

The ULN Law Review is the market-place for news, information and updates believed relevant and of interest for the practice and businesses of the united-legal.network.eeig, their clients and business partners. ULN Law Review is distributed free of charge, and further information about us and any of the articles and information published may be obtained from either the uln secretary in Cologne, Germany or directly from the author. Even though the information contained in this ULN Law Review has been compiled carefully, no warranty is made as to the correctness and accuracy thereof, and nothing contained herein shall constitute any form of legal advice.

Content:

Volle Kraft voraus...äh...zurück!

Dierk A. Nickelsen, Bremen, Germany

Mediation in Europe after directive 2008/52/EC

Svilena Dimitrova, Sofia, Bulgaria

Réseaux d'entreprises. Le Contrat de réseau en Italie

Gaetano Sardo, Milano, Italy

Introduction of a new era in Turkish legal system:

Radical innovations in fundamental codes

Hakan Cinar, Ankara, Turkey

„Volle Kraft voraus ... äh zurück!“

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Durchbrechung der Haftung für einen Frachtführer/Spediteur sowohl für innerdeutsche Transporte als auch für grenzüberschreitende Transporte gemäß CMR praktisch zur Regel gemacht. Nach einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten scheint der BGH indes zu erkennen, dass diese Bewertung von Sorgfaltswidrigkeiten zulasten des Spediteurs/Frachtführers nicht nur im Kontext der CMR europaweit relativ einzigartig ist, sondern auch in der Sache selbst zu teilweise untragbaren Ergebnissen führt und mit der geschichtlich begründeten Haftungsbeschränkung eines Transporteurs nach Gewicht schlichtweg unvereinbar ist. Nachdem der BGH Anfang des Jahrhunderts dazu übergegangen war, trotz Beibehaltung der rechtlichen Annahme eines qualifizierten Verschuldens den eingeforderten Gesamtschaden dadurch zu reduzieren, dass zulasten des geschädigten Klägers ein Mitverschulden anzunehmen ist, sofern der jeweilige Absender dem Frachtführer keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Wert der zu transportierenden Ware gegeben hat, „rudert“ der BGH nunmehr auch in der eigentlichen Bewertung der Sorgfaltswidrigkeiten „zurück“. Gemäß einer Anfang letzten Jahres veröffentlichten Entscheidung vom 01.07.2010 (BGH Transportrecht 2011, S. 78) ist ein sorgfaltswidriges Verhalten des Frachtführers nur dann anzunehmen, wenn der Frachtführer bei der Durchführung der Beförderung eine „besondere Gefahrenlage“ hat erkennen können bzw. müssen.

1.

In dem vorerwähnten Urteil ging es um die Beförderung von Autoradios in einem Gesamtwert von über € 260.000,00 von Deutschland nach Frankreich. Der an die Beklagte gerichtete Frachtauftrag enthielt u. a.

folgende Angaben: „*Frachtpauschale € 740,00 (all in); Bemerkungen: ACHTUNG: Diebstahlsgefährdete Waren! Wagen wird verplombt!*“. Der von der Beklagten beauftragte Unterfrachtführer holte das Gut vereinbarungsgemäß am späten Nachmittag des 12.08.2004 mit einem Planen-Lkw beim Absender ab und wollte gegen 20:00 Uhr in Belgien auf einem unbewachten Parkplatz eine vorgeschriebene Ruhepause verbringen. Während der Fahrer in der Führerhauskabine schlief, zerschnitten Diebe die Plane des Transportfahrzeuges und entwendeten insgesamt 356 Autoradios zu einem Gesamtwert von € 22.858,76. Nachdem das Landgericht Krefeld die Beklagte antragsgemäß verurteilt hatte und die dagegen gerichtete Berufung vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf zulasten der Beklagten erfolglos geblieben ist, kam es nunmehr am 01.07.2010 zu einer Revisionsentscheidung des BGH.

2.

Der BGH teilt in dieser Entscheidung die Rechtsansicht der Beklagten, dass dieser ein qualifiziertes Verschulden nicht vorgeworfen werden kann. Die Vorinstanzen Landgericht Krefeld und Oberlandesgericht Düsseldorf haben der Beklagten zu Unrecht vorgeworfen, dass sie bei der Organisation des Transports leichtfertig notwendige Sicherheitsmaßnahmen außer Acht gelassen hat. Bei den transportierten Autoradios handelte es sich zwar um leicht verwertbares und damit besonders diebstahlsgefährdetes Gut, das zudem einen ganz erheblichen Wert hatte. Die Beklagte hatte aber unstreitig keine positive Kenntnis von der objektiv gegebenen Gefahrenlage. Selbst der Hinweis in dem schriftlich erteilten Transportauftrag „*ACHTUNG: Diebstahlsgefährdete Waren! Wagen wird verplombt!*“ reicht hierfür nicht aus, da er zu unbestimmt war. Die Beklagte konnte dem Hinweis weder die Art des zu transportierenden Gutes noch dessen Wert entnehmen. Auch ergab sich für die Beklagte nicht das Bestehen einer „besonderen Gefahrenlage“ aus der im Frachtvertrag enthaltenen Angabe, dass 34 Europaletten befördert werden sollten, weil daraus nicht ersichtlich war, dass es sich bei dem Gut um

