

**XXIV<sup>E</sup> CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT LATIN  
MEXIQUE, 2004**

**THÈME III  
LA PERSONNALITÉ MORALE DANS LA PRATIQUE JURIDIQUE NATIONALE ET  
INTERNATIONALE**

**RAPPORT DE LA DÉLÉGATION ALLEMANDE**

**JÖRG BUCHHOLZ  
NOTAIRE  
HAAGSTRASSE 4  
D-47441 MOERS**

**EBERHARD KLEIN  
NOTAIRE  
NEIKESSTRASSE 5  
D-66111 SARREBRUCK**

## Sommaire

### Première partie

I.	Les personnes morales de droit privée	4
A.	La personnalité juridique générale	4
B.	La personnalité juridique des personnes morales	10
II.	Distinction entre les différentes catégories de personnes morales de droit privé	11
III.	Origine et fondements de la personnalité juridique du point de vue particulier des différentes catégories de personnes morales	16
IV.	Organes d'administration et de représentation de personnes morales de droit privé	20
V.	Modifications des statuts	21
VI.	La personne morale de droit privé dans le cadre du droit privé international	22
1.	Reconnaissance de la personnalité juridique des personnes morales étrangères en République fédérale d'Allemagne	22
2.	Droit applicable	24
3.	Conventions, traités ou accords entre pays	25
4.	Preuves de l'existence et de la représentation des personnes morales étrangères	26
5.	Preuve de l'authenticité de documents étrangers	27

### Deuxième partie

#### Questionnaire

1.	Dispositions légales nationales relatives aux personnes morales de droit privé	29
2.	Les différents types de personnes morales de droit privé et leurs caractéristiques	29
3.	Sous-catégories	36
4.	Conditions de fond pour la constitution des différentes catégories et sous-catégories de personnes morales de droit privé	39
5.	Conditions de forme de constitution	46
6.	Nécessité d'un registre pour la constitution, la modification des statuts et la désignation des représentants	52
7.	Examen avant dépôt au registre	54
8.	Effets juridiques du dépôt au registre	58

9. Conditions de fond et de forme de la modification des statuts. Intervention obligatoire d'un notaire	63
10. Administration et représentation de personnes morales de droit privé	66
11. Compétences et restrictions des organes de représentation	72
12. Preuve de la désignation des organes de représentation	76

### Troisième partie

Recommandations relatives à l'intervention du notaire lors de la constitution de personnes morales de droit privé pour les certificats notariaux de représentation	78
--	----

## Première partie

### I.

#### Les personnes morales de droit privée

##### 1. Éléments communs aux personnes morales de droit privée

###### A. La personnalité juridique générale

###### a) Concept

L'expression "*personne morale*" désigne une organisation supra individuelle à laquelle la législation confère une capacité juridique propre<sup>1</sup>. La personnalité juridique procède, d'un point de vue idéologique, de la personne physique ou naturelle. Le § 1 du Code civil allemand (BGB) reconnaît la capacité juridique des personnes, en tant sujet d'un droit, titulaire de droits et d'obligations. Des relations juridiques au contenu différent peuvent naître entre les personnes physiques en raison d'une activité commerciale ou sur la base de dispositions légales.

Si plusieurs personnes physiques conviennent d'atteindre un but commun, il peut être utile que la communauté qui en est née possède elle aussi la capacité juridique, c'est-à-dire qu'elle détienne elle aussi des droits et obligations. Si cette communauté - à l'instar d'une personne physique - possède une capacité juridique propre, détachée de ses membres et indépendante de la stabilité ou d'une modification des membres, on parle de personne morale. La personne morale est une formation artificielle parce que, découlant de la personne physique, elle peut détenir des droits et obligations comme une personne physique. Cela permet le regroupement des ressources de plusieurs sujets sans qu'il ne naisse de responsabilité individuelle; en même temps, sa participation au commerce juridique est facilitée et elle obtient, par l'indépendance de ses membres, une sorte d'"immortalité".

Les membres de la personne morale n'y participent qu'au niveau patrimonial; de sorte, qu'en principe toute implication ou responsabilité personnelle propre des membres pour les droits et obligations de la personne morale est fondamentalement exclue. Mise à part les droits et qualités juridiques reconnues uniquement aux personnes physiques (nationalité, mariage, dispositions testamentaires), la personne morale peut agir comme n'importe quel individu. Larenz<sup>2</sup> parle d'une analogie avec la personne physique qui, comme toute analogie, ne peut être que limitée. Cette restriction signifie que la personne morale ne peut posséder qu'une capacité juridique limitée. Seule la personne physique possède une capacité

---

<sup>1</sup> Coing, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, introduction au § 21, point 2, 11<sup>e</sup> édition, 1954.

<sup>2</sup> Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, § 9, point 12, 8<sup>e</sup> édition, 1997.

juridique illimitée au sens propre, tandis que celle de la personne morale, a un sens précis, dérivant de la personnalité juridique de ses membres<sup>3</sup>. Ainsi, l'article 19, alinéa 3 de la Loi Fondamentale (GG) limite la capacité juridique fondamentale de la personne morale en ce sens que les droits fondamentaux de la personne morale ne sont applicables que dans la mesure où ils peuvent l'être également à la personne morale.

La capacité juridique limitée ne doit pas être confondue avec le précepte "ultra vires", qui ne trouve aucune application dans le droit civil allemand<sup>4</sup>. La capacité juridique de la personne morale ne dépend pas de l'objet pour lequel elle a été constituée, en vertu de ses statuts<sup>5</sup>. La capacité d'exercer des personnes morales n'est limitée efficacement à l'égard des effets extérieurs que si la loi le prévoit. De telles dispositions légales de ce type n'existent que pour les associations possédant la capacité juridique (§ 26, alinéa 2, point 2 BGB).

Une autre caractéristique essentielle de la personne morale est la présence d'organes sociaux. À côté de l'assemblée des associés, il existe obligatoirement un conseil de direction. C'est par le biais du conseil de direction que la personne morale participe à la vie juridique. Les actes de l'organe social sont imputés à la personne morale non dans le sens d'une représentation, mais de l'action même, la personne morale agissant par ses organes. C'est donc le législateur qui a tranché le différend entre la théorie des organes et la théorie des représentants - du moins dans le domaine du § 31 BGB - en faveur de la première<sup>6</sup>. Chez une personne morale, la capacité juridique et la capacité d'exercer ne peuvent être distinguées<sup>7</sup>.

Il y a les cas à part des fondations ayant la capacité juridique, qui au lieu d'être constituées d'associés le sont par un patrimoine d'affectation; possédant des organes uniquement pour remplir sa mission. Au niveau terminologique, on parle d'associations pour les personnes morales constituées d'associés. Pour les associations à une certaine durée, agissant en tant qu'entité vers l'extérieur et possédant la capacité juridique, on parle de collectivités<sup>8</sup>.

## b) Les Principes

---

<sup>3</sup> Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 2002, Rdnr. 138.

<sup>4</sup> Cette limitation de la capacité juridique est toutefois reconnue pour les personnes morales de droit public. Voir Hadding, in: Soergel, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, introduction au § 21, point 25, 13<sup>e</sup> édition, 2000.

<sup>5</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2<sup>e</sup> édition, 1994, p. 184.

<sup>6</sup> À la différence de Karsten Schmidt, *ibid.*, pp. 212 et suivantes (215 f).

<sup>7</sup> Hadding, *ibid.*, introduction au § 21, point 22.

<sup>8</sup> Larenz/Wolf, *ibid.*, § 9, point 2.

Les personnes morales doivent être distinguées<sup>910</sup> des autres groupements de personnes et entités juridiques particulières sans personnalité morale<sup>11</sup>. Il s'agit d'abord de la société de droit civil (GbR, voir §§ 705 et suivants BGB), qui est le modèle de base, de la société en nom collectif (OHG, voir §§ 105 et suivants HGB) et la société en commandite (KG, voir §§ 161 et suivants HGB). En vertu, les associations sans but lucratif (eV, § 54 BGB), les groupements européens d'intérêt économique (GEIE), le partenariat aux termes de la loi sur les partenariats du 23 juillet 1994, la communauté de biens entre époux (§§ 1415 et suivants BGB), la communauté d'héritiers (§§ 2032 et suivants BGB), la société en copropriété des navires (§ 489 HGB) et de la copropriété intellectuelle de coauteurs (§ 8 de la loi sur les droits d'auteur (UrhG)). La relation des associés de toutes les associations mentionné ci-dessus est une relation de main commune (*communauté de main commune*).

- Les relations entre les membres

Selon le schéma légal, la communauté de main commune est fortement limitée en ce que notamment elle ne prévoit pas de changement des membres mais est dissoute, par exemple, à la suite du décès d'un des associés (voir § 727 BGB pour la société de droit civil). La raison pour cette limitation ce trouve dans la constitution contractuelle de l'association de personnes<sup>12</sup>. À cela correspond également le principe de l'autoreprésentation, selon lequel tous les associés sont autorisés à et tenus de diriger et représenter la société (voir §§ 709, 714, BGB pour la société de droit civil, §§ 2038 alinéa 1, 2040 BGB pour la communauté d'héritiers). Ainsi, il existe dans le cas d'une association de personnes, d'une part, une relation juridique entre l'individu et l'association et, d'autre part, une relation juridique entre les différents membres. Dans le cas d'une personne morale, on part, sur la base de la théorie modifiée des normes en vigueur<sup>13</sup>, d'une justification juridique des statuts<sup>14</sup>, mais les statuts font office de droit objectif<sup>15</sup>. Cela entraîne qu'il n'existe une relation juridique qu'entre le membre et la personne morale, et pas entre les membres

---

<sup>9</sup> Les autres formes de communauté et de société comme l'indivision (§§ 741 et suivants BGB), la société tacite (§§ 230 et suivants du Code de commerce allemand (HGB)) ou les communautés de créanciers et de débiteurs (§§ 420 et suivants BGB) ne sont ici pas prises en considération.

