

# FICHE PRATIQUE -----

Type de contribution : Fiche pratique Actes, KID : FP-682150

Titre | Créer une société en Allemagne

Auteur-Personne physique	
Actualisation	
Nom	LAURIN
Particule	
Prénom	Benoit
Qualité	Avocat aux Barreaux de Paris (RACINE Avocats), et de Munich (en coopération avec le cabinet allemand BUCHWALD RAe).

Auteur-Personne morale	
Libellé	Xyz

## 1 . - Aperçu rapide

### 1.1. - Éléments-clés

Parallèlement au droit français, le droit allemand connaît principalement cinq formes juridiques de sociétés commerciales:

- la *GmbH* (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), société à responsabilité limitée,
- la société anonyme (*AG : Aktiengesellschaft*),
- la société en commandite par actions: (*Kommanditgesellschaft auf Aktien - KGaA*)
- et des sociétés de personnes :
  - (*OHG : Offene Handelsgesellschaft*), apparentée à la SNC de droit français,
  - mais surtout des commandites (*Kommanditgesellschaft - KG*).

Mais si la *GmbH* est une forme sociale née en 1892, elle reste d'une étonnante jeunesse et connaît toujours un incoyable succès. Elle 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.

Son régime juridique a évolué de manière continue jusqu'à ce jour et elle s'est exportée presque partout dans le monde et ce, plus ou moins bien :

- pour le moins bien en France par la création de la SARL en 1925, car la copie s'est notablement distinguée de l'original. Si ces deux formes sociales présentent des traits communs: un capital, un ou plusieurs associés, deux organes : le(s) gérant(s) et l'Assemblée générale, ils sont très réduits et la comparaison s'arrête là !

A comparer la *GmbH* avec une forme sociale française, elle se rapproche plutôt de la société par actions simplifiée (SAS).

- pour le mieux, en Europe centrale, où le modèle de la *GmbH* a directement inspiré le droit des sociétés de ces pays à compter de 1989 (*s.r.o.* en République tchèque, *Kft.* en Hongrie, *Sp. z o.o.* en Pologne).

La *GmbH* occupe à ce titre en Allemagne la place que tiennent en France :

- bien sûr la SARL,
- mais aussi la SAS, inconnue en droit allemand,
- et également en grande partie la SA.

On retrouve ainsi la *GmbH* comme forme sociale pour toutes tailles d'entreprises :

- petits commerçants ;
- PME/PMI, voire grosses PME ;
- mais aussi grosses sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne.

La *GmbH* peut en effet être indifféremment choisie quelle que soit la taille de la société car elle est d'une incroyable souplesse. On parle d'ailleurs de contrat de société et non de statuts comme en France.

La *GmbH* est en fait un véritable contrat, pour lequel la loi allemande *GmbH-Gesetz* - d'inspiration essentiellement supplétive - accorde une souplesse quasi-totale aux fondateurs, qui sont libres de déterminer en particulier les droits et obligations des titulaires des parts sociales, les conditions de leur cession, ainsi que les modalités d'exercice du pouvoir au sein de la société.

## 1.2. - Textes

Concernant la GmbH :

- Loi *GmbH-Gesetz (GmbHG.)* du 20 avril 1892, modifiée à de très nombreuses reprises,
- Loi *ARUG (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie* ») du 30 juillet 2009 (BGBI. I., p. 2479),
- Loi *FGG-ReformG* du 17 décembre 2008 (BGBI. I., p. 2586)
- Loi *MoMiG : Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (Loi de modernisation du droit de la GmbH et de lutte contre les abus du 23 octobre 2008) (BGBI. I, p. 2026).
- Loi *Abschlussprüfungsreformgesetz – AreG* du 10 mai 2016, de transposition de la directive 2014/56/UE et d'exécution du règlement communautaire EU 537/2014 du 10 mai 2016 (*Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse*) (BGBI. I, p. 1142).

Concernant les sociétés par actions :

- Loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz- AktG*).
- Loi du 2 août 1994 (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*), entrée en vigueur le 10 août 1994.

Concernant les sociétés de personnes :

- Articles 161 à 177a HGB (Code de commerce) applicables à la société en commandite simple: (*Kommanditgesellschaft - KG*).
- Articles 105 à 160 HGB (Code de commerce) applicables à la société en nom collectif (*offene Handelsgesellschaft - OHG*).
- Loi du 24 février 2000 (*KapCoRiLiG - Kapitalgesellschaften - und Co. - Richtlinien-Gesetz*) (BGBl. I, p. 154).

#### Concernant la cogestion :

- Lois sur la cogestion au sein du Conseil de surveillance:
  - *Mitbestimmungsgesetz - MitbestG* du 4 mai 1976 (BGBl. I, p. 1153);
  - *Montan-Mitbestimmungsgesetz – MontanMitbestG* du 21 mai 1951 (BGBl. I, p. 347)
  - *Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz - MitbestErgG* du 7 août 1956 (BGBl. I, p. 707)
  - et *Drittelbeteiligungsgesetz - DrittelbG* du 18 mai 2004 (BGBl. I, p. 974).
- Loi sur la cogestion au sein du Betriebsrat :
  - *Betriebsverfassungsgesetz – BetrVG* du 25 septembre 2001 (BGBl. I p. 2518).