Ware handelte, die tatsächlich einer erhöhten Diebstahlsgefahr unterlag. Der BGH folgert vielmehr, dass das mit der Beförderung verbundene objektive Risiko für die Beklagte nicht hinreichend konkret erkennbar war. Vielmehr wäre es Sache der Auftraggeberin gewesen, der Beklagten durch klare Angaben im Frachtauftrag die objektiv gegebene besondere Gefahrenlage bei der Durchführung des Transports zu verdeutlichen. Die Beklagte trifft insoweit kein qualifiziertes Organisationsverschulden, als sie es unterlassen hat, dem Unterfrachtführer die Weisung zu erteilen, den Transport ohne Unterbrechung auf einem unbewachten Parkplatz von der Absenderin bis zur Empfängerin des Gutes durchzuführen. Da für die Beklagte kein Anlass bestand, von einer besonderen Gefahrenlage für das Transportgut auszugehen, ist die Übernachtung auf dem unbewachten Autobahnrastplatz in Belgien nicht als grober Pflichtenverstoß anzusehen. Die Beklagte haftet daher allenfalls gewichtsmäßig gem. Art. 23 III CMR. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht OLG Düsseldorf zurückverwiesen worden mit der Maßgabe, dass von dort aus das streitgegenständliche Gewicht zu ermitteln ist als Grundlage für die gewichtsmäßige Haftungshöchstgrenze.

3.

Trotz der relativ klaren Mitteilung im Frachtauftrag, dass es sich um diebstahlsgefährdete Waren handelte, erachtet der BGH diesen Hinweis als zu unbestimmt, um bei dem Frachtführer ein Bewusstsein für eine besondere und konkrete Gefahrenlage herbeizuführen. Aufgrund der Tatsache, dass die Entscheidung inhaltlich schwer nachvollziehbar ist - der Absender hatte nach objektiver Beurteilung bereits durch die Angabe im Frachtauftrag sehr viel unternommen, um hier den Frachtführer von einer besonderen Diebstahlsgefahr zu unterrichten -, muss festgestellt werden, dass der BGH die von ihm in den 90er Jahren des vergangenen Jahrtausends/Jahrhunderts angefangene Rechtsprechung zur Haftungsdurchbrechung mit dieser Entscheidung durch einen weiteren Schritt aufzuweichen gedenkt, um in der Beurteilung

eines qualifizierten Verschuldens einen größeren Handlungsspielraum zu erhalten. In diese Tendenz passen auch die Urteile des BGH vom 10.12.2009, wonach in Abkehr zur bisherigen BGH-Rechtsprechung nunmehr der Geschädigte die Beweislast für das Vorliegen einer Haftungsdurchbrechung trägt, sowie vom 30.09.2010, ausweislich dessen der beklagte Frachtführer trotz qualifiziertem Verschulden berechtigt ist, seine Haftung nach Art. 23 III CMR zu beschränken, sofern der Geschädigte seinen Schaden nach den Art. 17 – 28 CMR berechnet und nicht nach den anwendbaren nationalen Bestimmungen. Prognosen für zukünftige Rechtsstreitigkeiten betreffend das Vorliegen von qualifiziertem Verschulden verbieten sich daher von vornherein.

Summary

“Full speed ahead err aback!”

The Federal Court of Justice in Germany (Bundesgerichtshof) has issued a decision on 1st July 2010 according to which the BGH-case law regarding the issue of qualified default (i.e. full liability of carrier/freight forwarder) has been softened even more. The first “soft pill” was medicated by the BGH by applying the principle of contributory fault to the detriment of the claimant when the latter has not notified the carrier/freight forwarder about the value of the transport goods. The next “soft pill” was the decision dd. 10th Dec. 2009 according to which now the claimant bears the onus of proof that the carrier/freight forwarder can be blamed for qualified default. By the a.m. decision the BGH has now the possibility to prove every case in detail before ascertaining a qualified default of the carrier/freight forwarder. In the decision, the BGH regarded even an express worded remark by the shipper that the goods were subject to very high risk of theft, has not been being sufficient in order to inform the carrier/freight forwarder about a theft-risky-situation. This decision thus shows, that the BGH is turning back to the case law according to which each case must be determined separately making any

predictions of lawyers regarding the outcome of a case where qualified default of the carrier is at stake, impossible.

**Dierk A. Nickelsen
Bremen, Germany**

Mediation in Europe after directive 2008/52/EC Governing law aspects in the case of international Mediation

At a time when the global financial crisis has faced us with the need for fast, effective resolution of a variety of conflicts, one of the most interesting opportunities is that provided by Mediation as a way of out-of-court settlement of disputes.

