articles 5.3.1 et 5.3.2 du Code.

<sup>4</sup> Articles 7.2.1 et 7.2.3 du Code.

<sup>5</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 225.

<sup>6</sup> Palandt/Heinrichs, *op. cit.*, § 133 n° 21.

<sup>7</sup> Le Code a été publié au Journal Officiel électronique le 30 août 2002.

comme normes de « meilleure conduite » (*best practice*) ne veut pas pour autant dire qu'elles sont communément et effectivement suivies. En dernier lieu, le Code n'aurait vraisemblablement pas été élaboré si les dispositions qu'il contient ne font que reprendre des règles communément acceptées et effectivement suivies par tous les acteurs de la vie économique<sup>1</sup>. Or, ce sont précisément les défaillances du système allemand de gouvernement d'entreprise qui sont à l'origine de l'élaboration du Code<sup>2</sup>.

Par conséquent, la qualification d'usage ne peut, pour l'instant du moins, être retenue. Rien ne s'oppose en revanche à ce que les recommandations et suggestions du Code soient érigées en usage dans l'avenir, du fait qu'elles seront effectivement suivies durant un laps de temps significatif. A cet égard, l'obligation de publier chaque année une déclaration de conformité, imposée par le nouvel article 161 AktG, favorisera certainement une telle évolution. Pour l'instant, il faut donc poursuivre l'analyse et se demander si les recommandations et suggestions du Code posent des règles de conduite que les membres des organes sociaux sont tenus de suivre au titre de leur obligation générale de diligence.

**bb) Les recommandations et suggestions du Code posent-elles des règles de conduite devant être respectées au titre de l'obligation de diligence ?**

La question de savoir si les recommandations et suggestions du Code posent des règles de conduite devant être respectées par les membres des organes sociaux au titre de leur obligation générale d'agir avec soin et diligence, concerne en particulier les recommandations du Code qui ont directement pour objet ou pour effet d'améliorer la direction ou la surveillance de la société. Il s'agit, notamment, de celles prévoyant l'accord du Conseil de surveillance pour l'exercice, par un membre du Directoire, d'une activité extérieure<sup>3</sup>, ainsi que celles relatives à la révélation de conflits d'intérêts par les membres du Directoire ou du Conseil de surveillance<sup>4</sup>. Il en va de même des recommandations qui ont pour objet d'assurer l'exactitude et la sincérité des comptes annuels, notamment par le biais d'une déclaration d'impartialité du Commissaire aux comptes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En effet, le Code serait privé d'une grande partie de son intérêt, puisqu'il aurait alors pour seul objet l'information des investisseurs étrangers.

<sup>2</sup> Voir *supra* Introduction.

<sup>3</sup> Article 4.3.5 du Code.

<sup>4</sup> Articles 4.3.4, 5.5.2 et 5.5.3 du Code.



La possibilité pour les tribunaux de se référer à des normes d'origine privée, établies par des milieux professionnels, pour la détermination du contenu d'une obligation de diligence, n'est pas inconnue en droit allemand<sup>2</sup>. L'exemple le plus connu sont certainement les normes industrielles « DIN », établis par le Comité de Normalisation de l'Economie Allemande<sup>3</sup>, auxquelles les tribunaux se réfèrent pour apprécier le caractère défectueux d'un produit et pour se prononcer sur la responsabilité du fabricant en cas de dommage causé à un utilisateur<sup>4</sup>. A cet égard il convient de relever que ces normes ne sont pas obligatoires, mais constituent de simples recommandations, facultatives pour les fabricants. De même, la jurisprudence a également tenu compte de directives émanant d'une fédération bancaire pour déterminer la portée de l'obligation de diligence en matière bancaire<sup>5</sup>.

Dès lors, cette jurisprudence pourrait être transposée aux règles d'autorégulation élaborées « par l'économie, pour l'économie »<sup>6</sup> contenues dans le Code. En effet, les dispositions du Code pourraient être considérées comme reflétant l'état actuel des règles en matière de direction et de contrôle des entreprises. Ce raisonnement par analogie est parfaitement concevable pour les recommandations du Code, qui ont précisément pour objet de poser des « normes » reconnues tant au plan national qu'international<sup>7</sup>. En revanche, il paraît exclu pour les suggestions du Code, puisqu'elles ne doivent pas encore être considérées comme règles communément acceptées de « meilleure conduite » (*best practice*)<sup>8</sup>.

S'agissant des recommandations, on pourrait même pousser le raisonnement encore plus loin. La jurisprudence a, en effet, considéré que certaines réglementations privées ne constituaient qu'un « standard minimum » (*Mindeststandard*) au regard d'une obligation de diligence<sup>9</sup>. Ainsi, les recommandations du Code pourraient également être considérées comme reflétant des normes plancher de bonne direction et de bonne surveillance d'une société. Ceci aurait pour conséquence que l'obligation de diligence serait violée de plein droit quand les recommandations du Code n'ont pas été suivies. Les tribunaux pourraient alors se contenter de constater leur non-respect et la responsabilité des membres des organes sociaux serait

---

<sup>1</sup> Articles 7.2.1 et 7.2.3 du Code.

<sup>2</sup> BGHZ 103, 338, 341; WM 1994, 750.

<sup>3</sup> Normenausschuss der Deutschen Wirtschaft.

<sup>4</sup> BGH NJW 1984, 801, 802; WM 1984, 81.

<sup>5</sup> OLG Augsburg, WM 1990, 1963 ss., NJW 1990, 2261.

<sup>6</sup> Déclaration de Cromme, consultable sur <http://www.corporate-governance-code.de>.

<sup>7</sup> Préambule du Code.

<sup>8</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 225.

<sup>9</sup> BGH WM 1984, 81 et NJW 1984, 801; OLG Augsburg WM 1990, 1963.

encourue *ipso jure*. Les juges ne retrouveraient leur pouvoir d'appréciation du contenu de l'obligation de diligence qu'au-delà des recommandations formulées par le Code.

Cependant, plusieurs arguments peuvent faire obstacle à une telle analyse. D'une part, le contenu de l'obligation générale de diligence, au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG, doit s'apprécier au regard de la diligence qu'auraient eus un gérant ou un Conseil de surveillance « sérieux et consciencieux ». La question est donc de savoir dans quelle mesure les recommandations du Code prescrivent un comportement qui correspond à cette notion. Mais le concept de « diligence d'un gérant sérieux et consciencieux » au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG ne saurait être défini *in abstracto* et de manière absolue. Au contraire, le degré de diligence exigé dépendra de la nature de l'activité de la société, de sa taille et des circonstances de l'espèce<sup>1</sup>. Le contenu de l'obligation de diligence devra donc être déterminé *in concreto* et au cas par cas. Cette approche jurisprudentielle semble donc incompatible avec une définition rigide et générale du contenu de l'obligation de diligence par les recommandations du Code. Ainsi, de deux choses l'une: le non-respect par les organes sociaux des recommandations du Code ne constitue pas *ipso jure* une violation de l'obligation générale de diligence au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG. Inversement, le respect par les organes sociaux des recommandations du Code ne saurait suffire, dans tous les cas, pour respecter l'obligation générale de diligence au sens de cet article.

D'autre part, le Code lui-même ainsi que les dispositions du nouvel article 161 AktG prévoient la possibilité pour une société de s'écarter des recommandations contenues dans le Code, à condition toutefois de le rendre public dans le cadre de la déclaration de conformité. Cette possibilité se justifie en ce qu'elle permet aux sociétés de tenir compte d'exigences spécifiques à leur secteur d'activité ou à la société elle-même<sup>2</sup>. Selon la Commission gouvernementale, le fait pour une société de s'écarter des prescriptions du Code ne constitue pas un vice dans le gouvernement d'entreprise d'une société, dès lors qu'il y a une justification valable<sup>3</sup>. Par conséquent, s'il existe des raisons objectives pour s'écarter des recommandations du Code, leur non-respect ne saurait constituer une violation de l'obligation générale de diligence. Il en résulte, *de facto* du moins<sup>4</sup>, la nécessité pour les organes sociaux

---

<sup>1</sup> Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 78.

<sup>2</sup> Préambule du Code.

<sup>3</sup> Déclaration de Cromme, consultable sur <http://www.corporate-governance-code.de>.

<sup>4</sup> Voir *supra* Chapitre I Section 1.

de motiver le non-respect des recommandations du Code, mais ceci correspond à l'objectif et à l'esprit du nouveau dispositif.

Par conséquent, la possibilité pour les tribunaux de considérer les recommandations du Code comme des « standards minima » de diligence exigé par l'article 93 alinéa 1 AktG nous semble, en principe du moins, exclue. De même, les recommandations du Code ne sauraient, d'une manière générale et absolue, constituer des règles que les membres des organes sociaux doivent respecter au titre de leur obligation générale de diligence. En revanche, rien ne s'oppose à ce que leur respect soit exigé par le juge, au titre de l'obligation générale de diligence, dans certaines circonstances particulières. Il appartiendra donc au juge de déterminer dans quels cas et dans quelle mesure les recommandations du Code doivent être respectées par les membres des organes sociaux au titre de l'article 93 alinéa 1 AktG.

La responsabilité des membres des organes sociaux à l'égard de la société en cas de non-respect des dispositions contenues dans le Code semble donc assez limitée et incertaine. *Quid* en cas de violation du nouvel article 161 AktG ?

## **B. La violation de l'article 161 AktG**

La question de la responsabilité des membres des organes sociaux à l'égard de la société pour violation du nouvel article 161 AktG est susceptible de se poser dans deux hypothèses: en cas d'absence totale de déclaration (1) et en cas de fausse déclaration (2).

### **1. Absence totale de déclaration de conformité**

Le fait pour le Directoire et le Conseil de surveillance de ne pas rendre la déclaration de conformité prévue par le nouvel article 161 AktG constitue, dans tous les cas, une violation de l'article 93 alinéa 2 AktG. En effet, les membres des organes sociaux contreviennent alors à une obligation qui leur incombe en vertu de la loi. A cet égard, il importe peu que les organes sociaux contreviennent également ou non à leur obligation générale de diligence au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG en ne respectant pas les dispositions du Code. Cependant, il pourra en être tenu compte pour déterminer l'étendue de la violation ainsi que l'ampleur du préjudice subi par la société.

En va-t-il de même dans l'hypothèse où une déclaration de conformité a été rendue, mais qu'elle s'avère inexacte ?

## 2. Fausse déclaration de conformité

Le fait pour les membres des organes sociaux de rendre une fausse déclaration de conformité constitue également une violation de l'obligation imposée par l'article 161 AktG et donc de l'article 93 alinéa 2 AktG. En effet, l'article 161 AktG impose au Directoire et au Conseil de surveillance de déclarer quelles recommandations n'ont pas été et ne sont/seront<sup>1</sup> pas appliquées. Si les organes sociaux déclarent donc avoir respecté les recommandations du Code dans leur ensemble et qu'ils ne l'ont pas fait, ceci constitue une violation de l'obligation légale de déclarer les recommandations qui n'ont pas été appliquées<sup>2</sup>. Là encore, peu importe que les organes sociaux ont également violé ou non leur obligation générale de diligence au sens de l'article 93 alinéa 1 AktG en ne respectant pas les recommandations du Code.