### 1.3. - Bibliothèque LexisNexis

- Article Le MOCI, 11-24 novembre 2010, La GmbH se modernise, par Benoit Laurin.
- La GmbH, un modèle de forme sociale, La Semaine Juridique, Entreprises et affaires n°3, 19 janvier 2012, Etude par Benoit Laurin.
- Ouvrage "La GmbH - Cadre juridique d'un investissement en Allemagne/ *Rechtliche Rahmenbedingungen einer Investition in Deutschland*" Oleg de Lousanoff et Benoit Laurin, Editions Fritz Knapp Verlag Frankfurt am Main, 2011, 661 pages.

## 2 . - Préparation de l'acte

### 2.1. - Mise au point de la stratégie avec le client

Il convient avant tout d'exposer au client les caractéristiques principales de chacune des principales formes sociales, pour lui permettre de faire son choix et le conseiller ainsi utilement.

Dans l'immense majorité des cas, son choix se portera néanmoins sur la *GmbH*, essentiellement pour les mérites incontestés de cette forme sociale, mais également du fait des contraintes propres aux autres formes sociales.

#### 2.1.1 S'agissant de ces autres formes sociales :

##### 2.1.1.1 Commençons par la société anonyme ou par actions, dénommée *Aktiengesellschaft* ou *AG* :

La société par actions allemande est l'un des exemples les plus purs de société de capitaux. Elle se différencie de la société anonyme française en ce qu'elle ne recouvre traditionnellement qu'une faible part des entreprises allemandes et convient plus particulièrement au type de grosse société cherchant à disposer d'un capital important et à faire appel public à l'épargne.

Depuis l'introduction en bourse de la société Deutsche Telekom AG et la création du Nouveau Marché, la forme sociale de l'*AG* connaît cependant un certain regain d'intérêt.

Cette forme sociale est régie par une loi du 6 septembre 1965 - modifiée - imposante et rigide, dont les dispositions pour l'essentiel impératives prévoient en détail l'organisation et le fonctionnement de la société.

La société comprend obligatoirement trois organes:

- le Directoire (*Vorstand*),
- le Conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*),
- et l'Assemblée générale des actionnaires (*Hauptversammlung*),

dont les compétences sont strictement réglementées.

- L'Assemblée générale des actionnaires dispose de peu de compétences, les actionnaires n'ayant d'ailleurs que peu d'influence sur la gestion des affaires de la société. L'Assemblée a principalement pour rôle de nommer les membres du Conseil de surveillance, de donner quitus aux organes de gestion, de statuer sur la révocation du Conseil de surveillance, l'affectation du résultat annuel et de modifier les statuts. Mais elle dispose également de compétences qui ne sont pas prévues par la loi, dans des cas exceptionnels, en application des principes dégagés par la jurisprudence, lorsque les membres du Directoire prennent des décisions structurelles très importantes (par exemple, vente de la filiale la plus profitable représentant le tiers du chiffre d'affaires du groupe) qui portent ainsi atteinte aux intérêts patrimoniaux des actionnaires.

Sauf stipulation contraire des statuts, l'Assemblée générale statue à la majorité simple des voix exprimées, sauf dans les cas où la loi requiert une majorité qualifiée (trois quarts des voix exprimées pour les décisions extraordinaires). Ses résolutions font l'objet d'un procès-verbal notarié et pour les *kleine AG* d'un simple procès-verbal sous seing privé, hormis le cas de décision extraordinaire justifiant une majorité des trois quarts des voix, hypothèse dans laquelle la présence du notaire reste requise.

- Le Conseil de surveillance est un organe composé de 3 à 21 membres en fonction du montant du capital de la société. Il nomme le ou les membre(s) du Directoire et a pour mission de surveiller de manière permanente sa gestion. Son accord peut être nécessaire dans certains cas prévus par la loi ou les statuts (technique du catalogue).

Le Conseil de surveillance est un organe mixte qui, par l'application des règles de la cogestion, est composé de représentants des actionnaires et des salariés.

- Le Directoire est l'organe clef de gestion de l'*Aktiengesellschaft*; il s'agit d'un organe collégial composé au minimum de deux directeurs lorsque le capital social de la société est supérieur à la somme de 3.000.000 €. Il est composé exclusivement de personnes physiques.

Les membres du Directoire sont nommés pour une durée maximale de cinq années et ne peuvent être révoqués par le Conseil de surveillance que pour motif grave. Le Directoire dirige la société dans l'intérêt de l'entreprise, des actionnaires, des salariés et dans l'intérêt général. Si ses pouvoirs de gestion peuvent être limités, ses pouvoirs de représentation envers les tiers restent, eux, illimités. Les fonctions de membre du Directoire sont incompatibles avec celles de membre du Conseil de surveillance.

Afin d'étendre l'accès de cette forme de société aux entreprises de taille moyenne (*Mittelstandsunternehmen*) souhaitant pouvoir recourir ultérieurement à l'épargne publique, le législateur allemand a remanié en 1994 la loi :

- en assouplissant principalement les règles de constitution et de fonctionnement des sociétés appelées par la pratique *kleine AG* (et qui vise les petites sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne),
- tout en réformant certaines règles applicables à l'ensemble des *AG*.