Mediation is a voluntary procedure in which an unbiased third party facilitates the process of negotiations between two or more parties to a conflict in order to assist them in resolving their issues and reaching a mutually beneficial solution. The task of the Mediator is, through special techniques and abilities, to assist them so that they can identify the actual points of disagreement and define their interests as well as to generate options for settlement of the dispute. At the basis of Mediation lies the negotiation process but since for a number of reasons direct negotiations between the parties to a dispute not always result in a satisfactory solution, the help of an unbiased person, or a Mediator, is used. The main advantages of Mediation are that it offers simpler, more flexible and more cost-effective procedures, promptness in reaching a solution, minimum formalities, confidentiality, discretion and amicability, control over the process and the solution by the parties, use of experts, possibility for settlement based on the principles of equity as well as greater opportunities for exercising discretion.

Europe has long since turned to this option for alternative settlement of disputes which is also interesting in view of the constantly growing number of cross-border disputes. The legal treatment of Mediation in Europe varies and even though still insufficiently developed, it exists both on supernational and national level.

The existing supranational Mediation provisions were predominantly created by the European Union and the Council of Europe. While the instruments of the European Union, Directives, create the legal framework which is binding for the member states, the instruments of the Council of Europe, Recommendations, are not binding.

DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of Mediation in civil and commercial matters (hereinafter referred to as the "Directive") is the major and the essential instrument in the field of Mediation adopted to date on European level. The Directive makes it obligatory for all member states to conform their national legislation to its provisions.

In principle, the Directive is relevant to *international* Mediation cases. Nevertheless, some of the harmonization provisions such as the suspension of the statute of limitations and the enforceability of the agreements reached through Mediation, can be voluntarily applied by the member states to domestic Mediation cases as well.

The Directive creates a single European framework of Mediation and an obligation of the member states to harmonize their national legislation with its provisions in any manner they deem fit, with two aims: in the first place to encourage the use of Mediation and on the other hand to achieve unification of the major principles of international Mediation and consequences thereof in all member states. It is applicable to cross-border disputes on civil and commercial matters with the exception of any matters involving rights and obligations on which the parties are not free to decide themselves under the relevant applicable law. More specifically, it does not cover any tax, customs or administrative issues nor the country's responsibility for acts or omissions of the government ("acta iure imperii").

The major objectives of the Directive include guaranteeing better access to justice as part of the policy of the European Union to establish an area of freedom, security and justice, which should cover access to court and out-of-court dispute settlement options, to facilitate access

to alternative dispute settlement, to encourage amicable settlement through Mediation and a balance between Mediation and judicial proceedings.

The Directive introduces a number of principles which create preconditions for the large-scale application of Mediation and limits of the rights of the parties to the procedure paying special attention to the relation between Mediation and judicial proceedings. Pursuant to article 1 of the Directive, its objective is to "facilitate access to alternative dispute resolution and to promote the amicable settlement of disputes by encouraging the use of Mediation and by *ensuring a balanced relationship between Mediation and judicial proceedings*". Article 5 provides that "A court before which an action is brought may, when appropriate and having regard to all the circumstances of the case, invite the parties to use Mediation in order to settle the dispute. The court may also invite the parties to attend an information session on the use of Mediation if such sessions are held and are easily available."

The Directive reflects the major principles of Mediation – first it expressly states that Mediation is a voluntary procedure. It may only be performed with mutual consent between the parties and while such consent exists. Furthermore, the principle of confidentiality applies – the Mediators and the persons taking part in the Mediation procedure may not be obliged to give witness statements in the course of civil or commercial judicial proceedings or arbitration in terms of any information arising from or related to the Mediation procedure. An exception is made when required to ensure the protection of the best interests of children or to prevent harm to the physical or psychological integrity of a person or in order to implement or enforce the Mediation agreement. The Directive introduces a general rule which member states shall make more specific in their national legislation, namely that parties who choose Mediation in an attempt to settle a dispute are not subsequently prevented from initiating judicial proceedings or arbitration in relation to that dispute by the expiry of limitation or prescription periods during the Mediation

process. A very important effect of the Directive is that the parties may request that the content of a written agreement resulting from Mediation be made enforceable. The content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made.

The following may be identified as specific benefits of Directive 2008/52/EC: acknowledgement of the effect of Mediation on European level which contributes to its promotion and legitimacy, providing a response to the legal uncertainty associated with the enforcement of the agreement, the confidentiality and statute of limitations and an improved connection between the alternative settlement procedures and the judicial proceedings.

An important aspect in the application of Mediation is the governing law in the case of international Mediation. **The venue of Mediation may affect the terms and conditions applicable to the Mediation procedure and in some cases the agreement and the effects thereof.**

In cross-border cases it is crucial to determine the law governing the Mediation agreement (*lex contractus*), since it governs the rights and obligations of the parties and of the Mediator in the procedure and governs any issues not specifically provided for in the Mediation agreement, such as the Mediator's professional liability, suspension of the statute of limitations during the Mediation procedure, exceptions to confidentiality.