La seule difficulté consiste donc à déterminer le préjudice subi par la société dans une telle hypothèse. Un préjudice social pourrait, par exemple, résulter du fait que la société soit tenue de réparer le dommage subi par des investisseurs qui, de par leur confiance dans l'exactitude de la déclaration de conformité, ont acquis ou conservés des titres de la société. Mais la question de savoir dans quelle mesure la responsabilité de la société peut être engagée en cas de fausse déclaration de conformité rendue par ses organes, restera ouverte<sup>3</sup>.

Après avoir ainsi analysé les cas de responsabilité interne des membres du Directoire et du Conseil de surveillance, il convient d'examiner les différentes hypothèses de responsabilité externe.

---

<sup>1</sup> Voir *supra* Chapitre I Section 1.

<sup>2</sup> Ulmer, ZHR 2002, p. 165.

<sup>3</sup> Il n'existe, bien entendu, pas encore de jurisprudence sur la question. Par ailleurs, un examen des différentes hypothèses de responsabilité de la société dépasserait, en raison de sa complexité, le cadre de cette étude.

## SECTION 2 LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DU DIRECTOIRE ET DU CONSEIL DE SURVEILLANCE A L'EGARD DES TIERS

La question est de savoir dans quelle mesure les membres du Directoire et du Conseil de surveillance engagent leur responsabilité personnelle à l'égard des tiers en cas de non-respect des dispositions du Code ou de l'article 161 AktG. Les tiers sont essentiellement les créanciers et les actionnaires de la société. Mais il peut également s'agir de sociétés concurrentes ou de salariés et même de personnes n'ayant dans un premier temps aucun lien avec la société, telles que des investisseurs potentiels<sup>1</sup>.

En ce qui concerne la responsabilité à l'égard des actionnaires, il convient de remarquer que celle-ci suppose l'existence d'un préjudice propre et distinct du préjudice subi par la société. En effet, les actionnaires ne peuvent faire valoir leur droit à réparation lorsque leur préjudice se confond avec le préjudice social dont il ne constitue que le reflet (*Reflexschaden*). Il en est ainsi notamment en cas de perte de valeur des titres, qui n'est que la conséquence de la perte de valeur de la société. Dans une telle hypothèse les actionnaires pourraient uniquement agir au nom et pour le compte de la société<sup>2</sup>. En revanche, lorsqu'un actionnaire subit un préjudice qui va au-delà du préjudice social ou lorsqu'il est seul à subir un préjudice, il peut faire valoir un droit à réparation propre<sup>3</sup>.

Pour analyser les différentes hypothèses de responsabilité externe, il convient de distinguer entre la responsabilité contractuelle (A) et la responsabilité délictuelle (B).

### A. La responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle des membres du Directoire ou du Conseil de surveillance ne se conçoit que dans l'hypothèse d'une fausse déclaration de conformité qui a, par exemple, conduit un investisseur à acquérir des titres de la société. La réalité d'une telle responsabilité sera d'abord envisagée au regard du droit commun (1). Ensuite se pose la question de savoir si la déclaration de conformité, dans la mesure où elle constitue un facteur déterminant dans une décision d'investissement, peut être qualifiée de prospectus (2).

---

<sup>1</sup> Thümmel, *Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten*, 2<sup>ème</sup> Edition, 1998, n° 17.

<sup>2</sup> Hopt, *op. cit.*, n° 487.

<sup>3</sup> Hopt, *op. cit.*, n° 488.

## 1. La responsabilité de droit commun (article 311 alinéa 2 BGB)

En droit allemand la sphère contractuelle et donc aussi la responsabilité contractuelle est beaucoup plus large qu'en droit français. Ainsi, en vertu de l'article 311 alinéa 2 BGB une créance de nature contractuelle peut résulter de l'engagement de pourparlers ou encore de simples relations d'affaires. La question est donc de savoir si le fait pour le Directoire et le Conseil de surveillance de rendre une déclaration de conformité peut créer un tel lien de droit entre les membres de ces organes et les destinataires de la déclaration. La jurisprudence exige pour cela l'existence d'un « intérêt économique propre particulier »<sup>1</sup> pour chacun des intéressés ou d'une « confiance personnelle particulière »<sup>2</sup> entre les intéressés<sup>3</sup>.

L'existence d'un « intérêt économique propre particulier » suppose que les personnes en cause agissent dans leur intérêt propre<sup>4</sup>. De surcroît, elles doivent agir directement dans leur propre intérêt et un intérêt simplement indirect n'est pas suffisant<sup>5</sup>. Or, l'intérêt d'un dirigeant dans la prospérité de son entreprise n'est qu'indirect<sup>6</sup>. De même, la perspective de recevoir une provision ou une rémunération ne constitue qu'un intérêt indirect<sup>7</sup>. Ainsi, lorsqu'ils rendent la déclaration de conformité, les membres du Directoire et du Conseil de surveillance ne poursuivent pas un tel « intérêt économique propre particulier ». Par conséquent, leur responsabilité personnelle ne pourra pas non plus être engagée sur le fondement de l'article 311 alinéa 2 BGB. Il en est ainsi peu importe que leur rémunération soit ou non fonction des résultats de la société, ou qu'ils disposent de *stocks options*.

L'existence d'une « confiance personnelle particulière » suppose quant à elle une confiance qui va au-delà de la confiance qui se crée normalement entre les négociateurs. Créée une telle confiance, celui qui garantit personnellement le sérieux et la loyauté des négociations<sup>8</sup>. Un dirigeant qui agit ès qualités ne fait naître en principe qu'une « confiance normale »<sup>9</sup>. De même, le seul fait pour les organes sociaux de se conformer à la loi en rendant la déclaration

---

<sup>1</sup> « Besonderes eigenes wirtschaftliches Interesse ».

<sup>2</sup> « Besonderes persönliches Vertrauen ».

<sup>3</sup> Palandt/Heinrichs, BGB, 60<sup>ème</sup> Edition, 2001, § 276 n° 93.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Palandt/Heinrichs, *op. cit.*, § 276 n° 97.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Palandt/Heinrichs, *op. cit.*, § 276 n° 95.

<sup>9</sup> *Ibid.*

de conformité ne saurait faire naître chez les destinataires une « confiance personnelle particulière ». Même lorsqu'ils déclarent se conformer à des recommandations du Code, qui vont au-delà du droit en vigueur, les organes sociaux ne donnent pas pour autant une garantie particulière de sérieux et de loyauté. Ainsi la déclaration de conformité, même lorsqu'elle est positive, ne crée pas chez les destinataires une « confiance personnelle particulière ».

Faute de lien contractuel suffisamment caractérisé, la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance ne peut être engagée sur le fondement du droit commun. Se pose alors une autre question: la déclaration de conformité, dans la mesure où elle détermine l'acquisition par un investisseur de titres d'une société, ne pourrait-elle pas être constitutive d'un prospectus ?

## **2. La responsabilité pour le contenu d'un prospectus (*Prospekthaftung*)**

Dans l'hypothèse où une fausse déclaration de conformité fait partie intégrante d'un prospectus d'émission de titres, la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance ne fait aucun doute. Mais la question se pose de savoir si la déclaration de conformité constitue en elle-même un prospectus, ce qui permettrait d'engager la responsabilité des membres des organes sociaux de manière indépendante en cas de fausse déclaration.

En droit allemand, il existe plusieurs régimes de responsabilité quant aux indications contenues dans un prospectus: un régime de droit commun (a) et des régimes de droit spécial (b).

### **a) Le droit commun (civil)**

Le Code civil allemand (BGB) ne contient aucune disposition quant à la responsabilité pour le contenu d'un prospectus. C'est la jurisprudence qui a créé un tel régime à propos des sociétés en commandite par actions faisant appel public à l'épargne (*Publikumskommanditgesellschaften*) et en matière de vente d'immeubles à construire: les créateurs de telles sociétés et les constructeurs sont responsables de l'exactitude et de l'exhaustivité des informations contenues dans leur prospectus publicitaire<sup>1</sup>. En ce qui

---

<sup>1</sup> Palandt/Heinrichs, *op. cit.*, § 276 n° 23 ss.

concerne le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise, se pose ainsi la question de savoir si cette jurisprudence ne pourrait pas trouver à s'appliquer dans l'hypothèse d'une fausse déclaration de conformité, notamment lorsque des recommandations du Code ne sont pas respectées, sans pour autant avoir fait l'objet d'une déclaration en ce sens. Cette question est controversée en doctrine<sup>1</sup>.

Tout d'abord, cela suppose que la déclaration de conformité puisse être qualifiée de prospectus au sens du droit commun. Pour la jurisprudence, constitue un tel prospectus « *toute déclaration écrite faite au marché, c'est-à-dire à un certain nombre de personnes, qui contient des indications déterminantes pour l'appréciation d'un investissement ou qui donne l'apparence de contenir de telles indications* »<sup>2</sup>. Cette définition comporte donc trois conditions: d'une part, la déclaration doit être faite au marché (condition *ratione personnae*). Cette condition est incontestablement remplie par la déclaration de conformité, dans la mesure où elle s'adresse à un certain nombre de personnes. D'autre part, la déclaration doit contenir des indications déterminantes pour l'appréciation d'un investissement ou donner l'apparence de contenir de telles indications (condition *ratione materiae*). Le respect par une société des recommandations du Code relatives à un bon gouvernement d'entreprise peut, nous semble-t-il, parfaitement être qualifié d'« indication déterminante pour l'appréciation d'un investissement ». Enfin, la déclaration doit être écrite. En vertu du nouvel article 161 AktG la déclaration de conformité doit être rendue accessible en permanence aux actionnaires. Selon les travaux parlementaires, elle devrait notamment être mise à la disposition des actionnaires sur le site Internet de la société<sup>3</sup>. A l'heure actuelle un prospectus électronique doit cependant être assimilé à un prospectus écrit<sup>4</sup>. Ainsi, il serait parfaitement concevable que la jurisprudence qualifie la déclaration de conformité comme constitutive d'un prospectus au sens du droit commun.

Dès lors, la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance peut-elle être engagée dans le cas d'une fausse déclaration de conformité ? Plusieurs arguments s'y opposent: tout d'abord, la jurisprudence n'applique la responsabilité de droit commun en matière de prospectus que dans les cas où aucune autre réglementation spéciale n'est

---

<sup>1</sup> Ulmer, ZHR 2002, p. 168 ss.; Berg/Stöcker, WM 2002, p. 1580 ss.

<sup>2</sup> Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2<sup>ème</sup> Edition, 1997, § 7 n° 57.

<sup>3</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 225.

