Contenu

• Nouveau droit de la GmbH

• Droit de commerce et des sociétés actuel

• Droit de bail commercial actuel

Chers Lecteurs,

Nous vous adressons notre première lettre aux clients pour l'année 2009, lettre dans laquelle, comme de coutume, nous vous informons au sujet de lois et d'arrêts d'actualité rendus par les tribunaux dans le domaine du droit des affaires.

Avec le numéro 01/09, notre bulletin d'informations s'est rajeuni et s'est donc aligné sur le nouveau design de notre site Internet. Nous vous invitons à découvrir notre site Internet revu et corrigé sous www.grooterhorst.de si vous souhaitez obtenir de plus amples informations au sujet de notre cabinet et de nos avocats.

Je vous souhaite une agréable lecture.

Avec mes cordiales salutations.

Dr. Grooterhorst
Rechtsanwalt

A. Actualité

Nouveau droit de la GmbH depuis le 01.11.2008 : nouvelles possibilités de création – Plus grande flexibilité – Dispositions anti-abus

La loi sur la modernisation du droit de la GmbH et sur les dispositions anti-abus (MoMiG) est entrée en vigueur le 01.11.2008. Par conséquent, certaines modifications d'une importance fondamentale concernant le droit de la GmbH sont devenues réalité.

La MoMiG a essentiellement trois objectifs : en facilitant et accélérant la création d'entreprises, elle se propose de rendre la GmbH plus attrayante par rapport aux formes de société étrangères (en particulier par rapport à la « Limited » anglaise). Elle veut en outre rendre la GmbH plus flexible sous l'angle du siège et de l'acquisition de parts. Enfin, elle veut réprimer différents abus que l'on a constatés lors du passé.

Faciliter et accélérer les créations d'entreprises – Nouvelle société d'entrepreneurs (UG) – Création avec un procès-verbal type

I. A l'avenir, il devrait être plus simple et beaucoup plus rapide de créer une société. Les « entrepreneurs créateurs de jeunes pousses », en particulier, auront la possibilité, avec un capital social de seulement un euro, de créer une société d'entrepreneur à responsabilité limitée (« UG »). En tant que « Mini-GmbH », l'UG est assujettie alors à l'interdiction d'un apport en nature. En outre, il existe une obligation de porter au bilan un quart du bénéfice net total en tant que réserve (thésaurisation forcée). Une augmentation du capital social à une date ultérieure permettra ensuite de transformer l'UG en une GmbH.

La fondation d'une GmbH présuppose comme auparavant un capital social de 25 000,00 €. Lors des créations standard de sociétés, les procès-verbaux types sont censés garantir un déroulement rapide et moins onéreux. Selon le procès-verbal type, la création doit toutefois respecter certaines restrictions si bien que, dans le cas d'espèce, il faut bien réfléchir si une telle procédure de création est réellement appropriée. Le fait que, à l'avenir, l'attribution d'autorisations selon le droit administratif ne sera plus le préalable à l'inscription d'une GmbH au registre du commerce contribuera à accélérer plus encore la procédure.

Plus grande flexibilité – Siège social dans un pays étranger de l'UE – Acquisition de parts de bonne foi – Nombre de parts sociales – Augmentation du capital

II. A l'avenir, la GmbH pourra avoir son siège social dans un pays étranger de l'UE même si son siège statutaire se trouve en Allemagne. En raison de la jurisprudence de la CJCE, une société de capitaux ayant son siège dans un pays étranger de l'UE doit par principe être reconnue (théorie de la création). Cela a aussi pour effet d'accroître son attractivité aux yeux des entrepreneurs allemands parce qu'ils peuvent maintenant aussi utiliser la forme d'organisation de la GmbH au-delà des frontières de leur pays. Pour les pays non membres de l'UE, cette reconnaissance mutuelle ne s'applique pas (cf. ci-dessous droit des sociétés B. IV.).