A ce titre, il faut souligner que la loi n'a pas créé deux catégories d'*AG* - les grandes et les petites - ni une nouvelle forme de société. Cependant la petite société anonyme n'a pas rencontré le succès escompté par le législateur.

Le nombre de fondateurs requis pour la création de la société a ainsi été réduit de cinq à un. Le capital social minimum exigé est de € 50.000; il est divisé en actions négociables qui désormais peuvent être nominatives ou au porteur, dont la valeur nominale minimale a été diminuée à un (1) Euro, dans le but de favoriser une large diffusion de l'actionnariat.

L'adoption des statuts ainsi que la souscription des actions doivent être effectuées par acte notarié. Un quart au moins du montant minimal des actions ayant fait l'objet d'un apport en numéraire doit être immédiatement libéré. Les apports en nature doivent être quant à eux intégralement libérés. L'*AG* permet la création d'actions de préférence assorties de droits différents dans les limites autorisées par la loi, élargies par la modification législative de 1994. La création de la société est soumise à des mesures strictes de vérification et de publicité.

La société anonyme allemande reste donc une forme sociale lourde qui ne pourra que très rarement convenir à un investisseur ; et encore moins la société en commandite par actions (*Kommanditgesellschaft auf Aktien - KGaA*) qui ne sera donc pas abordée.

#### 2.1.1.2 Les sociétés de personnes, la commandite (*KG*) et la société en nom collectif (*OHG*) :

Les deux formes principales de sociétés de personnes prévues par le droit allemand ne peuvent convenir, de la même manière, à un fondateur que dans des cas très précis.

L'*Offene Handelsgesellschaft - OHG*), ainsi que la *Kommanditgesellschaft - KG*) sont des sociétés sans personnalité morale, à la différence du droit français. Elles disposent cependant d'une large capacité juridique.

Elles sont commerciales par nature. Les associés d'une *OHG*, ainsi que les associés commandités de la *KG* - à l'exception des commanditaires - assument une responsabilité illimitée pour les engagements de la société.

Ces sociétés de personnes bénéficient de la transparence fiscale et ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés (*Körperschaftsteuer*). Les revenus de la société sont imposés au niveau de chacun des associés.

Les sociétés de personnes présentaient également la particularité à laquelle les entrepreneurs allemands étaient très attachés, d'être dispensées de toute publicité de leurs comptes. Cependant, cette particularité a été largement vidée de sa substance par la loi *KapCoRiLiG* du 24 février 2000 qui a transposé tardivement la directive européenne sur le sujet.

La création de ces sociétés nécessite toujours la présence de plusieurs fondateurs, la loi n'ayant prévu la formule de la société unipersonnelle que pour la *GmbH* et pour l' *AG*. La jurisprudence a reconnu la possibilité pour une personne morale d'être associée d'une *KG* ou d'une *OHG*.

### 2.1.1.3 La GmbH & Co. KG

Il convient de noter le particularisme du droit allemand que constitue la *GmbH & Co. KG*, une des formes sociales les plus intéressantes, en ce qu'elle permet de cumuler les avantages propres aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux.

Il s'agit en effet d'une société en commandite, dans laquelle le commandité n'est autre qu'une *GmbH*. On comprend immédiatement l'intérêt de la formule, sur le plan de la limitation de responsabilité. La *GmbH & Co. KG* est en réalité une société de personnes à responsabilité limitée. L'ensemble des associés de la commandite disposent d'une responsabilité limitée:

- que ce soient bien sûr les commanditaires, engagés seulement à hauteur de leurs apports;
- ou la personne même du commandité, société à responsabilité limitée, dont l'engagement au sein de la *GmbH & Co. KG* ne peut en aucun cas excéder le montant du capital social de la *GmbH*.

Cette forme sociale est en particulier choisie par des entreprises de tailles petite ou moyenne qui réunissent un cercle limité d'associés, souvent liés par des relations familiales (comme holding familiale).

La *GmbH & Co. KG* ne dispose pas de la personnalité morale, comme toute société en commandite, mais d'une capacité juridique étendue. La loi ne prévoit pas de capital social minimal. L'ensemble des résolutions des associés doivent être adoptées à l'unanimité, sauf stipulation contraire du contrat de société. La loi offre ainsi une certaine souplesse aux associés.

La *GmbH* peut assurer la direction de la commandite sans devoir pour autant s'engager au-delà des limites que comporte sa limitation de responsabilité et sans pour autant être majoritaire dans son capital social. Dans la pratique, la *GmbH* ne détient en général aucune participation dans le capital social de la société en commandite.

Une *GmbH* unipersonnelle peut constituer une *GmbH & Co. KG* et ce, même dans le cas où l'associé unique en est également le commanditaire unique.