<sup>4</sup> Hopt, *op. cit.*, p. 528.



applicable<sup>1</sup>. Le champ d'application de la responsabilité de droit commun est donc limité à l'émission ou à la cession de titres hors d'un marché réglementé<sup>2</sup>. Or, en vertu de l'article 161 AktG l'obligation de rendre une déclaration de conformité ne s'impose qu'aux « sociétés cotées en bourse » (*börsennotierte Gesellschaften*) et selon la définition donnée par l'article 3 alinéa 2 AktG, il s'agit précisément des « sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé et surveillé par des autorités reconnues par l'Etat ». Ainsi, pour les sociétés visées par l'article 161 AktG, il existe un dispositif de droit spécial en la matière prévu par les articles 43 et suivants de la loi sur la bourse (*Börsengesetz*): le droit commun n'a donc pas vocation à s'appliquer. On peut cependant opposer à cette argumentation que le dispositif de droit spécial ne vise que les publications liées à l'émission de nouveaux titres. Dans l'hypothèse d'une cession de titres déjà émis, le droit commun pourrait donc retrouver à s'appliquer.

Cependant, la jurisprudence n'a jamais encore appliqué la responsabilité « prospectuelle » de droit commun à l'égard de sous-acquéreurs<sup>3</sup>. Selon *Hopt*, la responsabilité de droit commun en matière de prospectus viserait principalement le marché primaire<sup>4</sup>. Il ne semble pourtant pas complètement exclu qu'elle puisse également jouer sur le marché secondaire.

De même, la jurisprudence n'a jamais encore appliqué la responsabilité « prospectuelle » de droit commun à des publications qui, dans le cadre de l'émission de nouveaux titres, sont faites en marge de celles exigées par la loi, ainsi qu'à d'autres publications obligatoires indépendantes de l'émission de titres<sup>5</sup>. En effet, ce qui justifie l'application de la responsabilité « prospectuelle », c'est le fait que le prospectus constitue non pas la source exclusive, mais du moins la source principale d'information des investisseurs<sup>6</sup>. Or, tel n'est pas le cas de la déclaration de conformité. Celle-ci permet simplement à un investisseur de se faire une idée sur la direction et le contrôle d'une société donnée, mais cette information est loin d'être suffisante pour apprécier la qualité et l'opportunité d'un investissement. La qualité du gouvernement d'entreprise d'une société est certainement un facteur déterminant pour un investisseur, mais ce n'est sans doute pas le facteur principal. Mais, en réalité, tout dépend des

---

<sup>1</sup> *Hopt, op. cit.*, p. 527.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Berg/Stöcker, op. cit.*, p. 1580.

<sup>4</sup> *Hopt, op. cit.*, p. 525.

<sup>5</sup> BGH WM 1982, 867 et plus récemment LG München WM 2001, 1948 de même que LG Augsburg WM 2001, 1944; *Berg/Stöcker, op. cit.*, p. 1581.

<sup>6</sup> *Assmann, op. cit.*, § 7 n° 97.

circonstances: lorsque, par exemple, un investisseur opère un choix entre deux sociétés qui présentent des conditions financières et économiques analogues (notamment en matière de risques), la qualité du gouvernement d'entreprise et donc la déclaration de conformité pourra devenir le facteur principal de sa décision. Il nous semble cependant qu'il faut raisonner *in abstracto* et que, par conséquent, la déclaration de conformité ne constitue pas la source principale d'information d'un investisseur, dans la mesure où elle ne permet pas d'évaluer les performances futures d'une société donnée. Pour cela, bien d'autres informations sont nécessaires et notamment toutes celles qui sont exigées par la loi dans le cadre d'un prospectus d'émission.

De surcroît, la jurisprudence applique la responsabilité « prospectuelle » de droit commun lorsqu'un investissement (peu importe sa forme) est *mis sur le marché*. Selon Assmann le fondement de cette jurisprudence est d'assurer l'exactitude et l'exhaustivité d'un prospectus qui vise à promouvoir un investissement sous la forme d'une *publicité*. L'objectif de la publication est donc de promouvoir la vente d'un investissement auprès des investisseurs<sup>1</sup>. Or, la déclaration de conformité n'a pas, du moins pas directement, un objectif publicitaire. D'une part, s'agissant d'une obligation légale, le contexte dans lequel elle est rendue n'est pas une situation de vente ou de publicité. D'autre part, la déclaration de conformité a essentiellement pour objet d'informer le marché et les investisseurs<sup>2</sup> et non de les animer à effectuer un investissement. Même si la déclaration de conformité peut avoir un tel effet, ce n'est pas – nous semble-t-il – son objet. Cette distinction vaut d'ailleurs également pour toutes sortes de communications faites au marché. Or, la jurisprudence n'a jamais encore appliqué la responsabilité « prospectuelle » de droit commun en cas de fausses indications dans les comptes annuels ou dans des communiqués *ad hoc*<sup>3</sup>. Un revirement est peu probable dans la mesure où la moindre erreur dans un communiqué serait alors systématiquement sanctionnée par la responsabilité « prospectuelle » de droit commun de l'émetteur de l'information, puisque celle-ci trouve à s'appliquer en cas de faute simple (*leichte Fahrlässigkeit*).

Enfin, le fait que l'article 161 AktG ne prévoit aucune responsabilité particulière en cas de fausse déclaration, conduit certains auteurs à penser qu'une responsabilité des membres du

---

<sup>1</sup> Assmann, *op. cit.*, § 7 n° 3.

<sup>2</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 224.

<sup>3</sup> Récemment LG München WM 2001, 1948 et LG Augsburg WM 2001, 1944; Berg/Stöcker, *op. cit.*, p. 1581.

Directoire et du Conseil de surveillance n'a pas été voulue par le législateur<sup>1</sup>, notamment parce que la Commission « Krupp » avait formulé une proposition en ce sens<sup>2</sup>.

Ainsi, de nombreux arguments militent contre la responsabilité « prospectuelle » de droit commun des membres du Directoire et du Conseil de surveillance. Il reste donc à envisager leur éventuelle responsabilité en droit spécial.

## **b) Le droit spécial**

Le droit spécial de la responsabilité en matière de prospectus recouvre les articles 43 et suivants BörsG, 54 BörsG, 20 KAGG, 12 AuslInvestmG et 13 VerkProspG<sup>3</sup>. Dans tous ces régimes, la responsabilité peut être engagée en cas de fausse information ou d'information incomplète contenue dans un prospectus. Par ailleurs, chaque dispositif définit de manière précise ce qu'il faut entendre par « prospectus » tant au niveau du contenu que sur le plan formel<sup>1</sup>. Ne remplissant pas les conditions posées par ces différentes lois spéciales pour être qualifiée de prospectus, une fausse déclaration de conformité ne pourra engager la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance que dans l'hypothèse où elle est rendue dans le cadre d'un prospectus qui répond à ces critères.

Ainsi, de deux choses l'une: une fausse déclaration de conformité publiée sur le site Internet de la société ou faisant partie de son rapport annuel n'engage pas, en droit spécial, la responsabilité des membres des organes sociaux. De même, si une fausse déclaration de conformité est reprise dans un prospectus au sens des dispositions de droit spécial, c'est en principe l'*émetteur* du prospectus, c'est-à-dire la société, qui est responsable. Il n'en va autrement que lorsque les membres du Directoire et du Conseil de surveillance auraient spécialement et personnellement garanti l'exactitude des informations contenues dans le prospectus.

La responsabilité contractuelle n'est donc pas le terrain privilégié pour sanctionner la violation du nouveau dispositif par les membres du Directoire et du Conseil de surveillance. Ceci nous conduit à envisager les différentes hypothèses de responsabilité délictuelle.

---

<sup>1</sup> Notamment Seibt, AG 2002, p. 257.

<sup>2</sup> Rapport de la Commission Krupp, *op. cit.*, n° 186.

<sup>3</sup> Hopt, *op. cit.*, p. 525.

## **B. La responsabilité délictuelle**

Pour engager la responsabilité délictuelle des membres du Directoire et du Conseil de surveillance en cas de non-respect des dispositions du Code ou dans l'hypothèse d'une violation de l'article 161 AktG, deux fondements juridiques sont concevables: l'article 823 alinéa 1 BGB (1) et l'article 823 alinéa 2 BGB (2).

### **1. La responsabilité au sens de l'article 823 alinéa 1 BGB**

L'article 823 BGB dispose dans son premier alinéa: « *Celui qui, intentionnellement ou par négligence, porte illicitement atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, a l'obligation de réparer à autrui le dommage qui en résulte.* »<sup>2</sup>. Les droits attachés à la qualité d'actionnaire d'une société de capitaux sont des droits protégés au sens de l'article 823 alinéa 1 BGB<sup>3</sup>. Pour pouvoir engager la responsabilité des membres des organes sociaux sur le fondement de cet article, la question se pose donc de savoir si le non respect des dispositions du Code ou la violation de l'article 161 AktG peut constituer une atteinte aux droits des actionnaires.

La doctrine est partagée sur le point de savoir dans quelle mesure les actionnaires peuvent prétendre à la réparation de leur préjudice pour atteinte à leurs droits, lorsque les organes sociaux ne respectent pas leurs obligations. Selon l'opinion majoritaire, la simple perte de valeur des droits, n'est pas un préjudice réparable sur le fondement de l'article 823 alinéa 1 BGB. Un actionnaire ne pourrait obtenir réparation que dans l'hypothèse où le comportement d'un organe social porte atteinte au contenu légal ou à l'essence même de ses droits<sup>4</sup>. Selon *Wiesner* l'article 823 alinéa 1 BGB ne doit pas conduire à conférer aux actionnaires un droit au comportement légal des membres des organes sociaux<sup>5</sup>. La doctrine minoritaire pense, au contraire, que la protection légale des droits des actionnaires, notamment ceux des actionnaires minoritaires, est insuffisante<sup>1</sup>. Par conséquent, il conviendrait d'admettre le droit à réparation des actionnaires toutes les fois où le comportement illégal des membres des

---

<sup>1</sup> Articles 36 alinéa 3, 38 et 73 alinéa 1 BörsG; art. 1 VerkProspG; art. 3 KAGG; art. 19 AuslInvestmG.

<sup>2</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>3</sup> Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 470.

<sup>4</sup> Hopt, *op. cit.*, § 93 n° 470 ss.

<sup>5</sup> Wiesner, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Tome 4, 1999, § 26 n° 29.

organes sociaux porte atteinte à la substance de leurs droits, à condition toutefois que leur préjudice ne se confond pas avec le préjudice social<sup>2</sup>. Selon cette opinion, la « substance » des droits d'un actionnaire englobe non seulement les droits légaux, mais également ceux contenus dans les statuts.

Ainsi, le non-respect par les organes sociaux d'une disposition « déclarative »<sup>3</sup> du Code constituera une atteinte à ces droits, dans la mesure où le non respect de la disposition légale qu'elle reprend constituait déjà une atteinte aux droits des actionnaires avant le Code<sup>4</sup>. En cas de non-respect d'une recommandation ou d'une suggestion du Code, il convient de distinguer: en principe, leur non-respect ne saurait constituer une atteinte aux droits des actionnaires puisque les organes sociaux sont libres de les appliquer ou non. Mais, il peut en être autrement lorsque les recommandations ou les suggestions sont reprises dans les statuts: selon la doctrine majoritaire, il n'est pas dérogé au principe. Selon la doctrine minoritaire, en revanche, le non-respect pourrait alors être sanctionné sur le fondement de l'article 823 alinéa 1 BGB. Encore faut-il, nous semble-t-il, que les recommandations ou les suggestions violées confèrent spécifiquement un droit aux actionnaires<sup>5</sup>.