Une autre nouveauté importante est que, désormais, des parts sociales peuvent aussi être acquises de bonne foi. La restriction de transmission d'actions liées, autrement dit le fait de rendre la cession efficace d'une part sociale dépendante de l'assentiment (de la majorité) des associés, ne peut plus empêcher l'acquisition par un tiers de bonne foi. Le point de référence pour la bonne foi de l'acquéreur est la liste des associés, que l'on peut consulter dans le registre du commerce.

A l'avenir, il sera donc d'autant plus important de veiller à ce que la liste des associés soit toujours à jour.

Une autre nouveauté est qu'un associé a aussi le droit d'acquérir plusieurs parts sociales dès la création de l'entreprise. Cela facilite la cession, mais aussi la mise en gage de différentes parts sociales en faveur des banques assurant le financement. A la différence de ce qui était valide conformément à l'ancien droit de la GmbH, le partage de parts sociales n'est, également, plus lié à une fin précise.

A l'instar de ce qui vaut pour les sociétés anonymes, le nouveau droit de la GmbH prévoit en outre l'instrument du capital autorisé, qui permet de procéder plus facilement à des augmentations du capital. Sur le plan de la législation en matière d'insolvabilité, les

prêts consentis à des associés et les prestations équivalentes sur le plan économique sont assimilés à une substitution de fonds propres et, par conséquent, à des créances subordonnées indépendamment de leur caractère

Dispositions anti-abus – Responsabilité des associés

III. En vertu de la MoMiG, les associés d'une GmbH seront, à l'avenir, tenus d'assumer des responsabilités plus fortes qu'auparavant. D'une part, désormais, les associés sont astreints, en cas d'existence d'un motif d'insolvabilité, à déposer une demande d'insolvabilité lorsque la GmbH n'a plus de direction. D'autre part, les associés sont tenus responsables envers la GmbH lorsqu'ils nomment un gérant qui est exclu de la direction. A ce propos, il convient de veiller à ce que la MoMiG a considérablement élargi le catalogue menant à l'exclusion d'une personne de la direction, en vertu de quoi une condamnation motivée par une infraction commise contre des dispositions majeures du droit pénal des affaires peut être suffisante.

En outre, chaque GmbH doit déposer auprès du registre de commerce une adresse compatible avec une notification dans le pays. Ceci a pour but de prévenir les insolubles problèmes de notification et, ainsi, de faciliter considérablement les poursuites juridiques.

Dr. Jens Heller

B. Droit des sociétés

Responsabilité d'organes – Obligation prioritaire du gérant de la GmbH de verser les cotisations à la sécurité sociale

I. Dans un arrêt du 02.06.2008 (no de dossier : II ZR 27/07), la Cour fédérale de justice (BGH) a statué qu'un gérant de GmbH peut aussi se rendre passible de dommages-intérêts lorsque, en cas d'insolvabilité de la société, il ne verse pas les cotisations des salariés à la sécurité sociale au prétexte qu'il veut respecter le précepte de sauvegarde de la masse.

Avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un gérant d'une GmbH devenue insolvable n'avait par versé de cotisations à la sécurité social au service de perception alors même que des fonds en liquide de la société étaient encore disponibles. Pour cette raison, le service de perception a porté plainte pour dommages-intérêts contre le gérant de la GmbH insolvable pour action non autorisée commise volontairement.

Les gérants d'une GmbH doivent verser les cotisations des salariés à l'organisme de tutelle de la sécurité sociale. S'ils ne satisfont pas à cette obligation, ils sont tenus personnellement responsables envers l'organisme de tutelle de la sécurité sociale. D'un autre côté, après la survenance de l'insolvabilité d'une société, les gérants sont astreints à ne pas réduire le patrimoine de la GmbH dans l'intérêt de tous les créanciers ; ils peuvent se rendre passibles de dommages-intérêts envers la totalité des créanciers. En cas de survenance d'une crise de la société se pose alors, pour les gérants, la question de savoir quelles obligations ils doivent respecter en priorité.

La Cour fédérale de justice a répondu à cette question en faveur d'une priorité des cotisations de salariés ; dans ce cas-là, l'interdiction de versements d'argent visée au § 64 alinéa 2 HGB (ce que l'on appelle le précepte de sauvegarde de la masse) ne s'applique pas. Bien au contraire, il est compatible avec la « diligence d'un gérant prudent et avisé » que le gérant verse les cotisations des salariés parce que, dans le cas contraire, il s'exposerait à des poursuites sur le plan du droit pénal.