The instrument of international private law used to determine the governing law of international contractual relations, and Mediation respectively, is Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

A number of separate cases are identified. Pursuant to article 4.1 of Regulation (EC) No. 593/2008, in the case of Mediation between traders and in the absence of choice of governing law, the Mediation agreement shall be governed by the law of the country in which the service provider has his habitual residence – the Mediator. However, if considering the circumstances of the case the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated above, the law of that other country shall apply. In the case of Mediation between persons with the same habitual residence, when the Mediation agreement qualifies as a consumer contract under Regulation Rome I, the law of the habitual residence of the parties shall apply and if the Mediation agreement cannot be deemed to be a consumer contract, the general rule of article 4.1 b of Regulation Rome I shall apply, namely the law of the country where the service provider has his habitual residence, in this case the Mediator.

With a view of the complications arising when consumers do not have the same habitual residence, it is recommended that these countries select the governing law from among the legal systems of the countries in which they have their habitual residence.

In case *the Mediation agreement cannot be deemed to be a consumer contract*, the law of the country where the service provider has his habitual residence shall apply, and if the Mediators have their habitual residence in different countries, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

Last but not least, in case the whole Mediation procedure is carried out in a single country, the law of that country shall apply, but *if the Mediation is provided through a conference call or the now popular on-line Mediation*, it will be very difficult to identify the law that is most closely connected. In such cases it is recommended that the Mediation agreement comprises a governing law clause.

**Svilena Dimitrova
Sofia, Bulgaria**

Réseaux d'entreprises. Le Contrat de réseau en Italie

I. Sources juridiques

Le Contrat de réseau en Italie est réglementé par les lois du 9 avril 2009 n° 33 (art. 3 alinéa 4-ter) et du 23 juillet 2009 n° 99, ainsi que par le Décret-loi du 31 mai 2010 n° 78, converti en la loi du 30 juillet 2010 n° 122.

Ce contrat constitue une nouveauté dans le scénario réglementaire italien : il a émergé comme un simple contrat qui régit la compétitivité des entreprises participantes, la Recherche et Développement (R&D), et l'innovation. Comme nous allons le voir, il s'agit d'un contrat qui tend à créer des formes de collaboration stables et qui maintient l'indépendance des entreprises qui y participent.

Cette caractéristique fait la distinction entre le « réseau » et le « groupe », où la maison mère exerce un contrôle sur les autres sociétés et exerce des activités de direction et de coordination.

Il existe aussi un projet de constitution d'un instrument de Droit européen des contrats, qui s'adresse spécialement aux exigences des petites entreprises .

II. Définition et caractéristiques du contrat de réseau

La définition du Contrat de réseau est donnée par l'article 3 alinéa 4-ter de la loi n° 33 de 2009 modifiée par le Décret-loi du 31 mai 2010 n° 78, qui se lit comme suit : «4-ter. Avec le contrat de réseau, plusieurs entrepreneurs ont pour but d'augmenter, individuellement et collectivement, leur propre capacité d'innovation et leur propre compétitivité sur le marché, et dans ce but ils s'obligent, en fonction d'un programme de réseau commun, à collaborer sous des formes et dans des domaines prédéterminés relatifs à l'exercice des propres entreprises, c'est-à-dire à s'échanger entre elles des informations ou des prestations de nature industrielle, commerciale, technique ou technologique, soit encore à exercer en commun une ou plusieurs activités conformes à l'objet de la propre entreprise. Le contrat peut aussi prévoir

l'institution d'un fonds patrimonial commun et la création d'un organe commun chargé de gérer, au nom et au compte des participants, l'exécution du contrat ou de parties ou phases du même contrat.

Nous pouvons par conséquent décrire les caractéristiques principales du contrat.

La loi requiert:

- que les sujets du contrat soient les entrepreneurs (et non pas les entreprises, comme cela était prévu dans le texte précédant la modification de 2010);
- que ces entrepreneurs désirent exercer en commun une ou plusieurs activités économiques ;
- que ces activités rentrent dans l'objet social de chaque entreprise adhérente ;
- que les adhérents se donnent pour but d'augmenter leur capacité d'innovation et leur compétitivité sur le marché. Nous sommes donc face à un contrat plurilatéral .

Suivant la norme susdite, les éléments du contrat sont:

- la dénomination des entrepreneurs adhérents ;
- l'indication des objectifs stratégiques et des activités communes ;
- le programme de réseau et les modalités de réalisation ;
- la durée;
- les modalités d'adhésion et de retrait ;
- les règles de gouvernance et l'institution dudit Organe Commun (avec l'indication des pouvoirs, aussi de représentation) qui a pour tâche d'exécuter le « programme de réseau ».
- la constitution d'un fonds patrimonial du réseau.

L'amendement de 2010 reconnaît toutefois que l'organe commun n'est pas obligatoire, ni la constitution du fonds patrimonial ; toutefois ces éléments sont souvent présents dans la pratique. Au contraire, les contrats de réseau prévoyant la constitution de patrimoines affectés ne sont pas fréquents.

