La Kanzlei

Le gérant d'une GmbH en Allemagne

Gesellschaftsrecht

Vous êtes ou venez d'être nommé en qualité de gérant d'une GmbH (société à responsabilité limitée, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), vous trouverez ci-après les réponses aux questions principales que vous serez éventuellement amené à vous poser quant aux différences par rapport système juridique français :

Sommaire

- **Suis-je tenu aux directives des associés ?**
- **Quels sont mes droits en cas révocation ?**
- **Quid de la sécurité sociale et des allocations chômage ?**
- **Le droit allemand connait-il le cumul du mandat avec un contrat de travail ?**
- **Gérant indépendant : Comment puis-je m'assurer à l'assurance chômage ?**
- **Dans quels cas ma responsabilité personnelle est-elle engagée lorsque j'agis pour le compte de la société ? Puis-je limiter ma responsabilité ?**
- **Quelles sont mes obligations au cours d'une année ?**
- **Quelles sont mes obligations en cas de perte de capitaux propres ?**
- **Le droit allemand connait-il la notion des conventions réglementées ?**
- **Le gérant est-il soumis à une obligation de non-concurrence ?**
- **Qu'est-ce que le Prokurist en droit allemand ?**



https://www.youtube.com/embed/xwg1Q3Z9y-A

[1] Suis-je tenu aux directives des associés ?

Le gérant d'une GmbH **est lié aux décisions collectives des associés et doit de ce fait respecter les directives de ces derniers, quel que soit leur sujet ou leur formulation**. Cette dépendance face aux directives des associés constitue une différence majeure par rapport au droit français, lequel pose le principe de l'indépendance du gérant.

Ces directives ne sont en revanche pas opposables aux tiers et un acte pris en méconnaissance de celles-ci engagera néanmoins la société envers les tiers parties. Cependant, l'inobservation des directives formulées par les associés pourra conduire à l'octroi de dommages et intérêts pour la société ou constituer un motif légitime de révocation.

Limites :

Le gérant étant tenu de **respecter les obligations légales** liées à son statut et d'agir conformément à la loi et aux bonnes mœurs, il devra refuser de suivre toute directive qui serait contraire à celles-ci. De même, conformément à son devoir de loyauté vis-à-vis de la société, le gérant ne pourra suivre les directives en contradiction manifeste avec les **intérêts fondamentaux de la société**, notamment celles qui seraient par exemple susceptibles d'entraîner son insolvabilité. En revanche, le simple fait que la directive entraine un désavantage pour la société ne permet pas au gérant de s'affranchir celle-ci.

[2] Quels sont mes droits en cas révocation ?

En droit allemand, la **révocation** du gérant est en principe **libre** et peut se faire par décision des associés adoptée à la majorité simple, sauf clause statutaire contraire. La révocation fait l'objet d'une inscription au registre du commerce. Contrairement au droit français, le gérant allemand ne peut faire valoir des dommages et intérêts en l'absence de juste motif ou pour non-respect du contradictoire : **le gérant n'a donc pas droit à des dommages et intérêts du seul fait de sa révocation**.

Il convient par ailleurs de distinguer entre la fonction du gérant en tant qu'organe de la société et le contrat de gérance (Geschäftsführeranstellungsvertrag) conclu entre le gérant et la société (en effet, en droit allemand, le mandat du gérant est principalement régi par les dispositions de ce contrat, fixé par écrit en supplément de l'acte de nomination).

Malgré une éventuelle révocation, **le contrat de gérance reste** en principe **en vigueur** et le gérant révoqué continue de toucher sa rémunération habituelle au titre de son contrat de gérance. Son contrat de gérance pourra toutefois être résilié – sous réserve de stipulation contraire – sans aucun

motif et aucune indemnité, mais ne prendra fin qu'à l'expiration du délai de préavis légal ou convenu au contrat.

Les délais de préavis légaux sont particulièrement courts (p.ex. 1 mois pour une ancienneté allant jusqu'à 5 ans, 2 mois pour une ancienneté de 8 ans). Ainsi, le gérant a tout intérêt de convenir d'un délai de préavis suffisamment long (minimum 3 mois) pour maintenir sa rémunération aussi longtemps que possible.

Pour autant, il n'est souvent pas dans l'intérêt des parties que l'ancien gérant, une fois révoqué, demeure au sein de l'entreprise et continue à toucher à sa rémunération. Le plus souvent, le gérant sera donc libéré de ses obligations contractuelles envers la société immédiatement après avoir été révoqué, alors même que le contrat de gérance n'aurait pas encore pris fin. Si le gérant commence une nouvelle activité professionnelle pendant le temps de dispense du préavis, ses nouveaux revenus pourront être défalqués de la rémunération due par la société.