Dans la pratique, cette jurisprudence de la Cour fédérale de justice signifie que, même en cas d'insolvabilité de la société, les gérants sont astreints à verser les cotisations des salariés à la sécurité sociale. Les gérants ne peuvent mettre un terme à l'obligation de paiement des cotisations qu'en déposant une demande d'insolvabilité.

Rainer Burbulla

Liberté d'établissement pour les sociétés – Droit du siège social pour les sociétés provenant d'Etats tiers de l'UE

II. En cas de transfert d'une société au-delà de la frontière dans un pays de l'UE (par ex. le transfert du siège social dans un autre pays de l'UE), c'est, selon la jurisprudence la plus récente, la théorie de la création qui s'applique : les sociétés conservent leur forme juridique après leur création également lorsque le siège se trouve dans un autre Etat de l'UE dès lors que le droit de l'Etat de création l'autorise (CJCE du 16.12.2008 – RS.C – 210/06, Cartesio / Hongrie). Une « Limited » britannique demeure donc une « Limited » en Allemagne aussi.

Par un arrêt du 27.10.2008, no de dossier : II ZR 158/06, la Cour fédérale de justice (BGH) a statué que cela ne s'appliquait pas aux pays tiers de l'UE : une société anonyme suisse, en tant que société provenant d'un Etat tiers de l'UE, ne peut pas transférer son siège en Allemagne sans prendre aussi une forme juridique conforme au droit allemand. C'est la raison pour laquelle la société anonyme suisse a été traitée par la Cour fédérale de justice, selon le droit allemand, comme étant une société en nom collectif : la totalité des actionnaires doivent être tenus personnellement responsables envers la société anonyme pour les dettes de la société.

Niklas Langguth

C. Droit de bail professionnel

Pas de délais rigides dans le droit de bail professionnel non plus pour les travaux d'entretien et de réparation

I. Par son arrêt du 08.10.2008 (no de dossier : XII ZR 84/06), la Cour fédérale de justice a maintenant aussi statué en plus haute instance qu'un transfert au locataire des travaux d'entretien et de réparation à effectuer par le locataire, conformément à un formulaire de contrat de bail, est invalide même avec les contrats de bail relatifs à des locaux professionnels lorsque, indépendamment de l'état des locaux, le locataire doit être astreint à procéder à la rénovation à l'arrivée à expiration de délais rigides.

La Cour fédérale de justice fait donc sienne la jurisprudence bien connue concernant le droit de bail d'habitat également pour le droit de bail professionnel et confirme les arrêts déjà rendus auparavant par les tribunaux de grande instance.

Restriction de la responsabilité sous forme de formulaire en cas de retard lors de la remise de locaux professionnels loués

II. De l'avis de la Cour d'appel de Düsseldorf (résolution de remarque du 24.01.2008 - 24 U 95/07), il est possible de circonscrire des droits à dommages-intérêts du locataire de locaux professionnels pour retard de la remise de l'objet de location dans le cadre d'un contrat de bail standard à l'intention et à la négligence grossière de la part du bailleur.

Cela s'applique aussi lorsqu'une telle restriction de la responsabilité a été formulée dans une clause de contrat générale qui se réfère à chaque état de fait de responsabilité, même si cela doit englober des obligations légales ou des obligations de prestations principales ou secondaires contractuelles.

Tobias Törnig

Notice

Editeur
Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
D-40212 Düsseldorf
Tel. +49/211/864 67-0
Fax +49/211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de

Concept et agencement
Ufer und Compagnie
Werbeagentur GmbH
Darmstädter Landstraße 184
60598 Frankfurt am Main
Tel. +49/69/96 87 20-0
Fax +49/69/96 87 20-30
www.uferundcie.de

Impression
Krautstein & Hampf
Druck GmbH
Kappeler Str. 39
40597 Düsseldorf
Tel. +49/211/99 60 10
Fax +49/211/996 01 44