III. Forme

La loi requiert la forme écrite, et un acte public inscrit au Registre des entreprises. Etant donné que, comme nous le verrons plus loin, le contrat de réseau n'engendre pas de nouveaux sujets juridiques, l'inscription doit être faite au Registre des entreprises sous le nom de chaque entreprise adhérente.

Il est important de souligner que l'activité du réseau doit être liée à celle de chacune des entreprises adhérentes, et ce lien a pour but d'augmenter les capacités d'innovation et la compétitivité de chacune des entreprises adhérentes.

D'autres caractéristiques du réseau sont :

- L'indépendance réciproque des entreprises ;
- La stabilité du rapport ;
- L'intégration entre les différentes entreprises ;
- L'inexistence de finalités anti-concurrence.

IV. Organisation interne

La loi laisse aux parties adhérant au réseau une autonomie considérable.

Au moment de la constitution du réseau, les parties pourront se donner un règlement, et donc prévoir la nomination d'un organe décisionnel tel que l'assemblée, ou bien d'un conseil restreint de mandataires, l'établissement du principe de majorité, les règles pour l'institution de l'Organe commun et pour la gestion des activités communes.

Il est intéressant de remarquer que la loi ne prévoit pas qui répondra aux entreprises du réseau et aux tiers, ni qui contrôlera l'activité de l'Organe commun, et qu'elle n'établit pas non plus d'obligation éventuelle de présenter un compte-rendu ou non.

Nous pouvons certainement affirmer que l'Organe commun n'est pas une entité juridique autonome par rapport aux entreprises participantes.

A cet égard, deux orientations se sont définies parmi les experts en la matière :

i. une orientation attribuée aux participants du réseau un aspect externe unitaire;

ii. l'autre orientation propose un rapport intersubjectif entre les entreprises participantes et l'Organe commun, qui aurait donc la fonction de mandataire.

Ce qui détermine un élément d'unification est le but commun des entreprises adhérentes, d'où dérive la nécessité d'une organisation interne, d'une réglementation des rapports de travail, de la prévision d'« apports de la part de chaque entreprise au réseau », d'une réglementation des aspects tributaires, du moment que les entreprises ne perdent pas leur subjectivité fiscale et que le réseau n'a donc pas de subjectivité fiscale autonome.

V. Secteurs d'activité

Dans le cadre de la structure plurilatérale du contrat, les réseaux d'entreprises ont fréquemment des caractéristiques multisectorielles, sans spécialisation (la plupart des réseaux d'entreprises sont actifs dans les grands secteurs comme l'agro-alimentaire, la mécanique, la mode, l'énergie, la navigation et les services). Une caractéristique du réseau est la possibilité de s'étendre à plusieurs entreprises de la même filière, même si cela se fait par segments séparés, interdépendants entre eux.

VI. Territoire d'action

Les entreprises adhérentes au réseau appartiennent principalement à la même région, mais elles peuvent aussi être réparties à l'échelle nationale voire transnationale.

VII. Le risque d'entreprise et la responsabilité

Vu que la réglementation est très récente, et que, jusqu'à présent, il n'y a pas eu de sentences de jurisprudence, il reste toute une série de problèmes ouverts, dont, entre autres, i) la répartition du risque d'entreprise, ii) l'interdépendance des prestations de chaque participant, iii) la possibilité pour le réseau de fournir des services ou des

prestations aux entreprises participantes ou bien à des tiers. Ces problèmes entraînent ceux iv) de la responsabilité du réseau (en tant qu'organisme), ou bien v) de la solidarité des participants à l'égard des tiers, ou encore vi) de la responsabilité de chaque entreprise adhérente dans les limites de la prestation qu'elle fournit.

Dans ces cas aussi, la lacune de réglementation est comblée par les conventions entre les entreprises.

En effet on voit fréquemment l'exemple de contrats qui prévoient la répartition du risque entre les entreprises adhérentes, tandis que, si l'on a constitué un fonds patrimonial, on prévoit des formes d'affectation du risque sur le réseau et donc de responsabilité patrimoniale du fonds lui-même.

VIII. Objet

Du point de vue de l'objet, on peut encore distinguer des réseaux d'entreprises dont la finalité est l'échange d'informations pour réaliser l'activité principale du réseau, ou bien des réseaux d'entreprises dont la finalité est l'échange de prestations, qui se réalise en constituant un réseau qui, grâce à la coordination entre les différentes phases de production, offre des biens ou des services sur le marché (par exemple, activités de cross selling), c'est-à-dire un échange de prestations dans le cadre de groupes de vente proprement dits.

IX. Governance

Nous pouvons décrire quelques-uns des principaux aspects de gouvernance du réseau.

L'admission des entreprises dans le réseau répond à des critères très rigoureux. C'est l'assemblée, ou parfois l'organe de contrôle, qui décide de l'admission.

Normalement, le retrait est admis sans avoir besoin d'une juste cause. En général l'apport n'est pas restitué.