Quant à la violation de l'article 161 AktG, il nous semble qu'elle puisse être sanctionnée sur le fondement de l'article 823 alinéa 1 BGB. En effet, cette disposition est de nature légale et elle confère un droit d'information aux actionnaires. D'une part, il résulte du texte lui-même que les destinataires de la déclaration de conformité sont avant tout les actionnaires puisque « *la déclaration doit être rendue accessible en permanence aux actionnaires* ». D'autre part, il résulte des travaux parlementaires que la déclaration de conformité a pour objet l'information des actionnaires<sup>6</sup>. Or, le droit d'information nous semble faire partie de la « substance » ou de « l'essence » des droits des actionnaires.

---

<sup>1</sup> Münchner Kommentar/Mertens, BGB, 3<sup>ème</sup> Edition, 1997, § 823 n° 152.

<sup>2</sup> Mertens, Kölner Kommentar zum AktG, 2<sup>ème</sup> Edition, 1988, § 93 n° 172.

<sup>3</sup> C'est-à-dire une disposition qui se contente de reprendre une disposition légale.

<sup>4</sup> Pour cette raison, cet aspect ne sera pas d'avantage traité.

<sup>5</sup> Ceci n'est donc concevable, à notre sens, que pour les recommandations du Code relatives à l'invitation à l'Assemblée générale et au vote par procuration (article 2.3 du Code) et celles qui concernent l'information des actionnaires (article 6.3 du Code) ainsi que pour la suggestion prévoyant la convocation d'une Assemblée générale extraordinaire dans le cas d'une offre publique (article 3.7 alinéa 3 du Code).

<sup>6</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 224.

Ainsi, il est parfaitement concevable que la responsabilité délictuelle des membres du Directoire et du Conseil de surveillance puisse être engagée sur le fondement de l'article 823 alinéa 1 BGB toutes les fois que ces organes ne rendent pas de déclaration de conformité, lorsqu'ils rendent une fausse déclaration ou encore lorsque la déclaration n'a pas été rendue accessible en permanence aux actionnaires et qu'il en résulte un préjudice pour ceux-ci. Il ne faut cependant pas s'arrêter là dans l'analyse: *quid* de la responsabilité au regard de l'article 823 alinéa 2 BGB ?

## **2. La responsabilité au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB**

Le deuxième alinéa de l'article 823 BGB dispose que: « *la même obligation<sup>1</sup> incombe à celui qui enfreint une loi ayant pour objet la protection d'autrui. Si en vertu des dispositions de la loi, une violation de celle-ci est possible sans faute, l'obligation à réparation n'existe qu'en cas de faute.* »<sup>2</sup>. Le concept de « loi de protection » (*Schutzgesetz*) prévu par cet article est une institution spécifique du Code civil allemand, inconnue en droit français. Il s'agit de « normes juridiques qui ont pour objet la protection d'autrui, en ce sens qu'elles protègent non seulement l'intérêt général mais aussi les intérêts particuliers d'une personne ou d'un groupe de personnes »<sup>3</sup>. Ainsi, alors même que les termes de l'article 823 alinéa 2 BGB font référence à une *loi* de protection (*Schutzgesetz*), une simple *norme juridique* – même d'origine privée – suffit pour mettre en œuvre la responsabilité délictuelle sur le fondement de cet article. Dès lors, et dans la perspective de pouvoir engager la responsabilité des membres du Directoire ou du Conseil de surveillance en cas de non-respect, la question se pose de savoir si, d'une part le Code (a) et, d'autre part le nouvel article 161 AktG (b) peuvent être qualifiés de « loi de protection » au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB.

### **a) Le Code**

Pour ce qui est du Code lui-même, sa finalité protectrice est évidente: ses prescriptions visent à protéger non seulement la société elle-même, mais surtout les actionnaires et les investisseurs. Pour autant, le Code n'est pas, s'agissant de ses dispositions qui vont au-delà de la législation en vigueur – c'est-à-dire les recommandations et les suggestions – obligatoire.

---

<sup>1</sup> Il s'agit de l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui, prévue par le premier alinéa de l'article 823 BGB.

<sup>2</sup> Traduction de l'auteur.

<sup>3</sup> Palandt/Thomas, BGB, 60<sup>ème</sup> Edition, § 823 n° 141.

La possibilité de s'en écarter est prévue par le Code lui-même. Or, pour être constitutif d'une norme au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB, celle-ci doit être obligatoire: dès lors qu'une réglementation prévoit elle-même la possibilité de s'en écarter, le caractère obligatoire fait défaut<sup>1</sup>. Par ailleurs, les réglementations servant d'orientation pour la détermination du contenu de l'obligation de diligence ne sont pas considérées comme normes au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB<sup>2</sup>.

Par conséquent, le non-respect des recommandations et des suggestions du Code ne saurait constituer une violation de celui-ci, puisqu'il s'agit précisément de dispositions « facultatives » auxquelles les sociétés se soumettent librement. Ainsi, même si l'on considère que le Code constitue une « loi de protection », le non-respect de ses recommandations et suggestions ne pourra engager la responsabilité des membres du Directoire ou du Conseil de surveillance sur le fondement de l'article 823 alinéa 2 BGB, dans la mesure où il n'y a pas *violation* de celle-ci.

Bien entendu, il peut en être autrement en cas de violation d'une disposition déclarative du Code, c'est-à-dire celles qui reprennent une disposition légale en vigueur. Dans ce cas, la violation est susceptible d'engager la responsabilité des membres du Directoire et/ou du Conseil de surveillance sur le fondement de l'article 823 alinéa 2 BGB, dans la mesure où la disposition violée constituait déjà une « loi de protection » avant l'élaboration du Code.

Puisque le non-respect des recommandations et suggestions du Code ne permet pas de mettre en œuvre la responsabilité de l'article 823 alinéa 2 BGB, il convient de se pencher sur la question de savoir si le nouvel article 161 AktG peut être qualifié de « loi de protection ».

## **b) L'article 161 AktG**

La question de savoir si le nouvel article 161 AktG, issu de la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, constitue une « loi de protection » est plus délicate. Elle est susceptible de se poser dans trois séries d'hypothèses: en cas d'absence totale de déclaration, en cas de fausse déclaration et enfin lorsque la déclaration n'aura pas été rendue accessible aux actionnaires de manière permanente.

---

<sup>1</sup> Ulmer, ZHR 2002, p. 168; Seibt, AG 2002, p. 256.

<sup>2</sup> Palandt/Thomas, *op. cit.*, § 823 n° 153.

Selon un auteur, il n'est pas exclu que la jurisprudence qualifie le nouvel article 161 AktG comme « loi de protection » au bénéfice des actionnaires<sup>1</sup>. En ce sens on peut avancer les arguments suivants: la déclaration de conformité a pour objet « d'appuyer » le Code<sup>2</sup>. De son côté, le Code vise à informer les investisseurs, notamment étrangers, sur les principes de direction et de contrôle dans une société allemande<sup>3</sup>, ce qui peut avoir un impact direct sur leur décision d'investissement<sup>4</sup>. Ainsi, il est possible d'identifier et de délimiter un cercle de personnes bénéficiant de la protection, ce qui est une condition nécessaire à la qualification de « loi de protection »<sup>5</sup>.

De plus, une « loi de protection » doit avoir pour objet de protéger un intérêt (*Rechtsgut*). A cet égard il faut préciser qu'une « loi de protection » au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB – contrairement à l'article 823 alinéa 1 BGB – peut avoir pour objet la protection d'un intérêt purement patrimonial<sup>6</sup>. Pour déterminer si le nouvel article 161 AktG vise à protéger un intérêt particulier, il faut se référer non seulement à la lettre du texte, mais aussi à son esprit, d'après les intentions du législateur lors de sa promulgation<sup>7</sup>. De surcroît, la jurisprudence exige l'intention du législateur de conférer un droit individuel à la réparation du dommage subi du fait de la violation<sup>8</sup>.

L'exposé des motifs sur la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité ne fait cependant pas ressortir que la déclaration de conformité aurait pour objet de protéger le patrimoine des investisseurs<sup>1</sup>. De plus, il ne semble pas que le législateur ait entendu créer un droit individuel à la réparation du dommage en cas de violation – délibérée ou par simple négligence – de l'article 161 AktG. D'une part, le texte de l'article 161 AktG ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de l'obligation d'information qu'il contient. D'autre part, la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance en cas de violation du nouvel article 161 AktG nous semble contraire à l'esprit qui gouverne le système général de responsabilité en matière d'obligations d'informations destinées au marché. Ainsi,

---

<sup>1</sup> Hopt dans Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer, *Corporate Governance*, 2002, p. 27.

<sup>2</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 224.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 161 AktG, p. 225.

<sup>5</sup> Berg/Stöcker, WM 2002, p. 1579.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Palandt/Thomas, *op. cit.*, § 823 n° 141.

<sup>8</sup> BGH WM 1976, 1086 et NJW 1976, 2129.



par exemple, le fait de publier – par négligence – des informations inexactes dans un bilan intermédiaire ou dans les comptes annuels de la société (ou encore dans les comptes consolidés du groupe), n’engage ni la responsabilité de la société, ni celle des membres de ses organes sociaux<sup>2</sup>. Il en va de même en matière de communiqués *ad hoc* destinés au marché, où il n’existe – mis à part la responsabilité délictuelle de droit commun de l’article 823 alinéa 1 BGB – ni un régime de responsabilité de droit spécial, ni une responsabilité sur le fondement de l’article 823 alinéa 2 BGB, en cas de fausses informations publiées par négligence (article 15 alinéa 6 WpHG)<sup>3</sup>. Il en résulte que la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance en cas de violation de l’article 161 AktG par négligence (notamment en cas de fausse déclaration de conformité) se concilierait mal avec le système général de responsabilité en la matière.

En revanche, une telle responsabilité pourrait se concevoir en cas de violation délibérée de l’article 161 AktG, dans la mesure où elle ne serait pas alors contraire à l’esprit du système général de responsabilité en matière d’obligations d’informations destinées au marché. Mais puisque l’article 823 alinéa 2 BGB ne distingue pas entre la violation intentionnelle et la violation par négligence d’une « loi de protection »<sup>4</sup>, il est difficilement concevable que la jurisprudence distingue là où la loi ne distingue pas, et applique l’article 823 alinéa 2 BGB uniquement dans l’hypothèse d’une violation intentionnelle de l’article 161 AktG.

Il faudra donc attendre la position qu’adoptera la jurisprudence sur la question de savoir si le nouvel article 161 AktG peut ou non être qualifié de « loi de protection » au sens de l’article 823 alinéa 2 BGB. Quoi qu’il en soit, on pourrait également aboutir au même résultat, c’est-à-dire à l’application de l’article 823 alinéa 2 BGB, si le non-respect de l’article 161 AktG serait *ipso jure* constitutif d’une violation d’une autre disposition légale qui – elle – constitue une « loi de protection » au sens de l’article 823 alinéa 2 BGB. Cette question se pose notamment au regard des articles 400 AktG et 331 HGB.