Une résiliation immédiate du contrat de gérance en parallèle de la révocation en tant qu'organe n'est possible qu'en cas de révocation pour faute grave.

Les parties s'accordent souvent sur une **rupture conventionnelle** afin de mettre fin au contrat de gérance en même temps qu'au mandat. Si le gérant est affilié à l'assurance chômage en Allemagne (cf. infra III.), il conviendra de s'assurer que le contenu de cet accord ne s'apparente pas à une démission de la part du gérant, laquelle pourrait empêcher le versement de l'allocation chômage pendant un délai d'attente.

Qu'en est-il de la démission ?

De manière comparable au droit français, le gérant peut démissionner **à tout moment** sans avoir à respecter une procédure particulière. La **forme écrite n'est pas nécessaire, mais recommandée**. La lettre de démission n'est soumise à aucune prescription de forme et doit être adressée en principe à l'assemblée des associés l'ayant nommé ; la communication à un seul des associés semble cependant suffire selon la jurisprudence.

La démission est en principe valide avec sa réception par l'organe compétent. Un éventuel délai de préavis statutaire doit toutefois être respecté et la démission ne sera valable qu'une fois passé ce délai.

Conseil :

La démission est opposable aux tiers au moment de l'inscription au registre du commerce. Parfois, le gérant peut avoir intérêt de procéder lui-même à l'inscription de la démission audit registre. Etant donné qu'il doit, pour ce faire, encore être gérant, il aura intérêt à démissionner avec une prise d'effet au moment de sa radiation du registre du commerce. En France, cette possibilité n'est pas ouverte aux gérants, car les registres du commerce et des sociétés français exigent une décision de prise d'acte des associés en pratique.

3 Quid de la sécurité sociale et des allocations chômage ?

Le gérant est « assimilé salarié » et tenu de s'affilier au régime de sécurité sociale **lorsqu'il est intégré dans l'organisation de l'entreprise et** lié à son supérieur par un lien de subordination qui le rend **dépendant des décisions de gestion** prise à un niveau supérieur. Il est dans ce cas tenu de payer des cotisations sociales au titre de la rémunération perçue sur son mandat de gérant.

Inversement, si le gérant dispose d'une influence significative sur les décisions de la société, il peut être considéré comme travailleur indépendant et donc être exonéré du régime de sécurité sociale. La participation du gérant au capital de la société représente un critère de distinction fondamental, mais non exclusif : ainsi, si le gérant dispose de plus de 50 % du capital, ou s'il dispose d'une participation de moins de 50 % du capital mais dispose d'une minorité de blocage ou d'un pouvoir d'influence significatif sur les décisions de la société, il ne sera pas soumis aux cotisations sociales.

La Caisse fédérale des retraites allemande (Deutsche Rentenversicherung Bund) est compétente pour se prononcer en cas de demande sur l'applicabilité du régime de sécurité sociale, il est donc recommandé de faire une demande préalable en cas de doute.

Lorsque le gérant est affilié au régime de sécurité sociale allemand en vertu des critères susmentionnés, **l'assurance chômage est incluse**, si bien qu'il aura droit à une pension et à une allocation chômage en cas de révocation.

Ce droit constitue une différence fondamentale avec le système français, lequel ne permet pas aux gérants « assimilés salariés » au titre de la sécurité sociale d'avoir, hors situation de cumul du mandat avec un contrat de travail, droit aux allocations chômage.

4 Le droit allemand connait-il le cumul du mandat avec un contrat de travail ?

La possibilité de cumuler le mandat avec un contrat de travail **n'existe pas en Allemagne**.

Ainsi, un candidat à la gérance ne pourra pas demander la conclusion d'un contrat de travail séparé pour pouvoir bénéficier d'une protection contre le licenciement en cas de cessation des fonctions. Il conviendra ainsi de prévoir un maximum de protection au sein du contrat de gérance (délai de préavis particulièrement long, indemnité de rupture en cas de révocation etc.).

Le gérant allemand ayant droit à des allocations chômage lorsqu'il est soumis aux cotisations sociales salariales, le passage du statut de salarié à celui de mandataire n'entraine toutefois pas une perte de protection en cas de chômage.