<sup>10</sup> Voir Karsten Schmidt, *ibid.*, pp. 176 et suivantes.

<sup>11</sup> Fondation ne possédant pas la capacité juridique, masse de la faillite

<sup>12</sup> Cela ne s'applique donc pas à la communauté d'héritiers qui naît par force de loi et qui n'est destinée qu'à être liquidée; c'est pourquoi la Cour suprême fédérale (BGH) lui a refusé la capacité juridique; arrêt de la BGH du 11 septembre 2002, Az. XII ZR 187/00 = [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) (les décisions judiciaires concernant les notaires peuvent être visualisées en texte intégral à la rubrique "Datenbank").

<sup>13</sup> Voir Schwarz in: Bamberger/Roth, *Kommentar zum BGB*, introduction au § 21, point 28, 2003.

<sup>14</sup> Pour la théorie contractuelle défendue par von Thur, voir von Thur, *Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1<sup>e</sup> tome, 1910, §§ 34 I, 35 II (cité dans Schwarz, *ibid.*).

<sup>15</sup> Pour la théorie des normes défendue par von Gierke, voir von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, pp. 29 et suivantes (cité dans Schwarz, *ibid.*).

mêmes. En conséquences, pour une personne morale, le principe de majorité est tout aussi essentiel que le principe d'unanimité pour les autres associations de personnes. C'est d'ici que découle l'intention du législateur que la personne morale doit posséder deux organes: le conseil de direction et l'assemblée des associés. Cette dernière doit décider sur toutes les questions pour lesquelles la loi ou les statuts ne confèrent pas le pouvoir décisionnel à un autre organe. L'assemblée des associés doit garantir les droits de ces derniers, parce qu'il n'existerait sinon aucun forum idoine en raison de l'absence de relation juridique entre les associés.

- Les relations entre les associés et l'association

Dans le cas d'une personne morale, les associés n'ont en principe aucune responsabilité personnelle, inversement, la personne morale n'est pas responsable des engagements pris par ses membres (*principe de séparation*)<sup>16</sup>. À titre exceptionnel, il peut être dérogé à ce principe par le biais de la *limitation de responsabilité*. Une responsabilité personnelle peut apparaître quand les membres d'une personne morale se servent frauduleusement de la forme juridique de la personne morale et à des fins contraire à la bonne foi<sup>17</sup>. Les mots clés sont ici les cas de fusion du patrimoine, de sous-capitalisation et de responsabilité du groupe<sup>18</sup>.

À la différence de la personne morale, dans le cas de laquelle les droits et obligations ne reviennent pas aux associés, mais uniquement à la personne morale elle-même, la communauté en main commune consiste en ce que les droits et obligations reviennent pleinement aux membres de la communauté. Ainsi, par exemple, chaque associé - en commun avec les autres - détient toute la propriété foncière appartenant à la société et non pas une part indivise. Les droits d'un membre de la communauté s'étendent sur tout le patrimoine en main commune; ils sont limités par les droits similaires des autres membres de la communauté<sup>19</sup>. Les membres de la communauté ne peuvent disposer de cette propriété foncière qu'en commun. A l'inverse, ils sont également personnellement responsables, outre du patrimoine en main commune, des obligations de la société<sup>20</sup>. La main commune

---

<sup>16</sup> Voir BGHZ 21, 378; 22, 226; 26, 31 (33); 61, 380 (383); 68, 312 (314); 78, 318 (333); BSG NJW 1984, 2117.

<sup>17</sup> Voir pour les détails Karsten Schmidt, *ibid.*, pp. 186 et suivantes; Schwarz, *ibid.*, introduction au § 21, point 13 et suivants; Hadding, *ibid.*, introduction au § 21, point 35.

<sup>18</sup> On peut en fin de compte y voir une correction qui tient compte notamment des critiques relatives aux sociétés unipersonnelles et des personnes morales dépendant d'une directive (cf. conventions de règlement et de possession des bénéficiaires); voir Däubler, *BGB kompakt 2002*, point 59 et suivants et la décision du tribunal impérial jugeant déloyale la convention de possession (RGZ 81, 308).

<sup>19</sup> Voir Schwarz, *ibid.*, introduction au § 21, point 6.

<sup>20</sup> À coté de la responsabilité personnelle illimitée, il existe également des cas où la responsabilité des associés est limitée (ainsi, dans une société en commandite, le commandité n'est responsable que pour son apport).

peut elle-même être un sujet juridique et pas seulement un patrimoine commun<sup>21</sup>.

- La capacité juridique et la capacité juridique limitée

Les communautés en main commune peuvent aussi posséder une capacité juridique propre, celle-ci n'étant pas réservée aux personnes morales. Ainsi, il résulte du § 14, alinéa 2 BGB une définition de la société de personnes possédant la capacité juridique<sup>22</sup>. Le § 124, alinéa 1 HGB consacre la capacité juridique de l'OHG<sup>23</sup> et donc, à travers le § 162, alinéa 2 HGB, également de la KG. Le GEIE, le partenariat et la société en copropriété des navires<sup>24</sup>. Dans une décision fort attendue, la BGH<sup>25</sup> a également consacré la capacité juridique de la société de droit civil. Cette dernière peut adopter n'importe quelle position dans le commerce juridique pour autant que des motifs particuliers ne s'y opposent pas, et possède en ce sens la capacité juridique sans pour autant être une personne morale<sup>26</sup>. D'autre part, l'association ne possédant pas la capacité juridique (§ 54 BGB) s'en voit conférer une<sup>27</sup>. Cette contradiction apparente est résolue par le fait que l'appellation d'association "ne possédant pas la capacité juridique" ne vise qu'une délimitation par rapport à la personne morale; on parle aussi de la personnalité juridique propre de l'association ne possédant pas la capacité juridique. Dans la mesure où on parle de la capacité juridique de la communauté en main commune et qu'on l'envisage du même point de vue que celle de la personne morale, on recourt au concept de capacité juridique partielle pour la distinguer de la personne morale. Le concept de capacité juridique partielle caractérise une reconnaissance de la capacité juridique pour certains domaines, sans exclure la capacité juridique pour les autres domaines en vertu de la nature de l'affaire; elle n'est d'ailleurs pas considérée indispensable. La personne morale se voit octroyer la capacité juridique intégrale qui n'est limitée que là où elle ne peut exister en raison de la nature de l'affaire.

Étant donné que la personne morale ne reçoit dans un certain sens qu'une capacité juridique partielle, la capacité juridique ne peut que modérément servir de critère de distinction<sup>28</sup>. Une personne morale possède une capacité juridique, mais les associations de personnes possédant la capacité juridique (partielle) ne sont pas

<sup>21</sup> Voir Schwarz, *ibid.*, § 54, point 13 pour l'association ne possédant pas la capacité juridique, refusée à la communauté d'héritiers (arrêt de la BGH du 11 septembre 2002, Az. XII ZR 187/00 = [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)).

<sup>22</sup> "Une société de personnes possédant la capacité juridique est une société de personnes disposant de la capacité d'acquérir des droits et de contracter des obligations."

<sup>23</sup> "La société en nom collectif peut en son nom acquérir des droits et contracter des obligations, acquérir la propriété et d'autres droits réels sur des terrains, traîner et être traînée en justice."

<sup>24</sup> Däubler, *ibid.*, point 76a.

<sup>25</sup> Arrêt de la BGH du 29 janvier 2001, Az. II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2002, 1207 = [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>26</sup> Schwab, *ibid.*, point 145.

<sup>27</sup> Schwarz *ibid.*

<sup>28</sup> Hadding, *ibid.*, introduction au § 21, point 17, refuse par contre totalement l'utilisation de la capacité juridique comme critère de distinction; voir également Schwarz, *ibid.*, introduction au § 21, point 6.

toutes des personnes morales<sup>29</sup>.

- La personne morale de droit public

Il faut en outre distinguer la personne morale de droit privé de la personne morale de droit public. La différence essentielle réside dans l'acte constitutif : tandis que la personne morale de droit civil naît d'un acte juridique, la personne morale de droit public est créée par un acte relevant de la souveraineté<sup>30</sup>.

- Résumé

La distinction entre les communautés en main commune et les personnes morales est donc établie sur trois points. Premièrement, les membres sont responsables, non seulement pour le patrimoine commun et pour les obligations de la communauté, mais aussi personnellement, tandis que les associés de la personne morale ne sont pas responsable personnellement<sup>31</sup>. Deuxièmement, la personne morale se caractérise par le fait qu'elle est indépendante de ses associés, tandis que l'association de personnes est fondamentalement dépendante de ses membres. Troisièmement et enfin, la personne morale détient la capacité juridique intégrale, tandis que les communautés en main commune ne possèdent qu'une capacité juridique partielle.

c) Signification et organisation

La personne morale de droit privé jouit d'une grande popularité. Dans le domaine du droit commercial, c'est à la société à responsabilité limitée (GmbH) la société la plus favorisée par les entrepreneurs en raison de la limitation de responsabilité, plutôt qu'à l'entreprise unipersonnelle, la GbR, l'OHG ou la KG. Par rapport à la société anonyme (AG), elle présente l'avantage d'une plus grande flexibilité et d'une gestion plus simple.