Le fait que la *GmbH & Co. KG* soit une société de personnes, dispense celle-ci des contraintes attachées aux sociétés de capitaux; elle dispose en particulier d'une grande flexibilité dans la rédaction de son contrat de société :

- La société en commandite n'est pas concernée en tant que telle par la cogestion. Cependant le fait pour une *GmbH* de participer à une commandite peut influencer directement sur les règles de cogestion applicables à cette même *GmbH*.
- La commandite n'est pas soumise à l'impôt sur les sociétés. Elle bénéficie de la transparence fiscale: les profits réalisés sont imposés au niveau de chacun des associés. La formule était encore plus intéressante avant l'entrée en vigueur en 1977 de la réforme de l'impôt sur les sociétés qui a pratiquement supprimé toute double imposition. Elle reste toutefois applicable en ce qui concerne l'impôt sur la fortune, dont la perception est toujours suspendue à ce jour pour inconstitutionnalité.

En ce qui concerne les sociétés de famille, la participation d'une *GmbH* en tant que commandité peut régler définitivement le problème de la succession lors du retrait du fondateur ou d'autres membres de la famille responsables de la gestion des affaires de la société et favoriser ainsi la pérennité de l'entreprise.

Tels sont donc les avantages que peut procurer cette forme sociale originale du droit des sociétés allemand. Elle peut être une prolongation judicieuse des activités de la *GmbH*, ne serait ce que par la facilité de financement au moyen des apports de commanditaires.

### 2.1.2 Les mérites de la GmbH

La loi *GmbH-Gesetz* ne prescrit qu'un contenu obligatoire réduit se limitant à:

- l'objet social de la société,
- sa dénomination sociale,
- l'indication de son siège social,
- ainsi que la mention de son capital social et le nombre et le montant nominal des parts sociales souscrites par les associés.

Ces mentions minimales sont impératives. L'ensemble des autres dispositions réglementant l'organisation et le fonctionnement de la société est laissé à la discrétion des associés :

- soit que la loi n'ait expressément rien prévu,
- soit que ses dispositions n'aient qu'une valeur supplétive.

Une *GmbH* pourra simplement :

- avoir un seul associé (*Gesellschafter*);
- un capital pouvant être réduit à un minimum de 1 € ;
- être administrée par un ou plusieurs gérants (*Geschäftsführer*);
- avec pour seul autre organe l'assemblée générale (*Gesellschafterversammlung*).

Mais les associés disposent aussi d'une très large marge de manœuvre :

- en donnant à leur *GmbH* la forme d'une société ouverte ou fermée, en décidant librement par exemple des conditions de cession des parts sociales ;
- en déterminant librement les droits revenant à chacun des associés ;
- et en déterminant librement le mode de gestion et de contrôle de la gestion.

#### 2.1.2.1 Les règles de cession des parts sociales :

Les associés sont libres de décider dans quelle mesure la cession des parts peut s'effectuer librement et donner ainsi plus ou moins à la *GmbH* le caractère de :

- société fermée (type société de personnes ou SARL) par le jeu de clauses d'agrément et/ou de préemption, les associés ayant toute liberté pour en aménager les conditions,
- ou ouverte (type pure société de capitaux).

### 2.1.2.2 Les droits attachés aux parts sociales :

Le droit allemand - ignorant les principes français d'interdiction des clauses léonines et d'encadrement de la privation du droit de vote (hormis pour la SAS) - permet de conférer :

- soit personnellement à un associé (*Sonderrechte*),
- soit à une part sociale (*Vorzugrechte*),

des droits tant pécuniaires qu'extra-pécuniaires, pouvant aller jusqu'à accorder:

- en ce qui concerne les droits aux dividendes :
  - le droit à une part des bénéfices proportionnellement supérieure au pourcentage de capital détenu;
  - ou le droit à un pourcentage du boni supérieur en cas de liquidation de la société, ou à un versement anticipé, ou à un quasi privilège sur le boni ; le droit de percevoir un dividende minimal, le droit de percevoir sa part de bénéfice avant même la distribution;
- En ce qui concerne les droits de vote:
  - un droit de veto, relatif à la prise de certaines décisions par les associés (par exemple, droit d'agrément en cas de cession de part sociale, etc.);
  - des droits de vote supplémentaires, multiples, ou pluraux;
  - le droit de nommer directement le ou les gérant(s), ou d'être soi-même désigné en qualité de gérant;
  - le droit de donner des instructions au(x) gérant(s), soit de manière générale, soit dans certains cas particuliers.

La notion de contrôle de la société est donc fort différente en France et en Allemagne, puisqu'une part sociale peut constituer une *golden share* ou qu'un associé peut disposer de droits extraordinaires au sein de la société.

### 2.1.2.3. Les organes sociaux :

La *GmbH* est gérée et représentée par un ou plusieurs gérants personnes physiques ou par un gérant et un *Prokurist*.

Les associés peuvent ainsi:

- soit accorder le pouvoir de représenter seul la société à l'un des gérants désignés;
- soit conjointement :
  - avec un ou plusieurs autres gérants (hypothèse que prévoit la loi à titre supplétif ; tout acte engageant la société doit alors être signé par l'ensemble des gérants (*echte Gesamtvertretung*);
  - ou avec le titulaire d'une *Prokura*, hypothèse que l'on rencontre fréquemment (*unechte Gesamtvertretung*).