### **c) Violation des articles 400 AktG et 331 HGB ?**

---

<sup>1</sup> Seibt, AG 2002, p. 256.

<sup>2</sup> Berg/Stöcker, *op. cit.*, p. 1579.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Pour mettre en œuvre la responsabilité de l’article 823 alinéa 2 BGB, le texte exige une faute, ce qui recouvre à la fois la faute intentionnelle et la faute par négligence.

L'article 400 AktG constitue une « loi de protection » au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB au profit des actionnaires et des tiers<sup>1</sup>. En vertu de l'alinéa 1 (1) de cet article, le Directoire et le Conseil de surveillance engagent leur responsabilité en cas de fausse représentation intentionnelle de la situation générale et de l'état patrimonial de la société. La « situation générale de la société » (*Verhältnisse der Gesellschaft*) est une notion large qui peut englober toutes les circonstances relatives à la société, mêmes celles qui sont sans rapport avec sa situation patrimoniale. Ainsi, cette notion recouvre toute sorte d'informations permettant d'évaluer la situation actuelle de la société ainsi que ses perspectives d'évolution tant sur le plan économique que social<sup>2</sup>.

Par conséquent, la mesure dans laquelle une société respecte les recommandations du Code fait partie de la « situation générale de la société »<sup>3</sup>. Par conséquent, une fausse déclaration de conformité peut constituer une violation de l'article 400 alinéa 1 (1) AktG et pourrait ainsi engager la responsabilité des membres du Directoire ou du Conseil de surveillance sur le fondement de l'article 823 alinéa 2 BGB, à condition toutefois que l'élément intentionnel existe et puisse être prouvé. De surcroît, lorsque le dommage est subi par un actionnaire, celui-ci doit pouvoir établir un préjudice personnel distinct du préjudice subi par la société<sup>4</sup>.

Cependant, en vertu de l'article 400 alinéa 1 (1) AktG, la fausse représentation n'est sanctionnée que dans la mesure où n'existe pas déjà une violation de l'article 331 (1) HGB<sup>5</sup>. L'article 331 HGB constitue également une « loi de protection » au sens de l'article 823 alinéa 2 BGB, mais au seul profit des actionnaires<sup>6</sup>. Cet article a cependant un champ d'application plus restreint: il ne concerne que les fausses représentations de la situation de la société dans les comptes annuels et les comptes consolidés. Depuis la loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, les sociétés doivent indiquer dans l'annexe que la déclaration de conformité prévue par le nouvel article 161 AktG a été rendue et qu'elle a été rendue accessible aux actionnaires. Ceci résulte de la nouvelle rédaction des articles 285 (16) HGB pour les comptes annuels (*Jahresabschluss*) et 314 alinéa 1 (8) HGB pour les comptes consolidés (*Konzernabschluss*)<sup>7</sup>. Mais, d'après les travaux parlementaires, la déclaration de

---

<sup>1</sup> Hopt dans *Großkommentar zum AktG*, 4<sup>ème</sup> Edition, 1999, § 93 n° 479.

<sup>2</sup> Otto dans *Großkommentar zum AktG*, 4<sup>ème</sup> Edition, 1997, § 400 n° 29.

<sup>3</sup> Berg/Stöcker, *op. cit.*, p. 1579.

<sup>4</sup> Hüffer, *AktG*, 5<sup>ème</sup> Edition, 2002, § 93 n° 19.

<sup>5</sup> Berg/Stöcker, *op. cit.*, p. 1579.

<sup>6</sup> *Münchener Kommentar/Quedenfeld, HGB*, 2001, T. 4, § 331 n° 2.

<sup>7</sup> *TransPuG*, article 2 n° 1 b) et n° 11 a) cc), p. 2215.

conformité ne fait pas partie de l'annexe<sup>1</sup>. Ceci s'explique par le fait que la déclaration de conformité ne doit pas être reprise dans l'annexe, puisque la loi impose seulement d'y mentionner que la déclaration a été rendue et qu'elle a été rendue accessible aux actionnaires.

Il en résulte qu'une fausse déclaration de conformité ne permet pas d'engager la responsabilité des membres du Directoire ou du Conseil de surveillance sur le fondement de l'article 331 alinéa 1 (1) HGB, à partir du moment où il a été indiqué dans l'annexe qu'une déclaration a été rendue et qu'elle a été rendue accessible aux actionnaires. Dans cette hypothèse, la responsabilité sur le fondement de l'article 823 alinéa 2 BGB est alors possible par le biais de la violation de l'article 400 alinéa 1 (1) AktG.

Dans le cas où aucune déclaration de conformité n'a été rendue ou que celle-ci a été rendue mais qu'elle n'a pas été rendue accessible aux actionnaires, et qu'une indication contraire a été faite dans l'annexe, la responsabilité pourrait être engagée non plus sur le fondement de l'article 400 alinéa 1 (1) AktG, mais sur celui de l'article 331 alinéa 1 (1) HGB. La majorité de la doctrine considère cependant que la « situation » de la société au sens de l'article 331 alinéa 1 (1) HGB ne concerne que sa situation financière<sup>2</sup>, par opposition à l'article 400 alinéa 1 (1) AktG. Ainsi, la déclaration de conformité n'entrerait pas dans le champ d'application de l'article 331 alinéa 1 (1) HGB. Dès lors, même dans cette hypothèse, la responsabilité des membres du Directoire et du Conseil de surveillance pourrait être engagée sur le fondement de l'article 823 alinéa 2 BGB pour violation de l'article 400 alinéa 1 (1) AktG, puisque l'article 331 alinéa 1 (1) HGB ne trouve pas à s'appliquer.

---

<sup>1</sup> Exposé des motifs TransPuG sur l'article 2 n° 1 b) (article 285 n° 16 HGB), p. 228.

<sup>2</sup> Ihrig/Wagner, BB 2002, p. 792.

## CONCLUSION

La loi du 19 juillet 2002 sur la Transparence et la Publicité, en imposant de rendre une déclaration de conformité aux dispositions du Code allemand de Gouvernement d'Entreprise, a instauré un système original qui se situe à mi-chemin entre régulation et autorégulation. Ce système permet donc de concilier deux objectifs *a priori* antinomiques: celui d'améliorer les règles de direction et de contrôle des entreprises, sans pour autant porter atteinte à la nécessaire flexibilité dans leur gestion. Par ailleurs, et contrairement aux divers « codes de bonne conduite » qui existent dans d'autres Etats, le Code allemand de Gouvernement d'Entreprise n'a pas une valeur simplement symbolique, mais il s'inscrit dans un cadre juridique. A ce titre le modèle allemand de gouvernement d'entreprise peut être une source d'inspiration pour le futur Code Européen de Gouvernement d'Entreprise.

## **ANNEXES**

### **CODE ALLEMAND DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE**

#### **1. PREAMBULE**

Le présent Code allemand de Gouvernement d'Entreprise (le Code) présente les prescriptions légales majeures relatives à la gestion et au contrôle de sociétés allemandes cotées (gouvernement d'entreprise) et inclut des normes internationales et nationales reconnues de bonne conduite et de gestion responsable des entreprises. Le Code vise à rendre le système allemand de gouvernement d'entreprise transparent et intelligible. Son objectif est de promouvoir la confiance des investisseurs internationaux et nationaux, des clients, des salariés et du public dans la gestion et le contrôle de sociétés anonymes allemandes cotées.

Le Code explicite les droits des actionnaires, qui mettent à la disposition de la société les fonds propres dont elle a besoin et assument le risque entrepreneurial.

La législation prescrit un système d'administration dual pour les sociétés anonymes allemandes :

Le directoire dirige l'entreprise sous sa propre responsabilité. Les membres du directoire assument en commun la responsabilité de la gestion de l'entreprise. Le président du directoire coordonne les activités des membres du directoire.

Le conseil de surveillance nomme le directoire, il le conseille et surveille ses activités et est directement associé aux décisions revêtant une signification fondamentale pour l'entreprise. Le président du conseil de surveillance coordonne les activités au sein du conseil.

Les membres du conseil de surveillance sont élus par les actionnaires au cours de leur assemblée générale. Dans les entreprises employant plus de 500, respectivement 2000 personnes en Allemagne, les salariés sont également représentés au sein du conseil de surveillance ; le conseil de surveillance se compose alors pour un tiers, respectivement pour moitié de représentants élus par les salariés. Dans le cas des entreprises employant plus de 2000 personnes, le président du conseil de surveillance, qui est pratiquement toujours un représentant des actionnaires, dispose d'une deuxième voix décisive en matière de prises de décisions. Les représentants élus par les actionnaires et les représentants du personnel sont pareillement tenus à agir dans l'intérêt de l'entreprise.

Le système dual, à organes de direction et de contrôle distincts, qui s'est également établi dans d'autres pays continentaux en Europe, et le système répandu à l'échelle internationale de gestion par un organe unique, le conseil d'administration, sont en pratique en train de converger par suite de la collaboration intense entre le directoire et le conseil de surveillance ; ces deux systèmes sont pareillement efficaces et performants.

La comptabilité d'entreprises allemandes se base sur le principe de "true and fair view" et donne une image fidèle, sincère et actuelle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Au niveau du texte, les recommandations du Code sont caractérisées par l'emploi des verbes tels que "devoir/être tenu de" au futur. Les sociétés peuvent s'en écarter, elles sont toutefois alors tenues de le rendre public chaque année. Cela permet aux sociétés de tenir compte d'exigences spécifiques à leur secteur d'activité ou à leur entreprise. Le Code contribue ainsi à la flexibilisation et à l'autorégulation au niveau du régime juridique des entreprises allemandes. Le Code contient d'autre part des suggestions desquelles les entreprises pourront s'éloigner sans nécessité de publication ; le Code emploie à cet effet des verbes tels que "devoir" au conditionnel présent ou "pouvoir" au futur. Les autres passages du Code, non caractérisés par l'emploi de ces verbes et temps, concernent des prescriptions que les entreprises sont tenues d'observer en vertu de la législation en vigueur.

Les règles du Code ne concernant pas que la société elle-même, mais aussi les sociétés qu'elle contrôle, sont caractérisées par l'emploi du terme "entreprise" à la place de "société".

Le Code s'adresse en premier lieu aux sociétés cotées. L'observation du Code est aussi recommandée aux sociétés non cotées.

Le Code fera l'objet d'un réexamen et, le cas échéant, d'une adaptation en règle générale annuelle en regard des évolutions nationales et internationales.

## **2. ACTIONNAIRES ET ASSEMBLEE GENERALE**

### **2.1 Actionnaires**

2.1.1 Les actionnaires se prévalent de leurs droits à l'assemblée générale des actionnaires et y exercent leur droit de vote.

2.1.2 Par principe, chaque action donne droit à une voix. Les actions à droit de vote plural ou prioritaire ("actions en or" ou "golden shares") et les limitations des droits de vote n'existent pas.

