

„Haftung nicht ausgeschlossen“

Une responsabilité pas exclue

Résumé de l'article de C. Lentföhr, avocat spécialisé en droit du travail, droit commercial et des sociétés, paru dans la revue « Datev Magazin », du 17 février 2010, réalisé avec un grand merci à Mmlle. Stud. Iur. Pauline Lucas.

Avec plaisir, nous vous fournissons le mémoire complet, s.v.p., ne hésitez pas de nous demander.

Introduction

La GmbH (*Gesellschaft mit Beschränkte Haftung*, société à responsabilité limitée) connaît un grand succès en Allemagne. Selon Dr. Hartmut Wicke (*C.H Beck Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2008*), 986 000 GmbH sont enregistrées au registre du commerce. Cette forme de société doit son succès à plusieurs éléments et notamment au fait qu'elle constitue une entité distincte dans le sens où elle dispose de la personnalité morale et d'un patrimoine propre distinct de celui des ces membres. La responsabilité est dite limitée au patrimoine de la société. Les organes de cette société sont la collectivité des associés (*Gesamtheit der Gesellschafter*), autrement appelée l'assemblée des associés (*Gesellschafterversammlung*). Elle dispose de compétences propres et est amenée à exprimer sa volonté. Autre organe de la GmbH, la gérance. La société est représentée par un gérant qui peut être un des associés ou un tiers.

Les associés ne sont donc pas, en principe, responsables sur leur patrimoine personnel. En principe, car comme le montre l'article de C. Lentföhr, il existe plusieurs situations qui impliquent la responsabilité personnelle des associés ou du gérant :

- Lors de la formation de la société

Le gérant lors de l'enregistrement au registre du commerce et des sociétés court le risque d'être pénalement sanctionné en cas de fausse déclaration. Entre la rédaction des statuts, leur authentification par un notaire et l'enregistrement au registre du commerce, il existe une période où la société est en cours de formation, elle est appelée « *Vor-GmbH* » ou « *Vorgründungsgesellschaft* ». Elle est assimilée à une société civile (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts*) à condition qu'elle ne pratique pas d'activité commerciale. Sinon elle est considérée comme une société en nom collectif de droit allemand (*offene Handelsgesellschaft, OHG*). Si les associés entament une activité commerciale, les droits et les obligations ne reviennent pas automatiquement à la GmbH mais devront lui être transmis par un acte juridique. Dans le cas où aucun acte ne reprend les droits et obligations de la société en formation après son enregistrement, les associés fondateurs continuent à être responsables personnellement, solidairement et de manière illimitée.

Le gérant est personnellement responsable lors de la formation de la société mais sa responsabilité ne va pas plus loin si la société ne fait pas d'actes de commerce et si le capital initial est conservé. Avec l'enregistrement au registre du commerce, les obligations nées sous la société en formation sont transmises à la GmbH, les deux entités sont alors considérées comme étant un seul et même sujet de droit.

En ce qui concerne les obligations de la société « Vor-GmbH », il faut distinguer entre la responsabilité de la société en formation sur son patrimoine, d'un côté, et la responsabilité de ceux qui agissent en son nom (*Handelnden*), de l'autre. La responsabilité des associés fondateurs est de s'assurer que les apports soient libérés de façon à ce qu'ils soient prêts à être utilisés, et ce, dès l'enregistrement au registre du commerce. Si le bilan de la société en formation en venait à être négatif (passif supérieur à l'actif) ou en cas de surendettement, les associés de la société en formation devraient compenser les dettes à hauteur du montant du capital initial. La responsabilité en cas de bilan négatif relève de la société elle-même.

Jusqu'à l'enregistrement au registre du commerce, les fondateurs de la société (*Gründer*), le gérant ainsi que tous ceux qui agissent en nom et pour le compte de la société sont responsables. Pour le ou les gérants, il s'agit plus particulièrement d'une responsabilité en matière pénale en cas de fausse déclaration sur l'honneur (*Eidesstattlicher Versicherung*) lorsqu'ils déclarent que le capital de la société a été entièrement libéré et qu'il est à la libre disposition des gérants (alors qu'il n'y est pas). Les ententes qui obligent les gérants à procéder d'une certaine manière relativement aux apports, sont inoffensives, à conditions qu'elles aient pour but la réalisation des décisions d'investissements des gérants ou d'une politique commerciale. Le gérant doit vérifier que les associés ont libéré leur apport au capital, dans le cas contraire, il peut être pénalement poursuivi.