Cela se comprend facilement au vu des statistiques. En effet, sur les 985 168 sociétés commerciales<sup>32</sup> existant au 1<sup>er</sup> janvier 2003, il y avait 784 334 sociétés à responsabilité limitée, 17 281 sociétés anonymes et à peine 167 sociétés d'assurance mutuelle. Dans la pratique, les sociétés de personnes n'ont pas beaucoup d'importance. Bien qu'il existait à ladite date 153 501 sociétés en commandite, il faut toutefois savoir que 122 633 étaient, ce que l'on dénomme en Allemagne des "GmbH & Co.", dont la fonction de commandité personnellement responsable est assumée par une société à responsabilité limitée.

---

<sup>29</sup> Il faut ici également prendre en considération le fait que, dans le cadre des travaux préparatoires à la rédaction du BGB, on a étudié la possibilité de limiter la capacité juridique de la personne morale à la capacité patrimoniale; voir Coing, *ibid.*, point 14.

<sup>30</sup> Hadding, *ibid.*, § 89, point 12.

<sup>31</sup> Ce point suscite lui aussi la controverse; voir Schwab, *ibid.*, point 154.

<sup>32</sup> Source: Chambre d'industrie et de commerce

En dehors du droit commercial, la société enregistrée d'intérêt général est la forme d'organisation sous laquelle apparaissent une grande partie des associations culturelles, des associations d'éleveurs de lapins aux partis politiques, en passant par les associations pour la promotion, par exemple dans le domaine scolaire.

Les fondations ne revêtent pas une grande importance; on estime actuellement leur nombre à 10 000<sup>33</sup>.

## B. La personnalité juridique des personnes morales

### a) L'origine de la personnalité juridique des personnes morales

La dérivation de la personne morale de la personne physique la fait paraître comme un produit artificiel. Cette artificialité se reflète dans les modèles d'explication, utilisés surtout au XIX<sup>e</sup> siècle pour répondre à la question controversée de la substance de la personne morale. Cette bataille n'a toutefois aucune signification pour la pratique juridique : la personne morale est devenue une catégorie reconnue et applicable dont les juristes se servent tout naturellement<sup>34</sup>. Les deux grandes théories doivent toutefois être brièvement évoquées par souci d'intégrité<sup>35</sup>. Ainsi, la *théorie de la fiction* (principal défenseur : Carl Friedrich von Savigny<sup>36</sup>) part du principe que la personne morale est une entité purement fictive. Il ne s'agit donc que d'une technique, qui consiste en une fiction de la personnalité juridique. Opposée à cette théorie, on trouve celle de la *personne réelle associée* (principal défenseur : Otto von Gierke<sup>37</sup>). Celle-ci estime qu'une personne morale est une personne composée de plusieurs personnes physiques et dont la capacité juridique découle de ces personnes physiques. Ce serait donc une personne existant réellement, de sorte que le législateur ne fait que reconnaître quelque chose qui existe déjà. À côté de ces deux théories, on trouve encore celle de la *capacité fonctionnelle*, celle de la *jouissance* et celle de *l'unité d'action supra-individuelle*<sup>38</sup>.

### b) Types d'obtention de la personnalité juridique pour les personnes morales

Les personnes morales ne peuvent pas être constituées n'importe comment, mais

---

<sup>33</sup> "La fondation dans le droit civil et fiscal", réunion de l'Institut des notaires, Cologne, 18 octobre 2003.

<sup>34</sup> Karsten Schmidt, *ibid.*, p. 158.

<sup>35</sup> Pour le développement de cette théorie, voir Karsten Schmidt, *ibid.*, pp. 159 et suivants; Larenz/Wolf, *ibid.* § 9, points 7 et suivants.

<sup>36</sup> *Systeme des heutigen Römischen Rechts*, tome 2, 1840, pp. 236, 239 (cité dans Schwarz, introduction au § 21, point 2).

<sup>37</sup> *Deutsches Privatrecht*, tome 1, 1895, p. 470 (cité dans Schwarz, *ibid.*).

<sup>38</sup> Voir Hadding, *ibid.*, introduction au § 21, points 11 et suivants.

sont soumises à une obligation : seules les personnes morales prévues par le législateur peuvent voir le jour<sup>39</sup>.

Le droit allemand ne connaît pas de système de libre constitution d'une personne morale (la personne morale naît sans autre contrôle dès que les conditions légales sont remplies), mais une combinaison d'un système de concession et d'un système de dispositions normatives<sup>40</sup>.

D'après le système de concession, l'association acquiert la capacité juridique par octroi de la part de l'État, auquel il n'existe aucun droit légal. Les autorités administratives compétentes décident de l'octroi après une évaluation libre. Ce système vaut pour les associations économiques et étrangères (§§ 22, 23 BGB) et les sociétés d'assurance mutuelle (§ 15 loi sur les sociétés d'assurance mutuelle (VAG)). La fondation constitue une exception (§ 80 BGB); depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la modernisation du droit privé des fondations le 1<sup>er</sup> septembre 2002<sup>41</sup>, il existe en cas de respect des dispositions légales un droit à l'octroi de la reconnaissance<sup>42</sup>.

En raison du nombre réduit et de la signification pratique des personnes morales ainsi constituées, ce système ne joue pas de grand rôle factuel.

En vertu du système des dispositions normatives, il existe un droit de nature juridique à la constitution d'une personne morale si les conditions légales sont remplies. Le respect des dispositions légales est contrôlé par l'État et généralement confirmé par une insertion dans un registre officiel. Ce système s'applique aux associations sans but lucratif (§§ 21, 55 et suivants BGB), aux sociétés à responsabilité limitée (§ 9c de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG)), aux sociétés anonymes (§ 38 de la loi sur les sociétés anonymes (AktG)) et aux coopératives (§ 11a de la loi sur les coopératives (GenG)), et implique un contrôle d'une ampleur différente, de sorte qu'il doit être vérifié séparément pour chaque entité juridique. En raison du nombre élevé et de la signification pratique des personnes morales qui y sont soumises, ce système est largement dominant.

## II.

### **Distinction entre les différentes catégories de personnes morales de droit privé**

#### **1. Énumération des différentes catégories et sous-catégories**

---

<sup>39</sup> Däubler, *ibid.*, point 155.

<sup>40</sup> Karsten Schmidt, *ibid.*, p. 164

<sup>41</sup> BGBl. 2002, 2635.

<sup>42</sup> Voir également Andrick/Suerbaum, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechtes*, NJW, 2002, 2905 (2907).

On distingue les personnes morales de droit civil de celles de droit public. Les personnes morales de droit civil s'articulent en :

- structures collectives (associations au sens large) et
- fondations (§§ 80 et suivants BGB, détails fixés par les lois des länder fédéraux<sup>43</sup>).

Les structures collectives sont des personnes morales organisées par une adhésion collective, tandis que pour les fondations, il est question d'un patrimoine d'affectation, possédant une personnalité juridique propre.

Parmi les collectivités, on trouve :

- les associations de droit civil;
- les sociétés de capitaux;
- les coopératives; et
- les sociétés d'assurance mutuelle.

Les associations s'articulent autour de trois formes :

- les associations non économiques (associations sans but lucratif), § 21 BGB;
- les associations économiques, § 22 BGB; et
- les associations étrangères, § 23 BGB.

Pour les sociétés de capital, on fait encore la distinction, sur la base du bilan annuel, entre les petites et les grandes sociétés de capital (§ 267 HGB).

Parmi les sociétés de capital, on trouve :

- les sociétés anonymes;
- les sociétés à responsabilité limitée; et
- les sociétés d'assurance mutuelle.

Le droit en matière de sociétés anonymes fait une distinction entre :

- les sociétés anonymes cotés en bourse;
- les petites sociétés anonymes; et
- les sociétés en commandite par actions.

La loi sur le contrôle des assurances reconnaît, à côté de la société d'assurance mutuelle, la sous-forme de la "petite association".

Pour les sous-catégories précitées, il s'agit de distinctions basées sur les dispositions légales. Dans la pratique juridique, d'autres sous-catégories apparaissent parmi les

---

<sup>43</sup> Pour les détails relatifs à la preuve de la provenance des fonds, voir Damrau/Wehinger, *Übersicht zum Mindeststiftungsvermögen nach dem Recht der Bundesländer*, ZEV, 1998, 178 (179).

sociétés de capital - également appelées "variantes"<sup>44</sup> -, qui tirent leur origine dans les dispositions légales partiellement normatives. Les différenciations sont représentées par le cas le plus fréquent, la société à responsabilité limitée :

- société à responsabilité limitée de caractère capitaliste;
- société à responsabilité limitée de caractère personnelle;
- société à responsabilité limitée sans but lucratif;
- société à responsabilité limitée commandité dans une société en commandites; et
- société à responsabilité limitée de caractère d'une fondation.