L'exclusion est réglementée par le contrat lui-même, et en général la restitution des apports n'est pas prévue. Les causes d'exclusion sont, en général, le non versement des apports, ou l'inexécution des obligations contractuelles de la part d'une des entreprises adhérentes.

La composition de l'organe commun peut être collégiale, et dans ce cas les délégations sont limitées, ou bien monocratique, et dans ce cas on recourt plus fréquemment aux délégations. Evidemment, en fonction des dimensions de l'entreprise, et donc du niveau de responsabilité, les contrats prévoient des limitations dans la prise de décision.

L'assemblée détient en général les pouvoirs de nomination de l'organe commun, d'approbation des comptes annuels et de modification du contrat.

C'est l'organe commun, en général, qui doit constituer le fonds patrimonial où les apports en espèces ou en actifs incorporels peuvent confluer.

X. Les usages du réseau dans la pratique

Dans la pratique on trouve des usages différenciés du réseau :

- Réseau en tant que gouvernement de groupes (cluster) ; de projets industriels différenciés. Dans ce cas l'instrument sert à définir un projet stratégique de coordination entre des activités différentes, dont chacune constitue un projet qui implique un ou plusieurs participants.

- Réseau en tant qu'instrument promoteur d'un projet unitaire, où sont possibles des formes de décentralisation opérationnelle en fonction d'un règlement interne.

- Réseau en tant que promoteur d'un projet unitaire, auquel seulement certaines entreprises ou certains sous-groupes d'entreprises peuvent participer.

XI. Discipline fiscale en Italie

L'« Agenzia delle Entrate » (Agence des contributions) italienne a émis deux Circulaires afin de préciser quels sont les avantages fiscaux que le réseau peut obtenir.

Il y est expliqué avant tout que le réseau institué en vertu de la loi n° 122/2010 n'acquiert aucune subjectivité ni juridique ni fiscale. Il n'est pas créé d'organisme doté de personnalité juridique ni de sujet tributaire différent de celui des entreprises adhérentes.

L'avantage fiscal est la suspension de l'impôt sur les bénéfices des entreprises adhérant au

réseau. Pratiquement les entreprises mettent de côté, dans la réserve prévue à cet effet, les dits bénéfices, et les réinvestissent pour souscrire ou adhérer à un contrat de réseau.

Il est important que l'avantage s'étende aussi aux coûts dérivés de l'emploi des ressources de chaque entreprise employées par le réseau. Et cela détermine la possibilité d'un échange de ressources (pas seulement technologiques mais aussi humaines) entre les entreprises du réseau.

XII. Considérations finales

Organisation du réseau

- le contrat de réseau, aussi en vertu de la réglementation des avantages fiscaux, permet aux entreprises de partager leurs ressources (biens, services et personnel) ;

Rapports de travail

la possibilité de partager du personnel implique la nécessité de prévoir et de réglementer la mobilité du personnel des entreprises à l'intérieur du réseau ;

Capital physique et actifs incorporels

On peut prévoir des « apports » (des entreprises au réseau) de ressources qui appartiennent encore aux entreprises mais sont utilisées par le réseau pour réaliser le programme commun.

Aspects de fiscalité

Les entreprises ne perdent pas leur subjectivité fiscale, tandis que le réseau n'acquiert aucune subjectivité fiscale (le problème n'a pas encore l'air d'être résolu ; mais cet aspect est essentiel : le réseau, même sans avoir de personnalité juridique, devrait être un sujet fiscal séparé).

On peut utiliser le réseau

- pour le start up ;
- pour consolider des formes de collaboration ;
- pour gérer des situations de crise.

Amendement de 2010 (décret-loi 31.5.2010 n° 78) loi du 30.07.2010 n° 122

La formation de l'Organe Commun n'est pas obligatoire mais facultative.

La constitution du fonds patrimonial n'est pas obligatoire.

Patrimoines affectés

En pratique, on rencontre des contrats qui prévoient la répartition du risque parmi les entreprises participantes. Il y a aussi des contrats qui prévoient que le réseau se charge du risque, et le fonds assume la responsabilité patrimoniale. Il est souhaitable que les entreprises adhérentes instituent par convention un patrimoine affecté du réseau qui concentre le risque sur le réseau.

notes de bas de page

1.)

Il est utile de signaler la distinction entre les districts industriels (clusters) et les réseaux d'entreprise (networks), qui permet d'analyser comparativement le développement des réseaux aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des systèmes de districts. Il est bon également de signaler que la Commission Européenne, devant décider si, dans la réglementation fiscale italienne qui prévoit des avantages pour les entreprises adhérant à des réseaux, on peut configurer des aides de l'Etat, a conclu que la loi italienne est compatible avec la réglementation européenne C(2010) 8939 final, Bruxelles 26.1.2011, State Aid n. 343/2010 – Italy, Support to set up companies' network . Cf. aussi Review of the Small Business Act for Europe, Bruxelles 23.02.2011, COM (2011) 78 fin.