### **2.2 Assemblée générale des actionnaires**

2.2.1 Le directoire soumet les comptes annuels et les comptes consolidés à l'Assemblée générale des actionnaires. L'assemblée décide de l'affectation des bénéfices, donne le quitus au directoire et au conseil de surveillance, élit les représentants des actionnaires au conseil de surveillance et désigne en règle générale le commissaire aux comptes.

L'assemblée générale se prononce de plus sur les statuts et l'objet de la société, sur les modifications des statuts et sur les mesures de gestion revêtant une signification essentielle pour la société, telles que, notamment, les accords interentreprises et les transformations juridiques, sur l'émission de nouvelles actions, d'obligations convertibles et de bons de souscription, ainsi que sur l'autorisation d'acquérir des actions propres.

2.2.2 En cas d'émission de nouvelles actions, les actionnaires ont, par principe, un droit préférentiel de souscription correspondant à leur participation dans le capital social.

2.2.3 Chaque actionnaire a le pouvoir de participer à l'Assemblée générale des actionnaires, d'y prendre la parole sur des points figurant à l'ordre du jour et de poser des questions et soumettre des propositions pertinentes.

2.2.4 Le président de l'Assemblée générale des actionnaires veille au déroulement dans un délai raisonnable de l'Assemblée générale des actionnaires.

### **2.3 Invitation à l'Assemblée générale, vote par procuration**

2.3.1 Le directoire est tenu de convoquer l'Assemblée générale des actionnaires au minimum une fois par an et d'en préciser l'ordre du jour. Les minorités d'actionnaires sont habilitées à demander la convocation d'une assemblée générale et l'extension de l'ordre du jour. Le directoire devra non seulement mettre à la disposition des actionnaires les rapports et les documents, y compris le rapport annuel, requis par la loi dans le cadre de l'Assemblée générale, et les leur communiquer sur demande, il devra aussi les publier, avec l'ordre du jour, sur le site Internet de la société.

2.3.2 La société devra communiquer à tous les prestataires de services financiers nationaux et étrangers, actionnaires et groupements d'actionnaires, qui en auront fait la demande au cours des douze mois précédents, sur demande également par courrier électronique, la convocation à l'Assemblée générale en y joignant les documents de la convocation.

2.3.3 La société devra faciliter aux actionnaires l'exercice personnel de leurs droits. La société devra aussi soutenir les actionnaires en matière de vote par procuration. Le directoire devra nommer un représentant chargé d'exercer les droits de vote des actionnaires suivant leurs instructions ; celui-ci devrait aussi pouvoir être joint au cours de l'Assemblée générale.

2.3.4 La société devrait permettre aux actionnaires de suivre l'Assemblée générale en faisant appel à des moyens de communication modernes (par ex. à l'Internet).

## **3. COOPERATION ENTRE LE DIRECTOIRE ET LE CONSEIL DE SURVEILLANCE**

3.1 Le directoire et le conseil de surveillance collaborent étroitement dans l'intérêt de l'entreprise.

3.2 Le directoire se concerta avec le conseil de surveillance sur l'orientation stratégique de l'entreprise et s'entretient à intervalles réguliers avec lui de l'état actuel de sa mise en œuvre.

3.3 Les opérations revêtant une signification fondamentale et exigeant une approbation préalable de la part du conseil de surveillance sont fixées dans les statuts ou par le conseil de surveillance. Parmi ces opérations on compte les décisions ou mesures modifiant de manière fondamentale le patrimoine, la situation financière ou les résultats de l'entreprise.

3.4 Le directoire et le conseil de surveillance veillent en commun à ce que le conseil de surveillance soit suffisamment informé.

Le directoire informe régulièrement, sans délai et de façon complète, le conseil de surveillance à propos de toutes les questions essentielles pour l'entreprise en termes de prévisions, d'évolution des affaires, de situation en matière de risques et de gestion des

risques. Il signale, en mentionnant les raisons qui y ont conduit, les écarts de l'évolution des affaires par rapport aux plans et objectifs fixés.

Le conseil de surveillance devra préciser les obligations d'information et de compte rendu de la part du directoire. Les rapports du directoire sont en règle générale à adresser sous forme de textes au conseil de surveillance. Les documents indispensables à la prise de décision, notamment les comptes annuels, les comptes consolidés et le rapport du commissaire aux comptes, sont à communiquer autant que possible en temps voulu au conseil de surveillance avant sa réunion.

3.5 Un bon gouvernement d'entreprise présuppose une discussion ouverte et franche entre le directoire et le conseil de surveillance ainsi qu'au sein du directoire et du conseil de surveillance. À cet effet, le strict respect de la confidentialité est d'une importance capitale.

Tous les membres du directoire et du conseil de surveillance s'assurent que les collaborateurs auxquels ils font appel respectent de la même manière cette obligation de confidentialité.

3.6 Dans les conseils de surveillance soumis au régime de la cogestion, les représentants des actionnaires et des salariés devraient préparer séparément les réunions du conseil de surveillance, éventuellement avec des membres du directoire.

Si nécessaire, le conseil de surveillance devrait se réunir sans le directoire.

3.7 En cas d'offre publique, le directoire et le conseil de surveillance de la société visée doivent émettre un avis justifié à propos de l'offre afin de permettre aux actionnaires de prendre leur décision en toute connaissance des faits.

Après l'annonce d'une offre publique, il est interdit au directoire, s'il n'y a pas été autorisé par l'Assemblée générale ou s'il n'a pas obtenu l'accord préalable du conseil de surveillance, d'effectuer en dehors des transactions commerciales courantes des actes qui pourraient s'opposer au succès de l'offre. Dans leurs prises de décisions, le directoire et le conseil de surveillance sont tenus d'agir dans le meilleur intérêt des actionnaires et de l'entreprise.

Dans certains cas opportuns, le directoire devrait convoquer une assemblée générale extraordinaire dans le cadre de laquelle les actionnaires délibéreront de l'offre publique et décideront éventuellement de mesures relevant du droit des sociétés.

3.8 Le directoire et le conseil de surveillance se conforment aux règles d'un gouvernement d'entreprise en bonne et due forme. S'ils manquent par leur propre faute à l'obligation d'agir avec soin et diligence incombant à un membre du directoire ou du conseil de surveillance prudent et consciencieux, ils sont tenus responsables du dommage qu'ils ont causé à la société.

Si la société contracte une assurance - responsabilité dirigeant pour les membres du directoire et du conseil de surveillance, une franchise adéquate devra être convenue.

3.9 L'octroi de prêts de l'entreprise aux membres du directoire et du conseil de surveillance ainsi qu'à leurs proches est soumis à l'accord du conseil de surveillance.



3.10 Le directoire et le conseil de surveillance devront présenter chaque année un rapport sur le gouvernement d'entreprise de l'entreprise dans le rapport annuel. Ceci inclut aussi la justification d'éventuelles dérogations aux recommandations du présent Code.

## **4. DIRECTOIRE**

### **4.1 Missions et responsabilités**

4.1.1 Le directoire gère les affaires de l'entreprise sous sa propre responsabilité. Il est dans ce cadre tenu d'agir dans l'intérêt de l'entreprise et dans le sens d'un accroissement de la valeur durable de l'entreprise.

4.1.2 Le directoire développe l'orientation stratégique de l'entreprise, se concerta à son propos avec le conseil de surveillance et veille à sa mise en œuvre.

4.1.3 Le directoire est tenu de veiller à l'observation des dispositions légales et œuvre à leur respect par les entreprises du groupe.

4.1.4 Le directoire s'assure d'une gestion et d'un contrôle appropriés des risques au sein de l'entreprise.

### **4.2 Composition et rémunération**

4.2.1 Le directoire devra se composer de plusieurs personnes et avoir un président ou un porte-parole. Un règlement intérieur devra régler la répartition fonctionnelle et la collaboration entre les membres du directoire.

4.2.2 La rémunération des membres du directoire est fixée par le conseil de surveillance, compte tenu d'éventuelles rémunérations perçues de sociétés du groupe, à un montant approprié sur la base d'une évaluation du mérite. Déterminée par rapport aux autres sociétés du secteur, la justesse de la rémunération s'appuie notamment sur les critères suivants : fonctions assumées et travail fourni par le membre du directoire ainsi que situation économique, résultats et perspectives d'avenir de l'entreprise.

4.2.3 La rémunération des membres du directoire devra comprendre une partie fixe et une partie variable. La partie variable de la rémunération devrait inclure des composantes à caractère unique et des composantes périodiques annuelles liées aux résultats commerciaux ainsi que des composantes ayant un effet d'incitation à long terme. Les options sur titre et autres formes similaires d'incitation à long terme (par exemple les "phantom stocks" ou "actions fantômes") sont à envisager comme composantes variables de la rémunération ayant tel un effet à long terme. Elles devront être définies sur la base de paramètres de référence fixés au préalable, tels que l'évolution de la valeur d'indices boursiers ou l'atteinte d'objectifs donnés en termes de cotation. Une modification après coup des objectifs de résultat devra être exclue. Les avantages tirés d'un plan d'options sur titre doivent être appropriés. Les détails concrets des plans d'options ou d'autres systèmes de rémunération comparables devront être publiés sous une forme appropriée.

4.2.4 La rémunération des membres du directoire devra être indiquée dans l'annexe aux comptes consolidés, ventilée entre partie fixe, composantes liées à la performance et composantes à effet d'incitation à long terme. Les données devraient être individualisées.

### **4.3 Conflits d'intérêts**

4.3.1 Les membres du directoire sont tenus à une obligation stricte de non-concurrence pendant la durée de leur activité au service de l'entreprise.

4.3.2 Il est interdit aux membres du directoire et aux salariés, dans l'exercice de leurs fonctions, de solliciter ou d'accepter de la part de tiers des paiements ou d'autres avantages, ni en leur faveur, ni en faveur d'autres personnes, ou d'accorder des avantages injustifiés à des tiers.

4.3.3 Les membres du directoire sont tenus d'agir dans l'intérêt de l'entreprise. Aucun membre du directoire n'a le droit de poursuivre des intérêts personnels dans ses décisions ou d'utiliser à son profit des opportunités d'affaires qui sont le fait de l'entreprise.

4.3.4 Chaque membre du directoire devra exposer sans délai au conseil de surveillance tout conflit d'intérêts et en informer les autres membres du directoire. Toutes les transactions entre l'entreprise, d'une part, et les membres du directoire, des personnes qui leur sont proches ou des entreprises qui leur sont personnellement proches, d'autre part, doivent être conformes aux normes en usage dans le secteur. Les transactions importantes devront être approuvées par le conseil de surveillance.

4.3.5 Les membres du directoire ne devront accepter des activités extérieures, notamment exercer un mandat au sein d'un conseil de surveillance externe à l'entreprise, qu'avec l'accord du conseil de surveillance.

## **5. CONSEIL DE SURVEILLANCE**

### **5.1 Missions et responsabilités**

5.1.1 Le conseil de surveillance a pour mission de conseiller et de contrôler régulièrement le directoire dans la gestion de l'entreprise. Il doit être associé aux décisions revêtant une signification fondamentale pour l'entreprise.