Il en va plus ou moins de même pour les fondations, parmi lesquelles différentes sous-catégories sont apparues dans la pratique selon l'objet :

- fondations sans but lucratif;
- fondations liées à une entreprise; et
- fondations familiales.

## **2. Caractéristiques des personnes morales de droit privé, différences et motifs de justification**<sup>45</sup>

### a) L'association

La principale forme d'association est l'association sans but lucratif. À la différence des deux autres formes (association économique/étrangère), elle reçoit sa capacité juridique par l'inscription au registre des associations, à laquelle les fondateurs ont un droit légal si les conditions de constitution fixées par la loi ont été respectées. De leur côté, les deux autres formes d'associations tirent leur capacité juridique du système normatif.

L'association économique a pour objet l'exercice d'une activité commerciale. Dans l'esprit du législateur, les associations à but lucratif doivent, pour des raisons de sécurité du commerce juridique, en particulier de protection des créanciers, recourir aux formes juridiques disponibles<sup>46</sup>. Les formes prévues par le droit commercial étant plus appropriées à cette fin que celles du droit des associations - il n'y a pas de prescriptions relatives au capital minimal, aux obligations de bilan, de publicité et de contrôle, ni de pouvoir d'action illimité de l'organe de représentation -, l'autorisation nécessaire à la constitution n'est octroyée<sup>47</sup> que s'il était impossible ou inconcevable de créer une société de capital ou une coopérative<sup>48</sup>.

Pour les associations étrangères aux termes du § 23 BGB, il s'agit d'associations ne

<sup>44</sup> Karsten Schmidt, *ibid.*, p. 43.

<sup>45</sup> Pour éviter les répétitions, on renvoie à la partie 2 du rapport pour les détails.

<sup>46</sup> Stöber, *Handbuch zum Vereinsrecht*, 8<sup>e</sup> édition, 2000, point 49.

<sup>47</sup> Pour l'octroi de l'autorisation, ce sont les autorités désignées par le droit du pays dans lequel se trouve le siège de l'association qui sont compétentes; pour les détails, voir Stöber, *ibid.*, point 887.

<sup>48</sup> Voir deuxième partie, point 2.2.

possédant pas la capacité juridique dont le siège est établi à l'étranger<sup>49</sup>. Elles obtiennent la capacité juridique par reconnaissance de l'État<sup>50</sup>.

b) La société de capitaux

Les sociétés de capital sont des sociétés de droit commercial. Les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes se distinguent par la flexibilité différente de l'organisation de leurs statuts. La particularité des sociétés en commandite par actions consiste en ce qu'en vertu de la conception légale, elles possèdent un associé personnellement responsable auquel sont réservées les compétences d'administration et de représentation.

c) La société d'assurance mutuelle (VvAG)

Les sociétés d'assurance mutuelle sont des compagnies d'assurance fonctionnant sur la base d'une adhésion.

d) La coopérative enregistrée (eG)

Les coopératives enregistrées constituent une forme particulière d'association économique créée afin d'apporter une aide mutuelle organisée, dont l'objet ne peut être qu'un but coopératif spécifique.

e) Les variantes des sociétés de capital, sur le modèle de la société à responsabilité limitée

En 1892, le législateur a créé, sans exemple historique, la société à responsabilité limitée, forme allégée de la société anonyme, parce que les conditions strictes imposées aux sociétés par actions étaient utiles et nécessaires pour les grandes entreprises, mais pas pour les petites sociétés ne comptant qu'un nombre limité d'associés<sup>51</sup>. Le modèle de base de la société à responsabilité limitée (GmbH) est la GmbH de caractère "capitaliste" : les associés ne participent à la GmbH qu'au niveau du patrimoine; ils n'exercent leurs droits que par le biais de la prise de décisions au sein de l'assemblée des associés. Dans la pratique, la forme la plus courante est la GmbH "personnelle" : dans ce cas-ci, non seulement les associés participent-ils au niveau du patrimoine, mais l'existence de la GmbH repose sur leur action concertée. On recourt ici très peu au principe de la représentation par des tiers, et les associés sont nommés dans les organes de la société. La loi permet l'inclusion des associés dans la société par une simple participation au capital : en vertu du § 3, alinéa 2 GmbHG, les associés peuvent s'imposer des obligations particulières personnelles étendues. À l'inverse, les statuts peuvent également conférer aux associés un droit particulier de désignation à la direction. La société se rapproche de la société

---

<sup>49</sup> La reconnaissance des associations étrangères possédant la capacité juridique a lieu selon les dispositions du droit privé international (DPI); voir à ce sujet le point V ci-dessous. Cette prescription ne concerne pas les associations fondées en Allemagne par des étrangers; dans ce cas, des dispositions particulières du droit des associations s'appliquent (§§ 14, 15). Voir à ce sujet Stöber, *ibid.*, points 84 et suivants.

<sup>50</sup> C'est le ministre de l'Intérieur qui est compétent (art. 125, 129 GG); voir Hadding, *ibid.*, § 23 point 3.

<sup>51</sup> Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 19<sup>e</sup> édition, 1991, pp. 322 et suivantes.

personnelle par le truchement des dispositions légales normatives : des clauses restrictives limitent le libre changement des associés; des dispositions d'exclusion empêchent la libre transmissibilité de la participation par héritage. À vrai dire, dans le droit relatif aux sociétés à responsabilité limitée, il existe peu de prescriptions qui ne soient pas normatives. C'est justement à ce stade qu'intervient le notaire, afin de "tailler la société sur mesure" et de l'orienter au mieux des besoins des participants.

Une autre forme d'organisation est la société à responsabilité limitée sans but lucratif (société à responsabilité limitée d'intérêt général, gGmbH). Elle bénéficie de l'exonération fiscale si elle poursuit des objectifs d'intérêt général, de bienfaisance ou religieux<sup>52</sup>.

Il faut encore citer la société à responsabilité limitée en commandite. Il s'agit d'une société dont la mission unique consiste à reprendre, dans une société en commandite, la fonction de commandité personnellement responsable, ce qui a pour conséquence que, bien qu'elle ne soit pas une personne morale, cette société s'en approche fortement parce qu'il n'existe dans les faits pas de responsabilité personnelle des associés pour les obligations de la société; cette responsabilité étant limitée par la position de la société en tant que commanditée à la responsabilité "personnelle" de la société à responsabilité limitée en commandite.

### 3. **Caractéristiques, différences et sous-catégories des personnes morales de droit privé**

Les caractéristiques des personnes morales de droit privé consistent, comme indiqué plus haut, outre leur capacité juridique, en leur indépendance vis-à-vis des membres ("immortalité"), en la nécessité d'un nom propre ("raison sociale") et d'une organisation collective, qui impose à côté des statuts également au moins deux organes : le conseil de direction ou la direction générale d'une part, et l'assemblée des associés de l'autre.

Les fondations occupent une position particulière, en ce qu'elles consistent en des entités possédant la capacité juridique mais ne comptant pas de membres.

En outre, les personnes morales se différencient encore selon leur objet :

- exercice d'une activité économique; et
- exercice d'une activité non économique.

Dans le cas de l'exercice d'une activité économique, le législateur a accordé une grande importance à la protection du commerce juridique. Ainsi, il existe des dispositions contraignantes pour l'apport et la conservation du capital de départ; le pouvoir de représentation du conseil de direction vers l'extérieur ne peut être limité et les sociétés sont soumises à certaines obligations de publicité.

---

<sup>52</sup> Wrede in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3 GmbH*, 1996, § 59, point 15 f.

### III.

#### **Origine et fondements de la personnalité juridique du point de vue particulier des différentes catégories de personnes morales**

##### **1. Différents types de constitution et de reconnaissance de la personnalité juridique**

Les conditions de constitution se distinguent, d'une part, par la procédure à observer et d'autre part, par l'obtention de la capacité juridique.

Dans la majorité des cas, la constitution de la personne morale et la détermination des statuts doit absolument faire l'objet d'un acte notarié, dans certains cas l'actes constitutifs peuvent se faire en partie sous seing privé,;

L'obtention de la capacité juridique a lieu soit par octroi par l'État ou par l'inscription dans un registre. Les signatures des membres du conseil de direction doivent obligatoirement être certifiées par un notaire. Dans certains cas, les paraphes certifiés par un notaire sont également nécessaires, de même que les garanties concernant la capacité du conseil de direction et le capital de départ de la société.

##### **2. Conditions de fond et de forme de constitution des personnes morales**

###### a) Association

L'acte constitutif de l'association non économique et la détermination des statuts se font sous seing privé. L'association obtient du tribunal administratif la capacité juridique en son siège par le biais de l'inscription au registre des associations. Au niveau juridique, l'implication du notaire se limite à la certification des signatures des membres du conseil de direction qui signent l'inscription. Dans la pratique, cela entraîne souvent des réclamations du tribunal, parce que les statuts ne répondent pas aux dispositions légales contraignantes et doivent être adaptés. Une obligation d'authentification par un notaire aiderait à décharger les tribunaux. L'inscription au registre des associations est dans la pratique presque toujours effectuée par le notaire.

Pour la constitution d'une association économique et l'octroi de la capacité juridique à des associations étrangères, l'approbation par les autorités compétentes remplace l'inscription au registre des associations.