2.)

“ Les contrats qui génèrent simultanément des engagements pour plusieurs parties ou organisent en tout cas les intérêts de plusieurs parties indépendantes les unes des autres”, V. Roppo, Il Contratto, Giuffrè 2001 page 129.

3.)

Sur le concept des “Patrimoines affectés”, voir ma contribution sur cette Revue Vol. I/2005.

4.)

Cf. Circulaires de l'Agenzia delle Entrate n. 4/E du 15.2.2011 et n. 15/E du 14.4.2011.

This article will be published in English language in ULR Vol. 2/2012

**Gaetano Sardo
Milano, Italy**

Introduction of a new era in Turkish legal system:

Radical innovations in fundamental codes

Having an almost ninety years of background, the fundamental codes of the Turkish Republic has been altered and evolved through the years. The Turkish Civil Code and Code of Obligations (“TCO”) which were adopted from the Swiss Civil Code and Code of Obligations; and the Turkish Code of Civil Procedure (“TCCP”) adopted from Swiss Neuchatel Code of Civil Procedure in 1927; and the Turkish Commercial Code (“TCC”) numbered 6762; have been the foundation of the Turkish legal system and been used by Turkish Courts throughout many years.¹ During the course of time, due to the emerging socio-economic and legal needs, the aforementioned codes had to be modified many times. However, the latest amendment made on the major three codes of Turkish legal system, aiming to harmonize Turkish legislation with the EU regulations; is perhaps the most radical one and will for sure revolutionize the Turkish legal system.

i. Fundamental principles introduced by the new TCC: transparency, fairness, accountability and responsibility.

The new Turkish Commercial Code adopted by the Turkish Parliament on January 2011, bringing radical innovations into Turkish commercial system; will come into force in July, 2012. As one of the authors of the new 1535 article- Code Prof. Ünal Tekinalp emphasizes; the goal of the code is to establish and sustain an order of commerce, industry and services that maintains a high and objective level of judicial protection in the advancement of society by securing ethical values in commerce and keeping modern enterprises focused.² This new code, not only aims to solve current problems arising from the

present commercial code, but also to prevent possible conflicts that may arise in future by aiming to bring into effect four main principles: transparency, fairness, accountability and responsibility.

As of the enforcement date of the new Turkish Commercial Code, every capital stock company in Turkey will be required to create a website publishing all data relevant for shareholders, such as annual and interim financial statements and audit reports. If the Company already has one, then it shall assign a portion of it to Public. All the necessary announcements of the Company shall also be made through this website. Such requirement aiming to bring transparency of the companies, serves the purpose of protecting the right of information of the public opinion, as well as providing to the investors an opportunity to make better risk analyses. Aiming also to protect the Companies and their capitals, the founders’ statements shall be mandatory as of July, 2012.

Serving to the purpose of the harmonization with Europe; according to the new Commercial Code, auditing of the Companies shall be conducted by a professionally competent independent auditor in compliance with international auditing standards. Aiming to serve the same purpose, the establishment of single-partner Companies is allowed as well. Such innovation adopted from the EU Directives is no doubt a practical approach serving the aim of ameliorating commercial life, facilitating the establishment of the Companies and protecting small and medium sized partnerships.

One of the other radical innovations brought with the new TCC is the abolishment of the *ultra vires rule* that existed in the equity based companies. According to the current code, the operations of the equity based companies are limited with the work areas that are previously registered with the agreement of incorporation and it is forbidden to work outside of these registered areas. This obligation of registration was clearly an obstacle for companies to improve their

¹ Prof Dr. Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdikleri”.

² Prof Dr. Ünal Tekinalp, “Draft Turkish Commercial Code, A Blue Print for the Future.”

reputation, their earnings and the possibility to grow. Therefore, in the international business areas, Turkish companies were facing difficulties while competing with international companies since most of them are not subject to the *ultra vires rule*. With the abolition of this rule, Turkish-based companies will now gain the ability to compete much more effectively with their foreign competitors. Besides by improving the ability of competition, this new code will give the opportunity to the equity based companies to institutionalize and improve their sustainability.

ii. The new Turkish Code of Obligations: Protection of the “week party” of the contract against the dominant one.

The new Turkish Code of Obligations (“TCO”) numbered 6908, published on the Official Gazette on February 2011, will enter into force as of 1st July 2012. The new TCO consisting of 649 articles and 22 chapters, approved by the Parliament in a significantly short period of time with an unanimity of all the political parties; will for sure have a fundamental impact on Turkish legal system as well as Turkish social and commercial life.

