

La GmbH se modernise

La GmbH est depuis longtemps la forme juridique la plus répandue en République fédérale d'Allemagne, mais également celle préférée des investisseurs étrangers pour s'implanter dans ce pays. Elle connaît un regain de jeunesse depuis une réforme menée en 2008.

La GmbH, société à responsabilité limitée de droit allemand, n'a que peu de points communs avec la forme sociale correspondante qui s'en est inspirée en France, la Sarl. S'il fallait la comparer, elle se rapprocherait plutôt de la société par actions simplifiée.

La GmbH est en fait un véritable contrat, pour lequel la loi allemande – d'inspiration essentiellement supplétive – accorde une souplesse quasi-totale aux fondateurs, qui sont à peu près libres de déterminer les droits et obligations des titulaires des parts sociales, les conditions de leur cession ainsi que les modalités d'exercice de la gérance.

C'est ainsi que le droit allemand – ignorant les principes français d'interdiction des clauses léonines et de strict encadrement de la privation du droit de vote – permet de conférer, soit personnellement à un associé (*Sonderrechte*), soit à une part sociale (*Vorzugsrechte*), des droits tant pécuniaires qu'extra-pécuniaires pouvant aller jusqu'à un droit de veto sur certaines décisions ou le droit de nommer le gérant, etc.

De la même manière, la GmbH peut être conçue par ses fondateurs comme une société totalement ouverte dont les parts sont librement cessibles ou, comme une société totalement fermée par le jeu de clauses d'agrément et/ou de préemption, les parties ayant toute liberté pour en aménager les conditions. Soucieux de la concurrence que pouvaient présenter certaines formes sociales sur le marché unique de l'Union européenne, en particulier les « Limited liability companies » anglaises et donc des délocalisations possibles de sièges sociaux, le gouvernement allemand a voulu procurer une nouvelle jeunesse à la GmbH. C'est ainsi qu'une grande réforme est intervenue à compter du 1^{er} novembre 2008, après plus de deux années de longues discussions, à travers la loi MoMiG : « loi de modernisation du droit de la GmbH et de lutte contre les abus » (1). Au-delà de l'ob-



jectif de permettre à la GmbH de rivaliser avec les autres formes de sociétés européennes, la réforme législative a eu pour but de rendre encore plus attractive la forme de la GmbH, en la simplifiant, en accélérant sa constitution et en renforçant sa transparence. Elle tend par ailleurs à prévenir certains abus.

Principales modifications

Les principales modifications apportées sont les suivantes :

1/ Favoriser l'implantation de GmbH en Allemagne

• La loi MoMiG a abrogé la disposition aux termes de laquelle le siège social, tel que déterminé par le contrat de société, se situe, par principe, au lieu où la société exerce une activité, où se trouve sa direction ou bien où est exercée sa gestion. Le **siège social est désormais le lieu, situé en Allemagne, désigné par le contrat de société**. La modification législative a été motivée par la volonté de permettre aux sociétés de choisir un lieu d'administration et de gestion différent de leur siège social. Il est ainsi possible pour une GmbH de disposer d'une simple adresse postale en Allemagne, qu'elle déclare comme siège social, et d'exercer son acti-

En réformant la GmbH, le gouvernement allemand a voulu la rendre encore plus attractive.

BON À SAVOIR

La GmbH (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) est régie par la loi dénommée « GmbH-Gesetz » (GmbHG) du 20 avril 1892, modifiée à de nombreuses reprises, pour la dernière fois par la loi « ARUG » (*Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie*) du 30 juillet 2009 (BGBl. I., p. 2479), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009, qui a transposé en droit allemand deux Directives communautaires.

vité – lieu d'administration et de gestion – dans une succursale située à l'étranger.

• Parallèlement, toute GmbH – dont le siège social se limite en droit allemand au lieu de la commune où elle est implantée – doit désormais **déclarer une adresse commerciale** à l'appui de sa demande d'immatriculation au registre du commerce. La loi a également prévu la possibilité de désigner volontairement

une personne habilitée à recevoir les déclarations de volonté et notifications pour le compte de la société (dans le cas notamment où le gérant ou les associés seraient à l'étranger, si l'activité de la société est exercée hors d'Allemagne).

2/ Simplifier la forme sociale et renforcer la transparence

• La loi MoMiG a créé une **sœur cadette de GmbH**, au capital social minimal de 1 euro, laquelle a déjà connu un certain succès (2) : à côté de la GmbH constituée – sous sa forme classique – avec un capital minimal de 25 000 euros, il est désormais possible de constituer une société avec un capital inférieur à ce montant dénommée *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* ou UG (*haftungsbeschränkt*).