###### b) Fondation

La fondation est constituée par un acte sous seing privé (§ 81, alinéa 1 BGB). Elle obtient la capacité par le biais de la reconnaissance. La reconnaissance est du

ressort du land fédéral sur le territoire duquel la fondation est établie<sup>53</sup>.

c) Société à responsabilité limitée, société anonyme, société en commandite par actions

Pour les sociétés de capital, la constitution de la personne morale doit se faire par acte notarié. L'obtention de la capacité juridique a lieu au siège de la société, par le biais de l'inscription au registre de commerce<sup>54</sup>. L'inscription est effectuée par tous les membres du conseil de direction respectivement par tous les gérants, dont la signature est certifiée par le notaire. En outre, ceux-ci doivent déposer au tribunal leur signature (paraphe), laquelle doit également être certifiée. Enfin, les membres du conseil de direction respectivement les gérants doivent garantir que le capital social est entièrement (resp. conformément aux statuts) versé et disponible et non grevé de charges, à l'exception de certains frais de constitution dont le montant maximal doit être fixé dans les statuts. Ils doivent également garantir l'absence de condamnations et d'autres décisions contraignantes les empêchant d'être nommés à l'organe de représentation. Déposer une déclaration erronée par intention ou par imprudence constitue un délit. Les tribunaux ne peuvent exiger que pour une bonne raison les preuves que les déclarations et les garanties des membres du conseil de direction respectivement des gérants sont exactes; il incombe au notaire d'assurer la véracité des déclarations par ses recommandations et conseils.

d) Société d'assurance mutuelle (VvAG)

La constitution de la société d'assurance mutuelle doit obligatoirement avoir lieu par acte notarié<sup>55</sup>. L'obtention de la capacité juridique a lieu par le biais de l'approbation par l'autorité de tutelle.

e) Coopérative enregistrée (eG)

La constitution de la coopérative enregistrée se fait sous seing privé. L'obtention de la capacité juridique a lieu par le biais de la reconnaissance par l'État.

3. **Conditions particulières au niveau du contenu et de la forme en vigueur pour la constitution d'entreprises agricoles, d'institutions de crédit, de sociétés d'extraction de ressources souterraines et de sociétés dont l'activité requiert une autorisation de l'État**

Pour l'exercice de certaines activités, les personnes morales ont besoin lors de leur constitution une autorisation spéciale de l'État. Dans certains cas, l'exercice d'une activité est interdit à une forme juridique particulière, ou des conditions spéciales relatives au contenu des statuts sont posées dans le cadre de l'approbation de l'objet de la société.

<sup>53</sup> Pour les détails, voir Damrau/Wehinger, ibid., p. 179.

<sup>54</sup> En vertu du § 125 de la loi sur la libre compétence juridictionnelle (FGG), le registre de commerce est tenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier par le tribunal administratif dans la juridiction duquel le tribunal régional a son siège. La condition est toutefois la tenue électronique du registre, afin que les tribunaux administratifs déposants disposent d'une possibilité de regard par voie électronique.

<sup>55</sup> Exception : la "petite association", § 53 VAG

On trouve les obligations d'autorisation suivantes :

Maisons de retraite	§ 6 de la loi y afférente
Installations ayant des effets nocifs sur l'environnement	§ 4 de la loi sur les émissions
Pharmacies	non autorisées sous la forme d'une personne morale, § 8 de la loi sur les pharmacies
Placement de travailleurs	Art. 1 § 1 de la loi y afférente
Médicaments (fabrication et commerce)	§ 13 de la loi y afférente
Émigration	§§ 1,11 de la loi y afférente
Banques	§ 1, 32 de la loi sur le crédit
Entreprises de construction	§ 34 c du code des professions
Exploitation minière	
Recherche de ressources souterraines	§ 6 de la loi y afférente
Surveillance	§ 34 a du code des professions
Octroi de prêts	§ 34 c du code des professions
Distinctions et ordres	Diffusion, § 14 de la loi y afférente
Commerce de détail	§ 3 alinéa 1 de la loi y afférente
Chemins de fer	§ 4 alinéa 2 de la loi générale sur les chemins de fer
Auto-écoles	§ 10 de la loi y afférente
Télécommunications	§ 2 de la loi y afférente
Enseignement à distance	Loi sur la protection de l'enseignement à distance
Courtage de financements	§ 34 c du code des professions
Hôtellerie	§ 2 de la loi y afférente
Poisons chimiques	§ 4 alinéas 1 et 2 de la loi sur les produits
Transport de fret	Loi sur le transport de fret Loi sur le trafic interrégional § 8 Loi sur le trafic de proximité § 80 Loi sur le transport de ligne § 90
Artisanat	§ 7 alinéa 4 de la loi y afférente
Médecine	§ 1 alinéa 1 de la loi y afférente
Recouvrement	§ 1 alinéa 1, point 4 de la loi sur les conseils juridiques
Fonds d'investissements	§ 2 de la loi y afférente, en relation avec le § 32 de la loi sur le crédit; courtage: § 34 du code des professions
Centres hospitaliers	§ 30 du code des professions
Loteries	§ 33 h du code des professions
Trafic aérien	Engins : § 2 de la loi y afférente

Courtage	Sièges : § 6 de la loi y afférente Compagnies: § 20 de la loi y afférente Biens-fonds, fonds d'investissement, crédits, prêts : § 34 c du code des professions
Évacuation des déchets	Installations : § 7 de la loi sur les déchets Collecte et transport : § 12 de la loi sur les déchets, § 2 de la loi sur l'évacuation des déchets
Chaussures orthopédiques	§ 30 b du code des professions
Placement de personne	§ 23 de la loi y afférente
Transport de personnes (compagnies de taxis, autobus, etc.)	§ 2 de la loi y afférente
Prêts sur gage	§ 34 du code des professions
Courrier	Transport : § 2 alinéa 2 de la loi y afférente
Affaires juridiques	§§ 59 c alinéa 1, 59 g de la loi sur la profession d'avocat, § 1 alinéa 1 de la loi sur les conseils juridiques
Voyages	§ 55 alinéa 2 du code des professions
Représentation de personnes	§ 33 a du code des professions
Acteurs	§ 55 alinéa 1, point 2 du code des professions
Trafic maritime	Fret : § 55 et suivants du code de commerce Personnes : §§ 665 et suivants du code de commerce
Casinos	§ 33 h du code des professions § 1 alinéa 1 de la loi sur les casinos publics
Appareils de jeu et jeux à possibilité de gains	§§ 33c, 33 d du code des professions
Conseils fiscaux	§§ 49 et suivants de la loi y afférente
Salles de jeux	§ 33 i du code des professions
Explosifs	§§ 7, 27 de la loi y afférente
Stations-services	§ 9 de la loi sur les liquides inflammables
Expériences sur les animaux	§ 8 de la loi sur la protection des animaux
Participation dans des entreprises	§ 1 de la loi y afférente. Une société de participation ne peut revêtir que la forme d'une société anonyme, § 2 alinéa 1 de la loi y afférente
Ventes aux enchères	§ 34 b du code des professions
Assurances	Compagnies : § 5 de la loi y afférente; impossible sous la forme d'une société à responsabilité limitée, § 7 de la loi y afférente
Armes	Fabrication : § 7 de la loi y afférente Stands de tir : § 44 de la loi y afférente Armes de guerre : §§ 2 et suivants de la loi sur les armes de guerre
Effets à termes	§ 1 alinéa 1, point 5, de la loi sur le crédit
Commerce de titres	§ 2 de la loi y afférente

**IV.****Organes d'administration et de représentation des personnes morales de droit privé****1. Énumération et présentation des administrateurs et représentants des personnes morales (personnes physiques et personnes morales)**

Il y a lieu de faire la distinction entre la représentation par les organes et la représentation en justice<sup>56</sup>. Pour la représentation en justice, le représentant reçoit un mandat; il représente alors le mandant dans le cadre du mandat qui lui a été conféré. Un cas particulier de la représentation en justice est la procuration (§§ 48 et suivants HGB). Elle peut être inscrite au registre de commerce ou au registre des coopératives; la preuve du pouvoir de représentation est obtenue par consultation du registre.

À côté de la particularité déjà exposée au début de la représentation par les organes, il y a encore deux autres différences essentielles :

- le pouvoir de représentation des organes n'est pas transmissible;
- la responsabilité du détenteur du droit pour les actes délictueux de l'organe.

Les organes des personnes morales peuvent de leur côté conférer des mandats de représentation en justice, mais ne peuvent pas transmettre leur mandat de représentation propre. La jurisprudence a montré que les représentants des organes ne peuvent pas non plus octroyer de mandat général<sup>57</sup>.

La personne morale doit répondre intégralement de tous les actes délictueux de ses représentants, sans qu'une décharge soit possible, comme dans le cas des aides à l'accomplissement des tâches (voir § 831 BGB).

Les représentants des organes sont appelés "gérants" dans le cas d'une société à responsabilité limitée (§ 35 GmbHG) et "directeurs" dans le cas des autres personnes morales.

**2. Nature juridique des organes, représentants et directeurs des personnes morales**

Les représentants des organes des personnes morales ne peuvent être que des personnes physiques (voir § 76 alinéa 3, p. 1 AktG). Fondamentalement, elles ne doivent pas être membres de la personne morale (principe de l'organe tiers); il n'en va pas de

---

<sup>56</sup> Pour la théorie des organes, voir ci-dessus 1. A. a.