La *Prokura* est un pouvoir de représentation défini dans le Code de commerce consenti en règle générale par les entreprises commerciales à certains de leurs cadres ou employés comme preuve de confiance. Le titulaire de la *Prokura* - dénommé *Prokurist* - est habilité à représenter la société en toutes matières judiciaires et extrajudiciaires.

Sauf habilitation particulière, le *Prokurist* n'est cependant pas habilité, à titre d'exception, à aliéner ou disposer à titre de sûreté des biens immobiliers de la société.

Au delà, il est possible dans une *GmbH* de créer des organes sociaux à la carte (cette possibilité n'existe que pour la seule SAS en France). Au-delà de la constitution d'un Conseil de surveillance à titre optionnel, les associés de *GmbH* peuvent prévoir dans leur contrat de société, la constitution d'un organe social collégial, entre la gérance et l'Assemblée générale des associés.

Il est une fois de plus remarquable que les associés disposent d'une totale liberté pour créer un organe social supplémentaire et déterminer sa compétence, ainsi que son appellation. Cette faculté est fréquemment utilisée par les fondateurs d'une *GmbH* qui souhaitent en particulier contrôler l'activité du ou des gérant(s) de la société ou autoriser préalablement certains de ses actes. Ces organes sociaux collégiaux de *GmbH* se retrouvent sous le nom de *Beirat*, *Verwaltungsrat*, voire sous toute autre appellation.

Le contrat de société détermine librement sa composition, son rôle, pouvoirs et responsabilités et le mode de nomination de ses membres.

L'exercice du pouvoir au sein de la *GmbH* est ainsi librement déterminé par les associés de la société.

## 2.2. - Vérifications préalables

Il convient en premier lieu de poser certaines questions préliminaires au client :

1. Combien êtes-vous de fondateurs ?
2. Souhaitez-vous capitaliser votre société ?
3. Envisagez-vous de faire appel public à l'épargne ?
4. Souhaitez-vous un mode de gestion souple ou plus structuré ?
5. Souhaitez-vous une société plutôt ouverte ou fermée ?
6. Le mandataire social sera-il un fondateur ou un tiers ? Dans quelle mesure souhaitez-vous le contrôler ?

De prime abord, les sociétés de personnes ne seront pas choisies compte tenu de la responsabilité illimitée et de leur nombre réduit dans le paysage sociétal allemand.

La société par actions *AG* n'est à envisager que si un appel public à l'épargne est souhaité, une petite *AG* est envisageable sans appel public à l'épargne, mais les fondateurs craindront une gestion lourde de la société.

Dans l'essentiel des cas, la *GmbH* sera la forme sociale à conseiller, choisie par les fondateurs.

Il convient toutefois de définir quel type de *GmbH*, compte tenu de la souplesse remarquable de cette forme sociale.

Et au-delà, expliquer au(x) fondateur(s) qu'il existe depuis la réforme législative de 2008 (Loi *MoMiG*) deux types de simplifications importantes pour les fondateurs :

- le recours optionnel à un formulaire de constitution dans certaines circonstances, prévu par la loi, en lieu et place du contrat de société (a) ;
  - la création d'une forme allégée de *GmbH* avec un capital social minimal de un (1) € (b)
-

(a) Les formulaires de constitution

La loi a prévu une procédure simplifiée de création de *GmbH*, réservée aux sociétés comprenant tout au plus :

- trois associés,
- et un seul gérant.

Dans ce cas, les fondateurs peuvent recourir à l'un des deux formulaires de constitution (*Musterprotokoll*), joints en annexe au texte de loi :

- formulaire pour une société comportant un associé unique,
- et formulaire pour une société constituée de 2 ou 3 associés.

Les fondateurs sont alors tenus de souscrire tel quel le formulaire, sans y apporter d'adjonctions ou de modifications et de ne pas déroger aux dispositions de la loi *GmbH-Gesetz*. Le formulaire de constitution remplit alors les fonctions de contrat de société, d'acte de nomination du gérant et de liste des associés.

Le recours au formulaire n'est bien sûr pas obligatoire. Trois associés fondateurs souhaitant par exemple constituer une *GmbH* avec un seul gérant peuvent naturellement choisir de conclure un contrat de société sous la forme classique.

Ne pouvant déroger au texte de la Loi *GmbH-Gesetz*, les dispositions supplétives de la Loi s'appliquent, ainsi par exemple la libre cessibilité et transmissibilité des parts sociales.

Cette solution peut ainsi ne pas convenir aux associés souhaitant contrôler la cession des parts sociales, ou généralement déroger aux dispositions supplétives de la Loi ; ils pourront facilement l'écarter en préférant conclure un contrat de société.

(b) Les *GmbH* au capital social minimal de un (1) € :

La loi *MoMiG* a ainsi distingué entre deux types de *GmbH* :

- la *GmbH* constituée sous sa forme classique avec un capital minimal de 25.000 €,
- et une nouvelle sœur cadette de la *GmbH* dénommée *Unternehmergeinschaft (UG)*, qui peut être constituée avec un capital minimum de un (1) Euro [jusqu'à la somme de 24.999 €] qui doit être exclusivement constitué d'apports en numéraire.