5.1.2 Le conseil de surveillance nomme et révoque les membres du directoire. Il devra veiller en collaboration avec le directoire à une planification à long terme de la relève. Le conseil de surveillance peut confier les préparatifs en vue de la nomination de membres du directoire à un comité qui se chargera aussi de fixer les conditions du contrat de travail, rémunération comprise.

Dans le cadre d'une première nomination, la durée maximale possible du mandat (cinq ans) ne devrait pas être de règle. Sauf circonstances particulières, une nouvelle nomination associée à une cessation simultanée du mandat actuel ne devra avoir lieu plus d'un an avant l'échéance du mandat. Une limite d'âge devra être fixée pour les membres du directoire.

5.1.3 Le conseil de surveillance devra se doter d'un règlement intérieur.

### **5.2 Missions et compétences du président du conseil de surveillance**

Le président du conseil de surveillance coordonne les activités au sein du conseil et préside ses réunions.

Le président du conseil de surveillance devra simultanément présider les comités chargés de définir les conditions des contrats avec les membres du directoire et de préparer les réunions du conseil de surveillance. Il ne devrait pas présider le comité d'audit (audit committee).

Le président du conseil de surveillance devra se mettre régulièrement en contact avec le directoire, en particulier avec son président ou son porte-parole, pour s'entretenir avec lui sur la stratégie, l'évolution des affaires et la gestion des risques de l'entreprise. Le président du conseil de surveillance est informé sans délai par le président ou le porte-parole du directoire des événements exceptionnels revêtant une signification particulière pour l'appréciation de la situation et de l'évolution de l'entreprise ainsi que pour sa gestion. Le président du conseil de surveillance devra alors en informer les autres membres du conseil et convoquer le cas échéant une réunion extraordinaire du conseil de surveillance.

### **5.3 Création de comités**

5.3.1 Le conseil de surveillance devra créer, compte tenu des circonstances spécifiques à l'entreprise et du nombre de ses membres, des comités spécialisés. Ils contribuent à accroître l'efficacité du travail du conseil et facilitent l'examen de sujets spécifiques complexes. Les présidents des comités présentent des comptes rendus réguliers du travail de leur comité au conseil de surveillance.

5.3.2 Le conseil de surveillance devra mettre en place un comité d'audit (audit committee) qui examinera notamment les questions relatives à la comptabilité, la gestion des risques, l'indépendance requise du commissaire aux comptes, la passation du mandat de vérification au commissaire aux comptes, la détermination des points clés de la vérification et la convention d'honoraires. La présidence du comité d'audit ne devrait pas être confiée à un ancien membre du directoire de la société.

5.3.3 Le conseil de surveillance pourra déléguer l'examen d'autres questions spécifiques à un ou plusieurs comités. Elles pourront entre autres concerner la stratégie de l'entreprise, la rémunération des membres du directoire, les investissements et les financements.

5.3.4 Le conseil de surveillance pourra prévoir que des comités préparent les réunions du conseil de surveillance et de plus prennent des décisions à la place du conseil de surveillance.

### **5.4 Composition et rémunération**

5.4.1 Dans le cadre des propositions en vue de l'élection de membres du conseil de surveillance, il y aura lieu de veiller à ce que le conseil de surveillance se compose à tout moment de membres qui disposent des connaissances, facultés et expériences spécialisées requises pour remplir dûment leurs tâches, et soient suffisamment indépendants. Les activités internationales de l'entreprise, les conflits d'intérêts potentiels et une limite d'âge à fixer pour les membres du conseil de surveillance devraient en outre être pris en compte.

5.4.2 Pour permettre un conseil et un contrôle indépendants du directoire par le conseil de surveillance, le conseil de surveillance ne devra pas comprendre plus de deux anciens membres du directoire et les membres du conseil de surveillance ne devront pas exercer de

fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance ou encore de conseil au niveau de concurrents majeurs de l'entreprise.

5.4.3 Chaque membre du conseil de surveillance veille à ce qu'il dispose de suffisamment de temps pour remplir son mandat. Tout membre du directoire d'une société cotée ne devra exercer au total plus de cinq mandats de membre du conseil de surveillance de sociétés cotées externes à son groupe.

5.4.4 Les élections et/ou réélections de membres du conseil de surveillance à différentes dates et pour différentes durées de mandat permettent de tenir compte des impératifs de remaniement.

5.4.5 La rémunération des membres du conseil de surveillance est fixée par résolution de l'Assemblée générale ou dans les statuts. Elle tient compte des responsabilités et de l'importance des tâches confiées aux membres du conseil de surveillance ainsi que de la situation économique et des résultats de l'entreprise. Dans ce cadre, les fonctions de président et de vice-président du conseil de surveillance et celles de président et de membre des comités devront également être prises en compte.

Les membres du conseil de surveillance devront percevoir une rémunération fixe ainsi qu'une rémunération variable liée à la performance. La rémunération variable liée à la performance devrait également renfermer des composantes liées aux résultats à long terme de l'entreprise.

La rémunération globale des membres du conseil de surveillance devra être mentionnée dans l'annexe aux comptes consolidés, ventilée entre partie fixe et partie variable. Les indemnités et avantages alloués par l'entreprise aux membres du conseil de surveillance pour les services rendus personnellement, notamment les services de conseil et d'intermédiaire, devront être mentionnés séparément sous forme individualisée dans l'annexe aux comptes consolidés.

5.4.6 Si un membre du conseil de surveillance a pris part à moins de la moitié des réunions du conseil de surveillance au cours d'un exercice, ce fait devra être mentionné dans le rapport du conseil de surveillance.

## **5.5 Conflits d'intérêts**

5.5.1 Chaque membre du conseil de surveillance est tenu d'agir dans l'intérêt de l'entreprise. Dans ses décisions, il n'a ni le droit de poursuivre des intérêts personnels ni celui d'utiliser à son profit des opportunités d'affaires qui sont le fait de l'entreprise.

5.5.2 Chaque membre du conseil de surveillance devra informer le conseil de surveillance de tout conflit d'intérêts, notamment de ceux pouvant naître du fait d'une activité de conseil ou d'une fonction de membre du directoire ou du conseil de surveillance au niveau de clients, de fournisseurs, de bailleurs de fonds ou d'autres partenaires d'affaires.

5.5.3 Dans son rapport à l'Assemblée générale, le conseil de surveillance devra signaler les conflits d'intérêts qui se seront présentés et exposer la façon dont ils auront été réglés. Les conflits d'intérêts majeurs et ceux de nature autre que temporaire concernant la personne d'un membre du conseil de surveillance devront conduire à la cessation du mandat.

5.5.4 Les contrats de conseil et autres contrats de prestation de services et contrats d'entreprise entre un membre du conseil de surveillance et la société doivent être approuvés par le conseil de surveillance.

## **5.6 Examen de l'efficacité**

Le conseil de surveillance devra contrôler régulièrement l'efficacité de ses activités.

## **6. TRANSPARENCE**

6.1 Le directoire révélera sans délai les faits nouveaux survenus dans le domaine d'activité de l'entreprise et non connus du public, s'ils sont susceptibles, du fait de leur incidence sur le patrimoine et la situation financière ou sur la marche générale des affaires, d'exercer une influence appréciable sur le cours des titres cotés de la société.

6.2 Dès que la société apprendra que, par suite d'acquisition, de cession ou de toute autre manière, quelqu'un atteint, dépasse ou tombe en dessous du seuil de 5, 10, 25, 50 ou 75 % des droits de vote dans la société, le directoire en informera sans délai le public.

6.3 La société traitera les actionnaires sur un pied d'égalité en matière d'information. Elle devra mettre sans délai à leur disposition tous les faits nouveaux communiqués aux analystes financiers et autres destinataires similaires.

6.4 Afin de garantir une diffusion rapprochée dans le temps et uniforme des informations à l'attention des actionnaires et des investisseurs, la société devra faire appel à des moyens de communication appropriés, par exemple à l'Internet.

6.5 Les informations que la société aura publiées à l'étranger sur la base de prescriptions légales en vigueur sur les marchés des capitaux concernés, devront aussi être divulguées sans délai en Allemagne.

6.6 Les membres du directoire et du conseil de surveillance de la société ou de sa société mère ainsi que certaines personnes qui leur sont proches devront signaler sans délai à la société l'achat et la vente d'actions de la société ou de droits d'achat ou de vente s'y rapportant (par ex. : options) ainsi que de droits dépendant directement de la cotation en Bourse de la société. L'achat sur la base de contrats de travail comme composante de la rémunération et les opérations d'achat et de vente de faible importance (25.000,- euros en 30 jours) seront exclu de ce devoir d'information. La société publiera l'information sans délai.

Des informations correspondantes devront être fournies dans l'annexe aux comptes consolidés. Le nombre d'actions, options et autres produits dérivés inclus, détenu individuellement par les membres du directoire et du conseil de surveillance devra être précisé s'il est directement ou indirectement supérieur à 1 % des actions émises par la société. Si le montant total des droits détenus dans le capital par tous les membres du directoire et du conseil de surveillance est supérieur à 1 % des actions émises par la société, ce montant devra être mentionné, en le ventilant entre part détenue par le directoire et part détenue par le conseil de surveillance.

6.7 Dans le cadre des relations publiques générales, les dates des principales publications périodiques (rapport annuel, rapports intermédiaires, assemblée générale, etc.) devront être annoncées suffisamment tôt dans un "agenda financier".

6.8 Les informations sur l'entreprise publiées par la société devront aussi être accessibles sur le site Internet de la société. Le site Internet devra être clairement structuré. Les publications devraient également être disponibles en anglais.

## **7. COMPTABILITE ET VERIFICATION DES COMPTES ANNUELS**

### **7.1 Comptabilité**

7.1.1 Les actionnaires et les tiers sont informés en premier lieu par le biais des comptes consolidés. Ils devront être tenus au courant pendant l'exercice au moyen de rapports intermédiaires. Les comptes consolidés et les rapports intermédiaires devront être établis en conformité avec des principes comptables reconnus à l'échelle internationale. Aux fins de la loi sur les sociétés (détermination des dividendes, protection des créanciers), des comptes annuels sont établis conformément aux prescriptions nationales (Code de commerce allemand) ; ils servent aussi de base à l'imposition.

7.1.2 Les comptes consolidés sont établis par le directoire et contrôlés par le commissaire aux comptes et le conseil de surveillance. Les comptes consolidés devront être accessibles au public dans un délai de 90 jours à compter de la fin de l'exercice, et les comptes intermédiaires, en l'espace de 45 jours après la fin de la période sous revue.

7.1.3 Les comptes consolidés devront renfermer des données concrètes relatives aux plans d'options sur titres et aux autres systèmes similaires d'incitation de la société basés sur des titres.

7.1.4 La société devra publier une liste répertoriant les tierces entreprises dans lesquelles elle détient une participation revêtant une importance non moindre pour l'entreprise. Les portefeuilles commerciaux d'instituts de crédit et de sociétés de services financiers, au niveau desquels les droits de vote ne sont pas exercés, ne sont pas pris en compte dans ce contexte. Les données suivantes devront être communiquées : nom et siège de la société, montant de la participation, montant des fonds propres et résultat du dernier exercice comptable.