<sup>57</sup> BGHZ 34, 27; BGH in: NJW 1977, 199.

même pour les coopératives (§ 9 GenG).

### 3. **Compétences juridiques des organes et représentants et durée du mandat des gérants et représentants des personnes morales, caractéristiques, conditions de forme et intervention du notaire**

Le pouvoir de représentation des directeurs/gérants à l'égard des tiers ne peut être limité (voir p. ex. § 81 alinéa 1 AktG, § 37 alinéa 2 GmbHG); seul le pouvoir de représentation du conseil de direction d'une association peut être limité par les statuts (§ 26 alinéa 2 p. 2 BGB).

Le mandat des représentants des organes court jusqu'à la révocation. Une exception à cette règle réside dans le conseil de direction de la société anonyme, qui peut être nommé pour un maximum de cinq ans (§ 84 AktG), avec possibilité de reconduction.

Les représentants des organes sont nommés par l'assemblée générale des membres. C'est uniquement dans le cas des sociétés anonymes et des sociétés d'assurance mutuelle que le conseil de direction est nommé par le comité de contrôle. Les représentants des organes doivent être inscrits au registre correspondant ou désignés auprès des autorités d'approbation. L'inscription ne revêt qu'un caractère déclaratif; la nomination par l'organe compétent est constitutive.

Le notaire intervient pour l'enregistrement des nouveaux membres du conseil de direction ou gérants, pour autant qu'ils doivent être inscrits. Il :

- rédige la déclaration correspondante;
- vérifie si la désignation a eu lieu dans les formes prescrites;
- enregistre les garanties sous serment obligatoires dans certains cas;
- informe les personnes concernées sur la signification de la représentation; et
- veille au dépôt légal de l'inscription.

## **V.**

### **Modifications des statuts**

#### 1. **Principales modifications des statuts**

Si la personne morale est inscrite à un registre, toute modification des statuts doit l'être également. L'inscription est constitutive (voir p. ex. § 54 alinéa 3 GmbHG). Pour les sociétés de capital, certaines modifications des statuts doivent être publiées (voir p. ex. § 10 GmbHG : raison sociale, siège, objet, dérogation et, si la société n'a pas été constituée pour une durée indéterminée, durée).

Les autres modifications des statuts nécessitent une approbation. Ainsi, une modification de l'exercice financier a parfois besoin de l'autorisation du fisc. La modification de l'objet

requiert elle aussi parfois une autorisation (voir ci-dessus, chapitre II, point 3).

Des règles particulières s'appliquent pour les modifications des statuts des sociétés de capital affectant le capital de départ (augmentations et diminutions de capital).

## **2. Conditions de fond et de forme et participation du notaire**

Les conditions de fond et de forme correspondent à celles de la constitution.

## **3. Effets d'une modification des statuts sur la personnalité juridique et la capacité d'action d'une personne morale**

Une modification des statuts ne peut par essence avoir aucun effet sur la personnalité juridique ou la capacité d'action d'une personne morale.

## **4. Effets d'une modification des statuts sur l'administration et la représentation d'une personne morale**

Les statuts déterminent comment les représentants des organes agissent (seuls ou ensemble). En règle générale, les statuts prévoient la représentation collective; ils permettent toutefois souvent à l'assemblée des associés d'octroyer une compétence de représentation personnelle à l'un ou l'autre représentant. Si la disposition correspondante des statuts est modifiée, le mode d'action des représentants peut l'être lui aussi, mais pas les mandats déjà conférés.

## **VI.**

### **La personne morale de droit privé dans le cadre du droit privé international**

#### **1. Reconnaissance de la personnalité juridique des personnes morales étrangères en République fédérale d'Allemagne**

Le droit privé international allemand ne prévoit pas de norme générale pour le statut des sociétés. En raison notamment de l'absence de législation, les fondements du droit international des sociétés sont tout aussi controversés que les détails.

La jurisprudence allemande et la doctrine scientifique prédominante suivent la "théorie du siège"<sup>58</sup>. En vertu de celle-ci, le statut de la société dépend du droit du pays où la société a établi son siège administratif. Ce qui importe, ce n'est pas ici le siège social cité dans les statuts, mais le siège administratif réel, c'est-à-dire le lieu où se trouve l'administration (direction commerciale).

---

<sup>58</sup> Voir uniquement BGHZ 53, 181/183; BGHZ 97, 269/271; BGH NJW 2003, 1607/1608 et les notes bibliographiques de Michalski, *GmbHG, Syst. Darst.* 2, point 4.

La théorie du siège prévalant en Allemagne reconnaît donc la capacité juridique d'une société étrangère sans autres exigences aussi longtemps qu'elle maintient son siège administratif effectif dans le pays concerné. Cela devient problématique quand la société a été fondée dans un pays et établi son siège administratif dans un autre, en particulier en Allemagne. La capacité juridique acquise un jour ne se prolonge pas automatiquement en Allemagne; il est surtout question de savoir si la société existe toujours selon le droit du pays d'origine et si elle possède la capacité juridique en vertu du droit allemand<sup>59</sup>. La capacité juridique de la société étrangère qui a déplacé son siège administratif réel en Allemagne n'est généralement pas reconnue en Allemagne. Cela ne signifie toutefois pas qu'une société étrangère est considérée comme totalement inexistante si elle transfère son siège effectif en Allemagne. La théorie du siège ne reconnaît tout simplement pas la forme juridique choisie à l'étranger du détenteur du droit, ce qui peut entraîner des problèmes de responsabilité pour les associés<sup>60</sup>. Ainsi, la Cour suprême fédérale a récemment décidé<sup>61</sup>, dans une affaire concernant la société "Limited Company" constituée selon le droit de l'île de Jersey et ayant son siège administratif effectif en Allemagne, qu'elle pouvait, en tant que société de droit civil, comparaître activement et passivement devant les tribunaux allemands et qu'en tant que telle, elle pouvait acquérir valablement des droits en Allemagne.

Le statut défini selon la théorie du siège est, de l'avis général, un statut uniforme<sup>62</sup>. Il s'applique donc à la société de sa constitution à sa fin et dans toute relation (également en matière de responsabilité et d'organisation)<sup>63</sup>. Il ne nécessite donc ni une procédure de reconnaissance ni aucun autre acte de la part de l'État. La société qui, selon son statut, est une personne morale de droit allemand est automatiquement reconnue en tant que telle.

En ce qui concerne les règles de conflit du droit privé international, on applique la prescription générale de l'art. 4 de la loi introductive au code civil allemand (EGBGB), selon lequel le droit allemand est en vigueur si le droit étranger en matière des conflits de droit y renvoie. Les renvois au droit allemand n'entrent pas en ligne de compte si le pays dans lequel la société a établi son siège réel, suit lui aussi la théorie du siège. En revanche, quand une société constituée selon le droit allemand déplace son siège effectif dans un autre pays dont le droit suit la théorie de constitution, il est renvoyé au droit allemand, qui accepte ce renvoi<sup>64</sup>.

On assiste aujourd'hui du côté allemand à un certain abandon de la théorie du siège et à un glissement vers la théorie de la constitution en raison des récents arrêts de la Cour européenne de justice relatifs aux sociétés dont le siège statutaire est établi dans un

---

<sup>59</sup> BGH, arrêt du 29 janvier 2003, NJW 2003, 1607/1608.

<sup>60</sup> Voir uniquement K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4<sup>e</sup> édition, p. 27 f.

<sup>61</sup> Arrêt du 18 juillet 2002, DnotZ 2003, 147.

<sup>62</sup> Voir BGH, arrêt du 5 novembre 1980, NJW 1981, 522/525 f.

<sup>63</sup> Voir Rowedder, *GmbHG*, introduction au point 301, et BGH.

<sup>64</sup> Voir Rowedder, *GmbHG*, introduction au point 305.

autre État membre de l'Union européenne mais qui n'exercent pas leur activité commerciale dans ce pays (d'origine), mais dans un autre État membre<sup>65</sup>. D'après ces arrêts, le droit communautaire exige de reconnaître la capacité juridique des sociétés valablement constituées dans un autre État membre de l'Union européenne. Par son arrêt du 30 septembre 2003 dans l'affaire "Inspire Art"<sup>66</sup>, la CJCE a confirmé sa position et décidé en outre que les États membres de l'Union ne pouvaient pas soumettre une société constituée selon le droit d'un autre État membre à certaines dispositions nationales (comme, par exemple, en matière de capital minimal ou de responsabilité des gérants). Seul un contrôle strict des abus au cas par cas est autorisé. Avec l'arrêt Inspire Art, la CJCE montre clairement qu'un État membre de la Communauté européenne doit évaluer une société originaire d'un autre État membre non seulement du point de vue de sa capacité juridique, mais aussi en intégralité selon le droit des sociétés du pays d'origine. Elle exclut ainsi l'application - orientée sur le respect de normes de protection nationales – de règles particulières du pays hôte, par exemple en matière de raison sociale, de capital minimal ou de responsabilité<sup>67</sup>.