• Elle permet le recours à des **formulaires de constitution**, en lieu et place du contrat de société, pour les sociétés comprenant tout au plus trois associés et un seul gérant. Deux formulaires sont joints au texte de loi : société avec un associé unique / avec 2 ou 3 associés. Dans ce cas, les associés ne peuvent cependant pas déroger aux dispositions supplétives de la loi, notamment concernant la cession des parts sociales qui est libre, sauf stipulation contraire du contrat de société.

• Le **contrat de société peut désormais prévoir – lors de la constitution de la société ou lors d'une modification ultérieure – le principe d'un « capital autorisé »**, à la libre disposition du gérant pour décider d'une augmentation de capital. Son montant ne peut être supérieur à la moitié du capital social et doit être utilisé dans un délai maximal de cinq années à compter de l'immatriculation de la société ou de l'inscription modificative.

• Un **associé peut désormais détenir plusieurs parts sociales de montants différents** – qui portent désormais un numéro d'ordre sur la liste des associés – dont le montant doit être exprimé sous la forme d'un nombre entier en euros. La loi prévoit, par ailleurs, un système de présomption sur la propriété des titres

dans le cas où la liste des associés comporterait une inexactitude.

• La loi vise à **accélérer l'immatriculation des GmbH** (dissociation de la demande d'immatriculation des éventuelles autorisations administratives nécessaires, suppression de l'obligation de production d'une sûreté à hauteur du montant du capital non libéré dans les GmbH unipersonnelles, pouvoir du Tribunal du registre d'exiger de la part des associés des preuves de la libération des apports seulement en cas de doutes sérieux).

• La loi MoMiG a par ailleurs **procédé à une modification du célèbre article 30 alinéa 1 GmbHG**, qui édicte le principe fondamental en droit allemand de conservation du capital social de la société, lequel interdit toute distribution d'actifs aux associés, nécessaire à la conservation du capital social. Elle confirme le principe d'une interdiction de remboursement des apports, mais autorise toutefois dans certains cas les paiements opérés sur l'actif social, sauf en cas de demande d'ouverture d'une procédure collective. Alors que la question du remboursement des prêts en comptes courants d'associés ou des garanties apportées par

un associé à un financement extérieur était liée auparavant à la question de savoir si le prêt avait été accordé en situation de crise (3) et devait, pour cette raison, être assimilé au capital social, ces critères n'ont désormais plus d'importance. Le remboursement d'un prêt d'associé est désormais en principe possible, mais peut être annulé par l'administrateur de faillite dans le cas d'ouverture d'une procédure collective. Concernant la question de savoir si la société peut licitement accorder un prêt à ses associés ou conclure avec eux des contrats d'échange de prestations (*Austauschverträge*, comme par exemple des contrats de vente ou de bail), le **critère déterminant consiste désormais dans l'existence d'un droit à contrepartie ou à remboursement envers l'associé**, qui soit exigible et ait une valeur égale à la somme versée. Sous cette condition, la conclusion de tels contrats est désormais possible – ce qui élimine également le doute qui existait concernant la licéité

des pratiques de « cash-pooling » dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Les nouvelles règles – qui sont désormais intégrées dans le cadre du droit des procédures collectives – permettent d'éliminer certaines incertitudes juridiques et de prendre en compte les nécessités de la pratique.

3/ Prévenir les abus

• La loi a **étendu la liste des incompatibilités et interdictions** pour l'exercice de la fonction de gérant de GmbH et étendu la responsabilité du gérant en cas de procédure collective.

• Selon le régime antérieur applicable, **seul le gérant avait le droit – et l'obligation – de déposer la demande d'ouverture** de procédure collective au nom de la GmbH. Les nouvelles dispositions font également obligation aux associés d'y procéder, en cas de vacance de la gérance.

• En application des nouvelles règles en matière de procédure collective, le **gérant de la société engage sa responsabilité** pendant une durée de cinq années pour les paiements effectués sur l'actif social, dans le cas où ces paiements ont conduit à la cessation des paiements de la société.

Toutes ces dispositions devraient contribuer à renforcer l'attractivité de cette forme sociale, qui se distingue par sa souplesse en Europe.

Benoît Laurin*,
avocat à la cour, cabinet Racine

* Professeur de droit affilié ESCP-Europe. Co-auteur de *La GmbH - Le cadre juridique d'un investissement en Allemagne*, 3^e édition. Fritz Knapp Verlag, novembre 2010

(1) Loi dénommée « MoMiG » du 23 octobre 2008, publiée le 28 octobre 2008 (BGBl. I, p. 2026 et suivantes).

(2) On en dénombreait 24 761 au 30 janvier 2010. Données collectées auprès des Registres du commerce électroniques et rassemblées par l'Institut für Rechtstatsachenforschung zum deutschen und europäischen Unternehmensrecht de l'université de Jena : www.rewi.uni-jena.de

(3) Situation dans laquelle les associés, agissant en commerçants normalement diligents, auraient dû apporter des capitaux propres à la société.