With the introduction of a dramatic amendment in the articles regarding contract law, the individual will now be protected much more efficiently against ex-parte, pre-prepared and abstract model contracts, such as those prepared by banks, internet service providers, car rental companies and insurance companies. While under the current legislation, there is only one provision in the Law Regarding the Protection of the Consumer numbered 4077 regarding the unfair standard terms in consumer contracts, the New TCO sets forth restrictions on standard terms for any and all types of contracts.³ According to the new TCO, the standard terms shall be valid, only if the party; whose interests are violated, is aware of and has the opportunity to get information regarding the standard terms of the relevant contract. Otherwise, those standard

³ Analysis of the Standard terms under the new code of Obligation

terms will be deemed as not written.⁴ Furthermore, in case there are any standard terms in a contract which are not relevant with the nature and the characteristics of the relevant contract; those terms will be deemed as not written even if the party whose interests are violated has been informed of and accepted them.⁵ The introduction of this principle no doubt serves to the purpose of protecting the “week” party of a contract and to increase the effectiveness of the principle of the rule of law.

Notwithstanding with the above, many major innovation has been brought by the new TCO such as the protection of the debtors against “extraordinary interest rates”, the introduction of the possibility to use the “secure e-signatures” in the contacts, or the introduction of additional rules for the protection of the tenants against landlords. The abovementioned examples can for sure be multiplied and are only some of many reforms brought by the new TCO which will rapidly show their positive effect on the daily life as of the enforcement date of the new code.

iii. A Fundamental Revolution in the Turkish Procedural Law

Another major reform has been made in the field of procedural law. Up until today, due to the emerging needs, the former TCCP numbered 1086 dated 18.06.1927 has been modified 36 times⁶ since its enforcement date. However with the latest codification movement, the new TCCP numbered 6100 which entered into force as of 01.10.2011 has rewrote completely the previous code and brought elemental changes on Turkish procedural law.

The new text of the TCCP completely modifies the out-dated language of the previous code and therefore updates and

⁴ Turkish Code of Obligation numbered 6908, Article 21, pa.1

⁵ Turkish Code of Obligation numbered 6908, Article 21, pa.2

⁶ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 35. Baskı, Ankara 2010, s.22-25.

modernizes the Turkish procedural law system. The modernization is made not only on the language of the Code but also on its content as well. However, it is important to note that the general systematic of the former Code has remained the same. The new TCCP sets out the basics while avoiding detailed rules and do not use a casuistic method.

The new TCCP preserves the distinction between the Civil Court of Peace (*Sulh Hukuk Mahkemesi*) and the Civil Court of General Jurisdiction (*Asliye Hukuk Mahkemesi*), however removes the previous rule which served to distinct those two jurisdictions according to the monetary value of the lawsuits. According the new Code, this distinction will now be made not according to the value of the lawsuit but according to the subject matters in dispute.

To quote some of many innovations brought by the new TCCP: Agreements on the jurisdiction of courts may now only be made between merchants and/or public legal entities; Ex officio notice (*re'sen ihbar*) of the case to a third party is covered in the Code for the first time; Direct third party intervention (*asli mudahale*) is also explicitly listed among the rules for interventions; Voluntary change of parties (*iradi taraf deęişiklięi*) which was previously only accepted in the doctrine, is now recognized by the new Code; Compulsory representation before the court by an attorney-at-law is introduced for disputes exceeding a certain monetary amount; In order to accelerate the proceeding, a stipulated advance payment for future costs must be made by the plaintiff when a new lawsuit is filed with the court. Further costs for the collection of any evidence are to be paid within the definitive period of time prescribed by the court.⁷ As is explicitly seen, the new TCCP offers a much more efficient and rapid procedural system which will ameliorate the effective realization of the principles of fair trial

⁷ Murat R. Özsunay, "The Turkish 2006 Draft Code of Civil Procedure: Eight decades after the voluntary of the Swiss Neuchatel Code of Civil Procedure"

and the rule of law.

The latest codification movement amending the fundamental codes of Turkish legal system is made with the consensus of not only the Government and the Opposition Party but also with the consensus of the nongovernmental organizations, professional associations and the business world which is exceptionally unusual in the Turkish political life. Even this fact only, reveals by itself the necessity of such innovation and the desire of Turkey to ameliorate its current legislation and to approach to the European standards.

Hakan Cinar,

Ankara, Turkey

Published by:

ULN united.legal.network.EEIG -
Hohenstaufenring 63, 50674 Cologne, Germany
Reg. Cologne HR A 14903
Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic,
Finland, France, Germany, Greece, Italy,
Luxembourg, Netherlands, Norway, Poland,
Slovenia, Switzerland, United Kingdom, Turkey

Authors:

Dierk A. Nickelsen, Rechtsanwalt LL.M.
Langenstr. 53, 28195 Bremen, Germany
E-mail: office@hsn-law.de

Svilena Dimitrova, Attorney-at-law
11 a Pozitano Street, 1303 Sofia, Bulgaria
E-mail: s.dimitrova@lawoffice-bg.com

Gaetano Sardo, Attorney-at-law
Via Falcone 5, 20123 Milano, Italy
E-mail: info@studiolegalesardo.it

Hakan Cinar, Attorney at law
Bestekar Sokak No: 86/6, 06680 Kavaklıdere,
Ankara, Turkey
E-mail: hakan@cinarlaw.com