Par souci d'intégrité, on renvoie encore à l'accord de Bruxelles relatif à la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales du 29 février 1968. En vertu de cet accord, les pays signataires doivent appliquer entre eux la théorie de la constitution, dès qu'il s'agit de la capacité juridique, commerciale ou d'action d'une société ou personne morale valablement constituée dans un autre État membre (art. 6). Selon l'art. 4, alinéa 1 de l'accord, les pays signataires conservent toutefois une réserve en faveur de leur droit obligatoire si le siège réel de la société concernée se trouve dans leur juridiction; la République fédérale d'Allemagne a utilisé cette possibilité dans sa loi relative à l'approbation du 18 mai 1972. L'accord n'est toutefois pas encore entré en vigueur en raison de la non-ratification par les Pays-Bas.

On ne peut pas encore dire si et dans quelle mesure la jurisprudence précitée, concernant uniquement l'Union européenne, induira également en Allemagne un passage de la théorie du siège à la théorie de la constitution. Dans son arrêt du 29 janvier 2003<sup>68</sup>, la Cour suprême fédérale n'a toutefois pas envisagé un tel abandon sur la base des arrêts Centros et Überseering de la CJCE et a admis uniquement que l'on pouvait se détourner de la théorie du siège - par exemple dans les relations entre l'Allemagne et les États-Unis d'Amérique - en raison de l'existence d'accords bilatéraux ou multilatéraux.

## **2. Droit applicable**

Le droit allemand ne fixe pas d'exigences particulières pour la forme ou le contenu du processus de constitution d'une personne morale étrangère. Une personne morale

---

<sup>65</sup> CJCE, arrêts du 9 mars 1999, NJW 1999, 2027 (arrêt Centros) et du 5 novembre 2002, NJW 2002, 3614 (arrêt Überseering).

<sup>66</sup>Rapport DNotI 2003, 166 = NJW 2003, 3331.

<sup>67</sup> Zimmer, NJW 2003, 3585 et suivants.

<sup>68</sup> NJW 2003, 1607.

valablement constituée et existant selon un droit étranger est reconnue - abstraction faite des exceptions exposées au chapitre VI.1 - en Allemagne. La même chose vaut pour les modifications ultérieures des statuts, y compris le changement de la forme juridique, et pour la désignation des organes de représentation; si ces actes sont valables aux yeux du droit étranger applicable, ils sont automatiquement reconnus en Allemagne. En vertu d'un arrêt de la Cour suprême fédérale, seul le droit étranger applicable selon la théorie du siège définit "dans quelles conditions la personne morale naît, vie et cesse d'exister"<sup>69</sup>. Le statut de la société détermine en particulier également l'ensemble du droit d'organisation d'une société<sup>70</sup>. Si les exigences formelles du droit étranger applicable sont remplies, c'est suffisant pour les autorités allemandes.

### **3. Conventions, traités ou accords entre pays**

Comme vu au chapitre VI. 1, la liberté d'établissement en vigueur dans la Communauté européenne (art. 43 et suivants du TCE) impose aux États membres de reconnaître une société (et sa personnalité juridique) valablement constituée selon le droit d'un autre État membre et ce, même si la société n'exerce pas son activité dans le pays d'origine mais dans un autre État membre de la Communauté. Chaque État membre doit également évaluer et reconnaître les sociétés provenant d'un autre État membre selon le droit des sociétés du pays d'origine. En ce sens, le droit allemand s'écarte de la théorie du siège et suit, en raison des dispositions du droit communautaire - même si elles sont limitées aux sociétés de la Communauté européenne - la théorie de la constitution.

Il existe en outre divers accords bilatéraux. Si de tels accords sont passés avec d'autres États membres de la Communauté européenne - comme par exemple l'Espagne (traité d'établissement du 23 avril 1970) ou le Royaume-Uni (accord de Londres sur les dettes extérieures de l'Allemagne du 27 février 1953) - et concernent la reconnaissance mutuelle de sociétés selon la théorie de la constitution, ils ont perdu en signification avec la jurisprudence récente de la Cour européenne de justice, comme vu au chapitre VI. 1., parce qu'en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères, c'est cette théorie qui est généralement appliquée entre les États membres.

L'accord bilatéral le plus important passé avec un pays extérieur à la Communauté européenne est le traité d'amitié, de commerce et de navigation signé avec les États-Unis le 29 octobre 1954<sup>71</sup>. L'art. 25, alinéa 5, phrase 2 de ce traité consacre la reconnaissance mutuelle des sociétés fondées selon les lois et autres prescriptions en vigueur de l'autre pays. En vertu de cet accord, une société valablement constituée selon le droit d'un État fédéré des États-Unis doit être considérée en Allemagne comme possédant la personnalité juridique, où que soit situé son siège administratif effectif. D'après l'opinion prédominante, il en va autrement pour la reconnaissance de l'exigence du "lien réel" uniquement dans le cas des sociétés prétendument étrangères ("pseudo-foreign corporations"). Ce sont des sociétés créées aux États-Unis qui n'ont pas de lien

---

<sup>69</sup> BGHZ 25, 134/144.

<sup>70</sup> RGZ 73, 366/367.

<sup>71</sup> BGBl 1956 II, S. 487.

réel avec ce pays et qui mènent leurs activités exclusivement en Allemagne. En raison des autres détails, on renvoie à Münch.-Komm., *BGB/Kindler, Int. Gesellschaftsrecht*, n°241 et suivants.

Conformément aux divers accords sur la protection des capitaux, la République fédérale d'Allemagne est tenue de reconnaître les sociétés originaires d'un autre pays parti au traité si celles-ci ont établi leur siège à l'étranger et ce, indépendamment de la théorie (siège ou constitution) suivie par ce pays. Si le siège administratif effectif de la société se trouve en Allemagne, la reconnaissance est octroyée en Allemagne en application des règles du droit international des sociétés allemand<sup>72</sup>. De tels accords existent entre autres avec la Bolivie, le Cameroun, Cuba, le Ghana, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, la Roumanie, le Sénégal, le Tchad, la Yougoslavie, etc.<sup>73</sup>

À côté de cela, il y a de nombreux accords bilatéraux importants en matière de conflit parce qu'ils ont été conclus avec des pays qui, comme l'Allemagne, suivent la théorie du siège et donc lient la reconnaissance mutuelle des sociétés au siège effectif. De tels accords existent entre autres avec l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Côte d'Ivoire, l'Égypte, l'Équateur, le Maroc, le Nicaragua, le Paraguay, la Russie, le Togo, l'Ukraine, l'Uruguay, le Venezuela, etc.<sup>74</sup>

#### **4. Preuves de l'existence et de la représentation des personnes morales étrangères**

Le droit privé international allemand ne contient aucune norme relative aux conflits des lois pour la preuve de l'existence et des compétences de représentation des personnes morales étrangères.

Pour les personnes morales allemandes, la preuve provient en premier lieu d'un extrait certifié du registre concerné si la personne morale en question est inscrite. Il s'agit, pour les associations possédant la capacité juridique, du registre des associations ; pour les sociétés de capital (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en commandite par actions) et pour les sociétés d'assurance mutuelle (VvaG) du registre de commerce ; pour les coopératives, du registre des coopératives. Si des personnes morales se voient octroyer la capacité juridique par le biais d'une reconnaissance de l'État (fondations, associations économiques, associations étrangères), la preuve de l'existence et de la représentation découle d'une certification officielle des autorités compétentes. En Allemagne, les certificats notariaux possèdent une grande importance pratique en vertu du § 21 de la loi sur le notariat, parce qu'ils ont la même force de preuve qu'un extrait officiel de registre. Le notaire peut émettre un tel certificat sur les rapports juridiques d'une personne morale inscrite à un registre public (ou d'une autre société commerciale), pour autant qu'il ait consulté ledit registre. Des formules de certificats notariaux en allemand, anglais et français se trouvent dans les *Cahiers internationaux*, n° 1-2, 2002, pp. 97 et suivantes.

---

<sup>72</sup> *Kindler* *ibid.*, Rz. 239.

<sup>73</sup> Einzelaufstellung bei *Kindler* *ibid.*, Rz. 239.

<sup>74</sup> Einzelaufstellung bei *Kindler* *ibid.*, Rz. 240.

Si une personne morale étrangère est inscrite dans un registre public, la pratique allemande accepte la preuve de l'existence et de la représentation au moyen d'un extrait officiel récent ou d'une copie de ce registre ; une traduction en allemand établie par un traducteur juré est ici exigée. Il n'est pas possible de répondre catégoriquement à la question de savoir si le certificat d'existence et de représentation rédigé par un notaire étranger et revêtu du cachet des autorités suffit pour une utilisation officielle (en particulier vis-à-vis des autorités, tribunaux, registres, bureaux du cadastre, etc., allemands). La pratique, en particulier auprès des registres de commerce et bureaux du cadastre, est tout à fait aléatoire. Dans la mesure où ils se basent sur une consultation d'un registre public, les certificats correspondants relevant du domaine du notariat latin sont acceptés relativement souvent. La forme et la procédure de ces certificats dépendent du droit étranger, et on part généralement du principe qu'ils ont été établis conformément aux compétences et dans les règles<sup>75</sup>.

Pour les personnes morales provenant de pays où il n'existe pas de registre officiel, en particulier un registre de commerce ou des sociétés, ou, quand il y a un tel registre, où ce dernier ne donne pas de renseignements sur toutes les questions de nature juridique, la preuve d'existence et de représentation pour l'utilisation en Allemagne est plus problématique. C'est en particulier le cas pour les personnes morales de droit anglo-américain. Ici, on exige en règle générale un "certificate of incorporation" officiel (établi aux États-Unis par exemple par le "Secretary of State") pour prouver l'existence et une attestation de représentation (de préférence revêtu d'un cachet) émise par la personne compétente en vertu du droit étranger (aux États-Unis, par exemple le "secretary" de la société). Cette personne doit confirmer le contenu de l'attestation devant un notaire (également un "notary public") et faire certifier la signature par le notaire<sup>76</sup>.