5 Gérant indépendant : Comment puis-je m'assurer à l'assurance chômage ?

Si le gérant est majoritaire ou s'il doit être considéré comme indépendant en raison de l'organisation de la gestion de la société, il a la possibilité de demander une affiliation volontaire à l'assurance chômage dans les trois mois suivant le début de son activité en tant que gérant. Ceci

n'est possible que sous certaines conditions : le gérant doit avoir été affilié au régime de la sécurité sociale pendant au moins 12 mois au cours des 24 mois précédant sa nouvelle activité de gérant ou doit avoir bénéficié d'une allocation chômage ou d'une autre indemnité prévue au Code de sécurité sociale III allemand avant le début de son activité de gérant.

Si ces conditions ne sont pas satisfaites, le gérant pourra conclure une assurance chômage privée. Les compagnies d'assurances privées ne s'adressant le plus souvent qu'aux salariés, le travailleur indépendant pourra cependant, afin de couvrir au moins certains risques, opter pour des assurances privées couvrant au moins certaines hypothèses, notamment les cas d'inaptitude.

6 Dans quels cas ma responsabilité personnelle est-elle engagée lorsque j'agis pour le compte de la société? Puis-je limiter ma responsabilité ?

Responsabilité civile

Il convient de distinguer la responsabilité personnelle du gérant vis-à-vis de la société et celle vis-à-vis des tiers.

- **Vis-à-vis de la société**

Les gérants d'une GmbH sont **solidairement responsables** vis-à-vis de la société pour les dommages causés lorsqu'ils n'ont pas agi dans le cadre de leurs fonctions comme agiraient à leur place des commerçants « prudents ». A cet égard, le gérant est notamment tenu de respecter son devoir de loyauté vis-à-vis de la société (en particulier l'obligation de non-concurrence), de respecter les lois en vigueur et d'assurer la bonne gestion de la société. Il doit de plus se tenir informé de tous les sujets relatifs à l'activité de la société relevant de sa compétence et veiller à la bonne organisation interne de la société ainsi qu'à son bon fonctionnement, notamment d'un point de vue comptable.

Les limitations internes de compétence du gérant n'étant pas opposables aux tiers, la société pourra néanmoins demander des dommages et intérêts de défaut d'observation des limites imposées.

Il est controversé en doctrine allemande s'il est possible de limiter la responsabilité du gérant par voie statutaire ou décision collective des associés. Dans tous les cas, il n'est pas possible d'exempter le gérant de sa responsabilité pour dol.

Un **quitus** général (Generalbereinigung) couvrant la totalité des activités managériales passées peut être accordé au gérant lorsqu'il quitte ses fonctions. Ce système du quitus (Entlastung), accordé au gérant par décision collective des associés, **entraine renonciation** pour la société à se prévaloir de faits passés pour demander des dommages et intérêts au gérant.

Ainsi, si en France, une décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'écarter la mise en jeu ultérieure de la responsabilité des dirigeants, en Allemagne, la responsabilité du bénéficiaire d'un quitus ne peut ainsi être engagée ultérieurement qu'en cas de découverte par les

associés de faits dont ils n'avaient pas connaissance au moment du quitus et dont l'ignorance ne leur était pas imputable.

- **Vis-à-vis des tiers**

Les hypothèses de mise en jeu de la responsabilité personnelle des gérants vis-à-vis des tiers sont plus limitées.

Il s'agit notamment d'hypothèses où

- le gérant a agi dans son propre intérêt économique,
- a abusé de la confiance d'un tiers,
- en cas d'infractions pénales ou
- d'atteintes à la santé, à la liberté ou à la propriété d'une personne.

Une responsabilité pour faute de gestion en matière de droit de la concurrence, de propriété intellectuelle et industrielle, de comptabilité, fiscalité ainsi qu'en cas de déclaration tardive fautive d'insolvabilité est également possible.

Cette responsabilité vis-à-vis des tiers ne peut être limitée à l'avance. Par ailleurs, le gérant ne peut **pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant avoir délégué une partie de ses devoirs à des prestataires** de services (par exemple un expert-comptable). En effet, le gérant n'est pas tenu de s'acquitter en personne de toutes ses obligations (notamment fiscales), mais il est tenu de choisir soigneusement et surveiller attentivement les personnes qu'il mandate à cet effet. Il doit notamment suivre l'avancement des opérations de manière à s'assurer de leur bon déroulement et à déceler suffisamment tôt une faute du tiers mandaté.