- **Les prêts accordés au(x) gérant(s) par la société**

Il est parfois convenu par un accord que la somme déposée par l'apporteur lui soit immédiatement restituée en liquide, pour qu'il en dispose librement, que ce soit à titre de prêt ou de convention fiduciaire. Ce procédé des gérants vise à remplacer les indispensables apports de fonds par une obligation plus faible. La jurisprudence de la Cour Fédérale de Justice Allemande (*Bundesgerichtshof*) interdit ce type de comportement. Le législateur, dans sa nouvelle rédaction du § 19 Abs. 5 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, n'a toutefois pas suivi les juges de la Haute Juridiction mais seulement dans le cas où aucune contrepartie en entier ne peut être exigée. On considère avec le va et vient des sommes apportées que l'apport est libéré lorsque le droit de la société à être remboursée, en particulier concernant les prêts, est rempli, complètement et à échéance. Ainsi sont financés de manière occulte les apports de la société.

- **Les apports en nature occulte**

Il est souvent convenu dans les statuts qu'un associé doive apporter en numéraire. Cependant, au terme d'un accord la société obtient finalement en nature de la part de cet associé. C'est aussi valable pour certains objets qui sont apportés de manière occulte. Si les associés souhaitent apporter en nature, ils sont tenus au respect des dispositions des

§§ 5 Abs. 4, 56 de la loi sur les GmbH. La valeur des biens apportés doit être contrôlée par le tribunal chargé de la tenue du registre du commerce. Le non respect de cette condition légale implique que l'apporteur n'est pas délivré de son obligation de libérer l'apport car l'apport en numéraire est seulement apparent.

- **La prestation de service à titre onéreux**

L'accord sur une prestation de service à titre onéreux lors de la fondation de la société, par exemple un contrat avec la société pour la désignation d'un gérant alors que cette société ne compte qu'un seul et unique associé, n'est ni un apport en nature occulte ni un cas de va et vient du capital. Il en résulte que la rémunération des associés pour des prestations de service n'est pas interdite. Les associés lors de la fondation de la société ou lors d'une augmentation de capital peuvent décider qu'un tiers puisse être nommé gérant.

- **Les apports de capitaux**

Il n'y a pas seulement des règles à respecter lors de la fondation de la société mais également lorsque de nouveaux capitaux sont apportés que ce soit à travers l'augmentation de capital ou à travers une réserve pour la capitalisation future. L'augmentation de capital requiert une modification des statuts de la société qui exige une majorité de voix. Les mêmes règles qu'à la fondation de la société s'appliquent pour les apports en nature. Si un associé s'engage à apporter en numéraire et qu'il apporte en nature, il n'est pas libéré de son obligation d'apporter. Lors de ce type d'opération les banques exigent souvent que les apports en numéraires soient versés directement par virement sur le compte. Le gérant doit s'assurer que les sommes qui doivent être apportées pour l'augmentation de capital, le soient bien, c'est ce qu'a de nouveau confirmé la Cour Fédérale Allemande dans sa jurisprudence.

- **Les versements de somme avant l'augmentation de capital**

Les capitaux pour l'augmentation de capital d'une société sont souvent versés avant l'acte notarié officiel en attestant. Ces sommes sont donc mises à disposition en tant que prêts. La responsabilité pour les apports en nature occultes est également valable. Le problème qui se pose particulièrement en période de crise lorsque les sommes sont à disposition avant l'attestation du notaire. Toutefois la crise dans une société justifie ce paiement anticipé des apports de capitaux sous certaines conditions : la décision formelle d'augmentation de capital doit suivre immédiatement, la somme apportée doit clairement et définitivement être désignée comme une obligation d'apporter en numéraire et enfin l'augmentation de capital doit être publiée au registre du commerce pour informations des tiers et permettre un contrôle de la part du tribunal qui tient le registre du commerce.

- **Le maintien du capital**

Les apports ne sont pas libérés quand des prêts sont immédiatement accordés après leur versement par les associés. La pratique du cash pooling est expressément autorisée par la loi réformant le droit des sociétés à responsabilité limitée. Néanmoins le gérant

est passible de poursuites pénales lorsqu'il engage une GmbH dépendante de lui et unipersonnelle, à concentrer les liquidités. Il s'agit d'un abus de confiance lorsque dans les dispositions sur le patrimoine de la société qui est dominée ses propres intérêts ne sont pas pris en compte.

- **Nouvelle constitution économique d'une société**

Également lors de la nouvelle constitution d'une société, lorsque les parts sociales sont modifiées et redistribuées, le gérant doit s'assurer que les capitaux promis ont bien été libérés, dans le cas contraire sa responsabilité peut être engagée. De même que si survient un bilan négatif des comptes. Il doit donc vérifier la nouvelle constitution et le bon maintien du capital de la société.

www.wsp.de

Code de Commerce

Article L223-21 [En savoir plus sur cet article...](#)

A peine de nullité du contrat, **il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société**, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées.

L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée.

Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

Les statuts de la GmbH doivent être impérativement sous forme d'acte authentique, acte notarié (§2 GmbHG). La loi contient des modèles de statuts. Il existe une plus grande marge de manœuvre pour les plus grandes sociétés au niveau de la rédaction des statuts. Minimum 25 000,00 € de capital pour fonder une GmbH.