La dénomination sociale de cette forme de *GmbH* doit obligatoirement indiquer les termes : *Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)* ou *UG (haftungsbeschränkt)*.

Les *Unternehmergeinschaften* sont tenues de constituer une réserve légale au bilan, sur laquelle est versé, lors de chaque exercice, un quart du bénéfice de l'exercice, diminué de la perte de l'exercice précédent. Le législateur allemand a entendu par cette règle doter l'*UG*, qui ne dispose éventuellement au commencement que d'un capital social très faible, de capitaux propres au cours des années.

Il est ainsi tout à fait possible pour des fondateurs de combiner ces deux assouplissements distincts:

- en recourant à un formulaire de constitution (*Musterprotokoll*), si la société comprend tout au plus trois associés et un seul gérant ;

- et en optant pour un capital inférieur au minimum légal de 25.000 €, en créant une société *UG (haftungsbeschränkt)*.

### 2.3. - Autres éléments sur lesquels l'attention des fondateurs doit être attirée

Si le client opte pour la création d'une *GmbH*, le conseil doit également l'informer de ce qui suit :

- L'exigence d'un acte notarié :
  - tant pour la constitution de la société,
  - que pour la cession des parts sociales,
  - ou le fait de consentir une simple option de cession de parts sociales,

sous peine de nullité de l'acte.

Le notaire procède à la *Beurkundung*, c'est-à-dire qu'il s'assure du consentement des associés fondateurs, en recourant le cas échéant à des interprètes et contrôle la légalité de l'acte, dont il procède à la lecture à haute voix (*Vorlesung*). Cette formalité occasionne un surcoût pour les associés fondateurs.

- Le principe de préservation du capital social de la société, gage des créanciers :

L'actif distribuable se définit au niveau du bilan de la *GmbH* comme la proportion d'actif net, excédant le montant nominal du capital social. Il est interdit de distribuer la partie de l'actif net correspondant au capital social.

Cette règle a cependant été assouplie dans ses modalités par la loi *MoMiG*, qui si elle confirme le principe d'une interdiction de remboursement des apports, autorise dans certains cas les paiements opérés sur l'actif social, sauf en cas de demande d'ouverture d'une procédure collective.

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 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 en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Rappelons qu'en France, en application d'une directive communautaire, il est nécessaire d'engager une procédure particulière seulement en cas de perte de la moitié du capital social.

- L'application des règles de la cogestion.

Le droit allemand distingue entre deux types de cogestion :

Cogestion au sein du Conseil de surveillance et cogestion au sein du *Betriebsrat* (comité d'entreprise de droit allemand) :

- Au sein du Conseil de surveillance :

La cogestion est une forme singulière - particulière au droit allemand - de participation et de codécision des représentants des salariés au sein du Conseil de surveillance des sociétés de capitaux (auxquelles est assimilée la *GmbH*), avec des droits équivalents à ceux des représentants des actionnaires/associés. Son application et son régime spécifique dépendent du nombre de salariés :

- à compter de 500 : un tiers des membres du Conseil de surveillance doivent être des représentants des salariés de l'entreprise ;
  - à compter de 2000 : composition paritaire des représentants des associés / représentants des salariés au sein du Conseil de surveillance (*erweiterte Mitbestimmung*) ;
  - Si la *GmbH* relève en revanche du secteur des entreprises métallurgiques et minières et que son effectif est supérieur à 1000 salariés, elle est soumise à la loi sur la cogestion de 1951 qui étend encore les règles de la participation salariale à la gestion de l'entreprise (*qualifizierte Mitbestimmung*). Les représentants salariés disposent d'un droit spécifique pour la désignation et la révocation d'un directeur du personnel (*Arbeitsdirektor*) qui dispose d'un statut équivalent à celui du gérant et est en particulier compétent pour toutes les questions en matière de personnel et dans le domaine social.
- Au sein du Betriebsrat :

Le *Betriebsrat* allemand dispose de beaucoup plus de compétences, de droits à cogestion et d'influence sur les affaires de l'entreprise que le comité d'entreprise du droit français. C'est à ce stade que les salariés sont directement représentés pour défendre leurs intérêts envers l'employeur, tant en matière personnelle, que sociale ou économique.

La loi allemande lui accorde de véritables droits de cogestion (*Mitbestimmungsrechte*) dans certains domaines, en particulier celui des affaires sociales (droit d'exiger de l'employeur qu'il renonce à des mesures unilatérales et entame des négociations pour conclure avec lui un accord d'entreprise (*Betriebsvereinbarung*), accord préalable pour l'embauche, la mutation d'un salarié ou la délocalisation, consultation obligatoire en cas de licenciement, etc.).