7.1.5 Les relations avec les actionnaires considérés comme "personnes proches" dans le sens des règles comptables applicables devront être commentées dans les comptes consolidés.

### **7.2 Vérification des comptes annuels**

7.2.1 Avant de soumettre une proposition d'élection, le conseil de surveillance ou le comité d'audit devra demander au commissaire aux comptes envisagé de lui déclarer et spécifier l'existence éventuelle de liens professionnels, financiers et autres entre le commissaire aux comptes, ses organes et ses directeurs de vérification, d'une part, et l'entreprise et les membres de son directoire et de son conseil de surveillance, d'autre part, qui seraient susceptibles de motiver des doutes concernant son indépendance. Cette déclaration devra également préciser l'importance des autres services, notamment dans le domaine du conseil, fournis à l'entreprise au cours de l'exercice ou convenus contractuellement avec elle pour l'exercice suivant.

Le conseil de surveillance devra convenir avec le commissaire aux comptes que le président du conseil de surveillance ou du comité d'audit devra être informé sans délai de tous motifs éventuels d'exclusion ou d'impartialité qui surviendront au cours de la vérification, dans la mesure où ils ne seront pas éliminés.

7.2.2 Le conseil de surveillance confie le mandat de vérification au commissaire aux comptes et convient avec lui du montant de ses honoraires.

7.2.3 Le conseil de surveillance devra convenir que le commissaire aux comptes devra signaler sans délai tous les faits et événements essentiels pour les missions du conseil de surveillance qui découleront de la réalisation de sa vérification des comptes annuels.

Le conseil de surveillance devra convenir que le commissaire aux comptes devra porter à sa connaissance et/ou inclure à son rapport tous faits constatés pendant la vérification des comptes annuels qui rendraient inexacte la déclaration du directoire et du conseil de surveillance concernant l'observation des prescriptions du Code.

7.2.4 Le commissaire aux comptes prend part aux délibérations du conseil de surveillance relatives aux comptes annuels et aux comptes consolidés et lui présente les principaux résultats de sa vérification.

## **TRANSPARENZ- UND PUBLIZITÄTSGESETZ (EXTRAITS)**

### **Artikel 1      Änderung des Aktiengesetzes**

Das Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2010), wird wie folgt geändert:

**16.** Folgender § 161 wird eingefügt:

« § 161 Erklärung zum Corporate Governance Kodex

Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen. »

### **Artikel 2      Änderung des Handelsgesetzbuchs**

Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 9 Abs. 5 des Gesetzes vom 19. Juli 2002 (BGBl. I S. 2674), wird wie folgt geändert:

**1.** § 285 wird wie folgt geändert:

b) Nach der Nummer 15 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgende Nummer 16 wird angefügt:

« 16. dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. »

**11.** § 314 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

cc) In Nummer 7 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgende Nummer 8 wird angefügt:

« 8. für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. »

**15.** § 325 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Jahresfehlbetrags“ die Wörter „sowie die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung“ eingefügt.



## **AKTIENGESETZ (EXTRAITS)**

### **§ 3 Formkaufmann. Börsennotierung**

(2) Börsennotiert im Sinne dieses Gesetzes sind Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist.

### **§ 23 Feststellung der Satzung**

(5) Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, dass dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.

### **§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft**

(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.

### **§ 77 Geschäftsführung**

(2) Der Vorstand kann sich eine Geschäftsordnung geben, wenn nicht die Satzung den Erlass der Geschäftsordnung dem Aufsichtsrat übertragen hat oder der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlässt. Die Satzung kann Einzelfragen der Geschäftsordnung bindend regeln. Beschlüsse des Vorstands über die Geschäftsordnung müssen einstimmig gefasst werden.

### **§ 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder**

(1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.

(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

### **§ 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats**

(1) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

(4) Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat jedoch zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften

nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluss, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst. Die Satzung kann weder eine andere Mehrheit noch weitere Erfordernisse bestimmen.

### **§ 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder**

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.

### **§ 119 Rechte der Hauptversammlung**

(1) Die Hauptversammlung beschließt in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen, namentlich über

1. die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats, soweit sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz, dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz oder dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 zu wählen sind;
2. die Verwendung des Bilanzgewinns;
3. die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats;
4. die Bestellung des Abschlussprüfers;
5. Satzungsänderungen;
6. Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung;
7. die Bestellung von Prüfern zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung;
8. die Auflösung der Gesellschaft.

### **§ 161 Erklärung zum Corporate Governance Kodex**

Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der "Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex" entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen.

### **§ 400 Unrichtige Darstellung**

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder als Abwickler

1. die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand, in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung unrichtig wiedergibt oder verschleiert, wenn die Tat nicht in § 331 Nr. 1 des Handelsgesetzbuchs mit Strafe bedroht ist, oder

## **HANDELSGESETZBUCH (EXTRAITS)**

### **§ 285 Sonstige Pflichtangaben**

Ferner sind im Anhang anzugeben:

16. dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist.

### **§ 314 Sonstige Pflichtangaben**

(1) Im Konzernanhang sind ferner anzugeben:

8. für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist.

### **§ 325 Offenlegung**

(1) Die gesetzlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften haben den Jahresabschluss unverzüglich nach seiner Vorlage an die Gesellschafter, jedoch spätestens vor Ablauf des zwölften Monats des dem Abschlussstichtag nachfolgenden Geschäftsjahrs, mit dem Bestätigungsvermerk oder dem Vermerk über dessen Versagung zum Handelsregister des Sitzes der Kapitalgesellschaft einzureichen; gleichzeitig sind der Lagebericht, der Bericht des Aufsichtsrats und, soweit sich der Vorschlag für die Verwendung des Ergebnisses und der Beschluss über seine Verwendung aus dem eingereichten Jahresabschluss nicht ergeben, der Vorschlag für die Verwendung des Ergebnisses und der Beschluss über seine Verwendung unter Angabe des Jahresüberschusses oder Jahresfehlbetrags sowie die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung einzureichen; Angaben über die Ergebnisverwendung brauchen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht gemacht zu werden, wenn sich anhand dieser Angaben die Gewinnanteile von natürlichen Personen feststellen lassen, die Gesellschafter sind. Die gesetzlichen Vertreter haben unverzüglich nach der Einreichung der in Satz 1 bezeichneten Unterlagen im Bundesanzeiger bekannt zu machen, bei welchem Handelsregister und unter welcher Nummer diese Unterlagen eingereicht worden sind. Werden zur Wahrung der Frist nach Satz 1 der Jahresabschluss und der Lagebericht ohne die anderen Unterlagen eingereicht, so sind der Bericht und der Vorschlag nach ihrem Vorliegen, die Beschlüsse nach der Beschlussfassung und der Vermerk nach der Erteilung unverzüglich einzureichen; wird der Jahresabschluss bei nachträglicher Prüfung oder Feststellung geändert, so ist auch die Änderung nach Satz 1 einzureichen.

### **§ 331 Unrichtige Darstellung**

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. als Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft in der Eröffnungsbilanz, im Jahresabschluss, im Lagebericht oder im Zwischenabschluss nach § 340a Abs. 3 unrichtig wiedergibt oder verschleiert,

### **§ 346**

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

## **BÜRGERLICHES GESETZBUCH (EXTRAITS)**

### **§ 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis**

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

### **§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

### **§ 823 Schadensersatzpflicht**

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

# **BIBLIOGRAPHIE**

## **OUVRAGES GÉNÉRAUX**

HOPT, Klaus J.: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4<sup>ème</sup> Edition, 1999.

HOPT, Klaus J.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 29<sup>ème</sup> Edition, 1995.

HÜFFER, Uwe: Kommentar zum Aktiengesetz, 5<sup>ème</sup> Edition, 2002.

MÜNCHNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, 2<sup>ème</sup> Edition, 2000.

PALANDT: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 61<sup>ème</sup> Edition, 2002.

REBMANN, Kurt in SÄCKER, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tome 2 Schuldrecht, 4<sup>ème</sup> Edition, 2001.

WIESNER, Georg in HOFFMANN-BECHING, Michael (Hrsg.): Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Tome 4 Aktiengesellschaft, 2<sup>ème</sup> Edition, 1999.

## **ETUDES/RAPPORTS**

BAUMS, Theodor: Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts, 2001.

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE/PRICEWATERHOUSECOOPERS: Corporate Governance in Germany, 2002.

## **ARTICLES**

BERG, Stefan/STÖCKER, Mathias: Anwendungs- und Haftungsfragen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, WM 2002, p. 1569.

BOSSE, Christian: TransPuG – Änderungen zu den Berichtspflichten des Vorstands und zur Aufsichtsratsstätigkeit, DB 2002, p. 1592.

BRÖCKER, Norbert/CLAUSSEN, Carsten: Der Corporate Governance- Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen- AG, DB 2002, p. 1199.

ERHARDT, Olaf/NOWAK, Eric: Die Durchsetzung von Corporate- Governance- Regeln, AG 2002, p. 336.

FLEISCHER, Holger: Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen unwahrer oder unterlassener unverzüglicher Ad- hoc- Mitteilungen, BB 2002, S. 1869.

GÖTZ, Heinrich: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, NZG 2002, p. 599.

HÜTTEN, Christoph: Unternehmenseigener Corporate - Governance - Kodex – Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit in Zeiten von TransPuG und Deutschem Kodex, BB 2002, p. 1740.

KNIGGE, Dagmar: Änderungen des Aktienrechts durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz, WM 2002, p. 1729.

LUTTER, Marcus: Die Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe – Corporate Governance – ein internationales Thema, Jura 2002, p. 83.

LUTTER, Marcus: Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht, ZGR 2001, p. 224.

LUTTER, Marcus: Kodex guter Unternehmensführung und Vertrauenshaftung, Festschrift für Jean Nicolas DRUEY zum 65. Geburtstag, 2002.

OSER, Peter/PFITZER, Norbert/WADER, Dominic: Die Entsprechens-Erklärung nach § 161 AktG – Checkliste für Vorstände und Aufsichtsräte zur Einhaltung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2002, p. 1120.

PELTZER, Martin: Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, NZG 2002, p. 10.

PELTZER, Martin: Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, NZG 2002, p. 593.

SEIBERT, Ulrich: Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, p. 581.

SEIBERT, Ulrich: Transparenz- und Publizitätsgesetz, ZIP 2001, p. 2192.

SEIBERT, Ulrich: Das „TransPuG“, NZG 2002, p. 608.

SEIBT, Christoph H.: Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechens- Erklärung (§ 161 AktG- E), AG 2002, p. 249.

ULMER, Peter: Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 2002, p. 150.

WADER, Dominic: Einhaltung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2002, p. 1120.

WAGNER, Jens: Publizitätsgesetz kommt, BB 2002, p. 789.

WOLF, Martin: Corporate Governance – Der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt, ZRP 2002, p. 59.



## **SITES INTERNET**

<http://www.corporate-governance-code.de>

<http://bundesrecht.juris.de>