En pratique, le **risque de responsabilité du gérant augmente surtout en cas de situation d'insolvabilité**. En droit allemand, l'insolvabilité peut être caractérisée non seulement par une cessation de paiement (Zahlungsunfähigkeit), mais aussi par un surendettement de l'entreprise (Überschuldung), notion purement comptable. En cas d'insolvabilité de la société, le gérant pourra être tenu responsable d'une déclaration tardive de l'insolvabilité (il doit le faire immédiatement et au plus tard dans les 3 semaines de la constatation de l'insolvabilité) et donc être redevable de dommages et intérêts à ce titre. Il pourra également devoir compenser d'éventuels paiements effectués après le dépôt du bilan, sauf à prouver qu'il a agi comme le ferait un commerçant prudent.

Par ailleurs, lorsqu'un cocontractant peut être amené à croire que le contrat sera conclu non pas avec la société, mais avec le gérant personnellement, ce dernier sera tenu par le contrat.

En revanche, dans tous les autres cas, la GmbH est engagée par les actes de son gérant même lorsqu'il a dépassé ses compétences au titre de son mandat de gérant.

Afin de couvrir ces risques, une **assurance D&O** (Directors and Officers Liability Insurance) au profit du gérant peut être conclue par la société. Le gérant ne saurait quant à lui demander qu'une telle assurance soit conclue en sa faveur. Il conviendra cependant de noter que les assurances D&O de droit allemand sont souvent plus restrictives que celles de droit français et permettent ainsi aux

assureurs de refuser toute couverture plus facilement.

Responsabilité pénale

Au-delà des cas précités, le gérant encourt également – dans certains cas – un risque de responsabilité pénale, lorsqu'il manque d'observer certaines obligations fondamentales telles que le versement des cotisations sociales salariales, la demande d'ouverture d'une procédure collective ou qu'il effectue des actes répréhensibles tels que de la concurrence déloyale.

7 Quelles sont mes principales obligations au cours d'une année ?

- **Dans les 3 premiers mois suivant la clôture d'un exercice** : établir les comptes annuels et le rapport de gestion

  Exceptions : Pour les sociétés de capitaux de petite taille (soit les sociétés dont deux des trois seuils suivants ne sont pas dépassés : un total du bilan de 6.000.000 €, un chiffre d'affaires pour les 12 derniers mois de 12.000.000 €, une moyenne annuelle de 50 salariés), le rapport de gestion n'est pas obligatoire et les comptes annuels peuvent être en principe établi dans les 6 premiers mois suivant la fin de l'exercice.

  Ces documents seront immédiatement soumis aux associés ainsi que, le cas échéant, au commissaire aux comptes.

- **Dans les 8 premiers mois suivant la clôture d'un exercice** : faire approuver les comptes annuels par les associés, qui procèdent également à l'affectation des résultats.

  Ce délai est ramené à 11 mois pour les sociétés de capitaux de petite taille.

- **Dans un délai d'un an suivant la clôture de l'exercice** : faire publier le bilan dans la Gazette fédérale électronique (Elektronischer Bundesanzeiger).

  Le non-respect de cette obligation est sanctionné par une amende administrative.

- **Aussi souvent que l'intérêt de la société l'exige** : convoquer l'assemblée générale des associés.

- Répondre aux demandes d'informations des associés ou les informer de sa propre initiative lorsque cela s'avère nécessaire.

8 Quelles sont mes obligations en cas de perte de capitaux propres ?

L'assemblée générale doit immédiatement être convoquée en cas de pertes de plus de la moitié du capital social. La responsabilité pénale du gérant peut être engagée lorsque ce dernier ne satisfait pas cette obligation d'information.

Cependant, il n'existe pas en Allemagne de procédure de reconstitution de fonds propres comparable à celle française : les associés ne sont donc ni tenus de décider formellement de la poursuite ou de la dissolution de la société, ni d'avertir les tiers, ni de reconstituer les capitaux propres dans un délai fixe.

Toutefois si cette situation conduit à une situation d'endettement continue, le gérant est tenu d'établir une évaluation des perspectives de la société (dite « Fortführungsprognose ») et de demander l'ouverture d'une procédure collective le cas échéant, si cette évaluation laisse apparaître une situation mettant en péril la continuité de la société.