Mais également :

- Parallèlement à l'acte de nomination (*Bestellung*) qui fait du gérant un organe social de la société, ce dernier est par ailleurs lié conventionnellement à la *GmbH* par un contrat d'emploi (*Dienstvertrag* ou *Anstellungsvertrag*). Ce contrat diffère d'un contrat de travail par l'absence de subordination hiérarchique (*arbeitsrechtliches Weisungsrecht*) de son bénéficiaire. Ce contrat est dispensé de règles de forme. Il peut donc être oral ou écrit. Pour des raisons de preuve et de justification (déductibilité fiscale des rémunérations versées), il est le plus souvent conclu par écrit.
- Le contrat de société peut prévoir - lors de la constitution de la société ou lors d'une modification ultérieure - le principe d'un capital autorisé (*genehmigtes Kapital*), 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 5 années à compter de l'immatriculation de la société ou de l'inscription modificative.

- 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 associés de choisir un lieu d'administration et de gestion différent du 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 activité - lieu d'administration et de gestion - dans une succursale située à l'étranger.
- Le droit allemand connaît le concept de groupe de sociétés (*Konzern*) qui fait l'objet à ce titre d'une législation spécifique, contenue dans la loi sur les sociétés anonymes (*Aktiengesetz* ou *AktG*). Il ne s'agit toutefois pas d'une réglementation d'ensemble ; on retrouve en effet des règles faisant référence à la notion de *Konzern* dans plusieurs autres lois (notamment Code de commerce et lois applicables en matière de cogestion).

Et de manière plus anecdotique :

- Le pouvoir est de nature collégiale en Allemagne, aussi sera-t-il rare de n'avoir qu'un seul gérant dans une *GmbH*, comme en France.
- Quelle que soit la forme sociale, le droit allemand réserve les mandats sociaux aux personnes physiques (pas de personnes morales) ;
- Une société peut être créée pour une durée indéterminée en Allemagne (et non pour une durée maximale de 99 ans comme en France) ;

## 3 . - Rédaction et formules

### 3.1. - Rédaction

Soit les fondateurs décident par volonté de simplification de recourir à la création d'une *GmbH* par voie de formulaire : Dans ce cas ils doivent se conformer au texte de la Loi *GmbH-Gesetz* et renoncer ainsi à toutes les flexibilités.

Soit ils décident de recourir à la rédaction d'un contrat de société qui leur permettra de définir - à la carte - le type de société choisi et son organisation.

Dans ce cas, à l'instar des statuts de SAS française, mais même au-delà, il conviendra de veiller à la rédaction du contrat de société de la *GmbH*.

- Règles de cession des parts sociales :

Définir très précisément la procédure d'agrément et la personne qui détient ce pouvoir.

- Droits attachés aux parts sociales :

Les décrire très précisément. La multiplicité d'options en l'absence de contraintes légales permet de constituer de véritables *golden shares*.

- Organes sociaux :

Bien définir les règles de représentation de la société.

En cas de constitution d'un organe supplémentaire de type *Beirat*, bien s'interroger sur le rôle qui doit lui être attribué :

- simple instance de conseil ou de consultation, donnant des avis purement indicatifs à la gérance,
- ou nomination du ou des gérant(s);
- contrôle de leur gestion, droit permanent d'information et de communication; surveillance de la préparation de l'arrêté des comptes et approbation des comptes;
- convocation de l'Assemblée générale des associés;
- représentation de la société en cas de contestation avec la gérance;
- le cas échéant, autorisation donnée pour certains actes conclus par la gérance, conformément au contrat de société.

Sur tous ces points, le rôle du conseil sera majeur pour éclairer son client.

### 3.2. - Formules

## 4 . - Formalités et taxation

---

### 4.1. - Formalités

Les étapes principales de la constitution de la *GmbH* sont:

- l'élaboration du contrat de société qui, contrairement au droit français, doit être impérativement établi sous forme notariée ;
- la nomination du ou des gérant(s) ;
- la libération des apports à concurrence du montant prévu par la Loi ;
- le dépôt de la demande d'immatriculation de la société au Registre du commerce du ressort du siège social, puis l'inscription définitive après examen par le Tribunal, suivie d'une publicité réduite concernant la société.

4.1.1 Le contrat de société de la *GmbH* - tout comme le formulaire utilisé pour la constitution d'une société sous forme simplifiée - (comme les statuts d'une *Aktiengesellschaft*) doivent être signés par devant notaire. A la différence du droit français, le notaire (*Notar*) doit authentifier l'acte, formalité incluant devoir de conseil et obligation de renseignement, ainsi que contrôle de la légalité de l'acte. Cette formalité se dénomme *Beurkundung*.

A défaut de *Beurkundung* notariale du contrat de société, le contrat est frappé de nullité; le non respect de cette règle essentielle de forme empêche par ailleurs l'immatriculation de la société au Registre du commerce.

Toutefois, la formalité de la *Beurkundung* est généralement très simplifiée par le fait que les fondateurs établissent un pouvoir (*Vollmacht*) au nom de leur avocat ou d'une autre personne, aux fins de créer la société. Il suffit au mandataire de comparaître par devant notaire, la formalité étant d'autant plus facilitée que dans certains *Länder*, les professions de notaire et d'avocat sont cumulables et que nombre de cabinets d'avocats comprennent en leur sein un ou plusieurs notaire(s).

---

4.1.2 Les apports peuvent être effectués en numéraire ou en nature, à l'exception des *Unternehmergesellschaften* (seulement apports en numéraire). Les fondateurs ne peuvent pas non plus convenir d'apports en nature s'ils optent pour une création simplifiée avec formulaire de constitution (*Musterprotokoll*).

La loi allemande n'exige, avant l'immatriculation de la *GmbH*, la libération immédiate que du quart de chaque part sociale, cependant sous deux réserves:

- quel que soit le montant du capital social, le montant libéré des parts doit représenter au moins la moitié du capital social minimum, soit la somme de 12.500 €,
- les apports en nature doivent être entièrement libérés avant l'immatriculation de la société.

Le capital social des UG (*haftungsbeschränkt*) doit être intégralement libéré avant le dépôt de la demande d'immatriculation au Registre du commerce.

4.1.3 La demande d'immatriculation doit faire l'objet d'une certification (*öffentliche Beglaubigung*) par un notaire et être transmise par voie électronique au Tribunal du Registre du commerce, accompagnée d'autres documents.

Le Tribunal est tenu de vérifier avant l'immatriculation que l'ensemble de la procédure de constitution de la *GmbH* a été effectuée conformément aux dispositions de la Loi. Il est habilité à cette fin à demander aux fondateurs tout supplément d'information ainsi qu'à requérir tout avis officiel. Cependant, le Tribunal ne se livre à aucun contrôle d'opportunité et est tenu d'immatriculer la société si elle répond aux conditions légales, tout comme de refuser l'immatriculation dans le cas contraire.

Le Tribunal du registre procède aux formalités de publicité sur le site Internet : [www.handelsregisterbekanntmachungen.de](http://www.handelsregisterbekanntmachungen.de). L'avis d'insertion reproduit l'ensemble des mentions ayant fait l'objet de l'immatriculation. Les informations publiées peuvent ensuite être consultées sur les sites suivants : [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) et [www.unternehmensregister.de](http://www.unternehmensregister.de).

Les publicités auxquelles la société est tenue en application de la loi ou du contrat de société sont effectuées au *Bundesanzeiger* électronique, dans la partie *Gesellschaftsbekanntmachungen* (publicités légales des sociétés). L'adresse électronique du « *Bundesanzeiger* » est : [www.ebundesanzeiger.de](http://www.ebundesanzeiger.de).

La *GmbH* dispose alors de la personnalité morale à compter de son immatriculation. L'ensemble des engagements souscrits par les fondateurs au nom de la société en formation est automatiquement repris par la *GmbH* nouvellement immatriculée.

## 4.2. - Taxation

Les honoraires du notaire peuvent surprendre dans la majorité des cas les investisseurs étrangers, en particulier français, habitués à ne payer que les honoraires de leur avocat ; ceux-ci sont généralement étonnés tant par leur existence que par le montant exigé au regard de la formalité effectuée.

Il importe donc de les budgétiser en cas de constitution d'une filiale en Allemagne, et tout particulièrement dans le cas d'une acquisition de société.

Les honoraires du notaire sont établis en proportion de l'enjeu du dossier *Geschäftswert* sur la base d'un barème figurant dans un texte dénommé *KostO*. La *Beurkundung* du formulaire de constitution d'une *GmbH* ou d'une *Unternehmergesellschaft* fait l'objet d'une tarification plus favorable du fait que le montant plancher de 25.000 € pour le calcul des honoraires notariaux n'est pas applicable.

### 4.3. - Check-list

Cette check list sera adaptée au cas particulier d'un investisseur français souhaitant constituer une filiale en Allemagne.

La préférence pour la création d'une filiale par rapport à une succursale s'explique aisément par le fait que la création et le fonctionnement d'une succursale entraînent généralement presque autant de formalités juridiques, travail administratif et donc de frais généraux.

L'investisseur devra alors se poser les questions suivantes :

- Quelle pérennité de la structure : durée de la société ?
- Quelle capitalisation nécessaire ?
- Souhait de constituer une société la plus simple possible (unipersonnelle ou avec peu d'associés) et un fonctionnement réduit : *GmbH* :
  - Constituée sans contrat de société, par voie de formulaire, en renonçant aux flexibilités que permettent les dispositions supplétives de la Loi ;
  - Voire avec un capital inférieur au minimum de 25.000 euros, sous la forme d'une *UG (haftungsbeschränkt)*.
- Souhait au contraire de profiter des flexibilités de la Loi, en concluant un contrat de société permettant de créer une société à la carte, en fonction des souhaits des associés.

L'investisseur devra dans tous les cas s'entourer des conseils :

- d'un avocat (*Rechtsanwalt : RA*);
- mais aussi d'un expert comptable (*Wirtschaftsprüfer*).

Les obligations comptables de la société sont fonction de la taille de la *GmbH* (total de bilan, chiffre d'affaires et nombre de salariés) ; les petites *GmbH* échappent à l'obligation de certification des comptes.

Il devra être attentif aux règles, en particulier sociales, qui diffèrent très notablement de ce qu'il connaît en France (constitution d'un *Betriebsrat* en général dès que le seuil de 5 salariés est franchi, avec les compétences particulières qui lui reviennent) ;

et en cas d'acquisition d'une société allemande de taille plus importante, aux règles de cogestion au sein du Conseil de surveillance, si le nombre de salariés le justifie.