9 Le droit allemand connait-il la notion des conventions réglementées ?

Le droit des sociétés français prévoit des dispositions spécifiques relatives aux « conventions réglementées », c'est-à-dire les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

De telles règles spécifiques au droit des sociétés n'existent pas en droit allemand, cependant, en matière civile, conformément à l'art. 181 du BGB (Code civil allemand – comparable au nouvel article 1161 du Code civil français), il est par principe interdit à un représentant de consentir à une convention qui interviendrait directement entre lui et la personne ou la société qu'il représente. Seuls les cas dans lesquels le représentant ne fait que s'acquitter d'une obligation au nom de la société, sans pour autant la créer, sont autorisés. A défaut de règles spécifiques aux conflits d'intérêts issues du droit des sociétés, cette disposition générale est applicable au gérant de GmbH en qualité de représentant légal de la société.

Une libération de cette interdiction au profit du gérant est possible soit par clause statutaire, soit par résolution des associés ou convention spécifique et devra faire l'objet d'une inscription au registre du commerce.

10 Le gérant est-il soumis à une obligation de non-concurrence ?

L'obligation de non-concurrence existant pendant la durée du mandat découle de fait de l'activité de gérant et relève de son devoir de loyauté, si bien qu'elle n'a pas à être expressément acceptée. Ce devoir de loyauté peut être plus ou moins étendu, selon les dispositions prévues notamment dans le contrat de mandat.

Seule l'obligation de non-concurrence qui se poursuivrait après la cessation du mandat de gérant doit être expressément consentie. Un tel accord doit être justifié par un intérêt légitime de la société (à se protéger, p. ex. contre l'utilisation abusive du savoir-faire acquis au sein de la société au détriment de cette dernière) et limité afin de ne pas empêcher le gérant de poursuivre sa carrière (dans le même secteur, si possible). Ainsi, l'obligation de non-concurrence post-contractuelle ne saurait être étendue à toutes les activités commerciales du groupe dont dépend la société, ni à des pays / régions où la société n'a pas d'activité commerciale. Cette obligation devra également être limitée dans le temps, étant précisé que la durée maximale de l'obligation de non

concurrence est appréciée par la jurisprudence au cas par cas et qu'une durée de plus de deux ans n'est généralement pas admise.

La clause de non-concurrence régissant la période après la cessation des fonctions de gérant doit en principe être assortie du versement d'une **indemnité compensatoire**, à moins que cette obligation ne se limite à une interdiction de débauche de clientèle. Ce droit à indemnité constitue une différence majeure par rapport au droit français où le versement d'une indemnité à un ancien gérant n'est pas obligatoire.

11 Qu'est-ce que le Prokurist en droit allemand ?

Le Prokurist est une sorte de mandataire, généralement qualifié de « fondé de pouvoir », dont les compétences de représentation, expressément délimitées par la loi, couvrent tous les actes nécessaires à l'exercice d'une activité commerciale, à l'exception de la possibilité d'hypothéquer ou de vendre des biens immobiliers (lorsqu'il n'a pas été expressément autorisé à le faire).

Les limitations internes au pouvoir de représentation du Prokurist ne sont pas opposables aux tiers.

Le Prokurist peut être autorisé à agir seul (Einzelprokura) ou devoir obligatoirement agir conjointement avec un ou plusieurs autres Prokurist ou avec un gérant (Gesamtprokura). Il est nommé par le gérant et sa nomination doit faire l'objet d'une approbation préalable des associés. Faute d'approbation préalable, le gérant engagerait sa responsabilité vis-à-vis de la société.

Le mandat du Prokurist fait l'objet d'une inscription au registre de commerce. Il peut être révoqué à tout moment et ne peut déléguer les prérogatives découlant de son mandat. Il signe normalement les contrats avec la mention « per procuram » (p.p.).

2020-01-01

Qivive
Rechtsanwalts GmbH

qivive.com

Köln[D]
Konrad-Adenauer-Ufer 71
D – 50668 Köln
T + 49 (0) 221 139 96 96 - 0
F + 49 (0) 221 139 96 96 - 69
koeln@qivive.com

Paris[F]
50 avenue Marceau
F – 75008 Paris
T + 33 (0) 1 81 51 65 58
F + 33 (0) 1 81 51 65 59
paris@qivive.com

Lyon[F]
4 Pl. Amédée Bonnet
F – 69002 Lyon
T + 33 (0) 4 27 46 51 50
F + 33 (0) 4 27 46 51 51
lyon@qivive.com

Strasbourg[F]
10 Pl. Gutenberg
F – 67000 Straßburg
T + 33 (0) 3 92 12 02 20
F + 33 (0) 3 92 12 02 21
strasbourg@qivive.com