## **5. Preuve de l'authenticité de documents étrangers**

La question de savoir si l'authenticité d'un certificat d'existence ou de représentation établi par une autorité étrangère ; un tribunal étranger ou une personne étrangère faisant foi (en particulier un notaire) est reconnue en Allemagne n'est pas réglée par la loi et est traitée de manière non uniforme dans la pratique. Des conventions bilatérales ont été conclues avec quelques pays, qui libèrent (mais de manière différente) de l'obligation de preuve. En vertu de tels accords, il n'est plus nécessaire d'apporter, par exemple dans le cadre du commerce juridique avec l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France et l'Italie, d'autres preuves d'authenticité pour les documents et attestations établis par les autorités, tribunaux et notaires de ces pays. C'est également le cas avec la Suisse; les certificats notariaux doivent toutefois être alors revêtus de l'apostille.

---

<sup>75</sup> Voir OLG Cologne, *Rechtspfleger*, 1989, 66.

<sup>76</sup> Pour les sociétés anglaises et américaines, voir Heinz in: *ZNotP*, 2000, pp. 410 et suivantes, Langheine in: *NZG*, 2001, pp. 1123 et suivantes et Fischer in: *ZNotP*, 1999, pp. 352 et suivantes.

En outre, pour les attestations officielles ou notariales, la légalisation aux termes de l'art. 2, phrase 2 de l'accord de La Haye du 5 décembre 1961, c'est-à-dire une confirmation formelle de l'authenticité par la représentation dans le pays concerné de la République fédérale d'Allemagne (le cas échéant, après une certification intermédiaire par une ou plusieurs autorités du pays de constitution), peut être exigée. Dans les relations avec les pays qui - comme l'Allemagne - ont signé l'accord de La Haye sur la libération des documents étrangers de la légalisation, la confirmation des autorités compétentes du pays d'origine sous la forme de l'apostille suffit.

Si des documents ou attestations officiels ou notariaux sont rédigés dans une langue étrangère, il peut être exigé une traduction en allemand faite par un traducteur ou un interprète juré.

## **Deuxième partie**

### **Questionnaire**

#### **Question 1 :**

**Donnez les prescriptions légales en vigueur dans votre pays pour les personnes morales de droit privé. Y a-t-il une loi qui trouve application sur tout le territoire national, ou existe-t-il des lois régionales en la matière ?**

#### **Réponse :**

Il y a en Allemagne des normes juridiques uniformes pour les différentes formes de personnes morales de droit privé. Pour la fondation de droit privé possédant la capacité juridique, dont les principes généraux sont établis dans le code civil (BGB, §§ 80 à 88), il existe des règlements d'application propres aux länder fédéraux; ces règlements ne présentent pas de différences substantielles au niveau matériel, mais plutôt au niveau de la procédure.

Les principales lois fédérales pour les personnes morales de droit privé sont le code civil pour la forme juridique des associations (§§ 21 et suivants BGB) et des fondations (§§ 80 et suivants BGB), la loi sur les sociétés par actions (AktG) pour la forme juridique des sociétés anonymes (AG) et des sociétés en commandite par actions (KGaA), la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG) pour la forme juridique de ce type de société (GmbH), la loi sur les coopératives économiques (GenG) et la loi sur la surveillance des assurances (VAG) pour la forme juridique de la société d'assurance mutuelle (VVG).

#### **Question 2 :**

**Quelles sont les différentes catégories de personnes morales de droit privé que reconnaît le système juridique allemand ? Citez-en les caractéristiques.**

On peut différencier les personnes morales de droit privé entre les entités particulières possédant la capacité juridique mais ne comptant pas de membres (fondations) et les collectivités organisées selon un droit d'adhésion. Parmi ces dernières, on trouve en particulier les associations de droit civil, les sociétés de capital (en particulier les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée), les coopératives et les sociétés d'assurance mutuelle (VVG).

#### **2.1. Fondations (§§ 80 à 88 BGB)**

La fondation est une personne morale créée pour atteindre des objectifs particuliers (souvent d'intérêt général) et - à la différence des autres personnes morales de droit

privé - ne consistant pas en un groupe de personnes, c'est-à-dire ne comptant pas de membres. La fondation constitue donc une entité particulière possédant la capacité juridique. Elle obtient la capacité juridique par le biais de la reconnaissance par les autorités compétentes du land fédéral, dans lequel elle a établi son siège (§ 80 alinéa 1 BGB).

Le droit allemand en matière de fondations se caractérise par une législation minimale et une grande liberté d'organisation. La volonté des fondateurs se perpétue par la forme juridique de la fondation.

Le droit allemand en matière de fondations ne prévoit comme organe obligatoire que le conseil de direction (§§ 86, 26 alinéa 1 BGB), même si les statuts des fondations envisagent la plupart du temps des conseils consultatifs, des bureaux ou des organes similaires.

La fondation doit être considérée comme possédant la capacité juridique si elle remplit les conditions minimales légales visées au § 81 alinéa 1 BGB (voir au point 4.1), si le respect durable de son objet semble garanti et si l'objet et l'intérêt général ne sont pas mis en danger (§ 80 alinéa 2 BGB).

Les fondations de droit privé possédant la capacité juridique sont soumises au contrôle de l'État par le biais des autorités compétentes des länder. Ce contrôle sert à assurer le respect d'une part, de la législation et d'autre part, de la volonté et des statuts.

Lors de l'extinction de la fondation, son patrimoine revient aux personnes désignées dans les statuts ou, en cas d'absence d'une telle disposition statutaire, au fisc du land dans lequel la fondation avait établi son siège (§ 88 BGB).

## 2.2. Associations (§§ 21 bis 79 BGB)

Le droit civil allemand fait la distinction entre les "associations non économiques" (§ 21 BGB) - appelées également "associations sans but lucratif" -, dont l'objet n'est pas orienté vers une activité commerciale et qui obtiennent la capacité juridique par le biais de l'inscription au registre des associations du tribunal administratif compétent pour leur siège, et les "associations économiques" - plus rares dans la pratique - (§ 22 BGB), qui la tirent d'un octroi par l'État par l'intermédiaire du land dans lequel elles ont établi leur siège. En vertu du § 23 BGB, une association étrangère qui n'a pas son siège en Allemagne peut obtenir la capacité juridique par le biais d'une reconnaissance par le ministre fédéral de l'Intérieur. La disposition du § 23 BGB n'a guère de signification pratique parce qu'elle ne concerne que les associations étrangères ne jouissant pas de la capacité juridique dans leur pays d'origine (les associations possédant la capacité juridique selon le droit du pays où le siège est établi sont considérées comme la possédant en Allemagne aussi, conformément aux règles générales du droit international privé allemand) et qui la demandent selon le droit allemand (voir MünchKomm-BGB/Reuter, § 23 n° 1). Étant donné que l'on ne connaît qu'un seul cas de ce type en Allemagne (MünchKomm-BGB ibid) et que l'importance pratique du § 23

BGB est presque nulle, on ne reviendra pas sur cette forme de personne morale de droit privé.

Pour constituer une coopérative enregistrée (e.V.), il faut au moins sept membres; pour une association économique, au moins deux.

L'octroi de la capacité juridique à une association économique n'a lieu que s'il est déconseillé ou impossible aux fondateurs de s'organiser en société anonyme, en société à responsabilité limitée ou en coopérative (voir BverwG, NJW 1979, 2261; BGHZ 85, 89).

Les membres de l'association se dotent de statuts qui doivent répondre à certaines exigences minimales légales.

L'association dispose de deux organes imposés par la loi, à savoir le conseil de direction, qui représente l'association en justice et extrajudiciairement (§ 26 BGB), et l'assemblée des associés, qui gère les affaires de l'association, dans la mesure où celles-ci ne sont pas du ressort du conseil de direction ou d'un autre organe statutaire (§ 32 BGB).

Lors de la dissolution de l'association, son patrimoine revient aux personnes désignées dans les statuts ou, à défaut, au fisc du land dans lequel l'association avait établi son siège (§ 45 BGB).

### 2.3. Sociétés de capital

Les sociétés de capital sont des personnes morales disposant d'un capital minimal fixé par la loi. Le montant du capital de garantie, qui doit être au moins équivalent au capital minimal, est déterminé dans les statuts ou l'acte de société.

Le droit allemand en matière de sociétés de capital fait la distinction entre les deux grands types que sont la société anonyme (AG), dont la base juridique est constituée par la loi sur les sociétés par actions (AktG), et la société à responsabilité limitée (GmbH), dont la base légale est la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (GmbHG). (Voir à ce sujet également Hertel, "Les différents types de sociétés du droit allemand", in: *Revue Hellénique de Droit International*, 2001, pp. 189 et suivantes).

#### 2.3.1. Sociétés anonymes (AG)

Une société anonyme peut être fondée par une ou plusieurs personnes (également morales) (§ 2 AktG). La constitution de la société anonyme, y compris la rédaction des statuts, doit faire l'objet d'un acte notarié (§ 23 AktG). Le capital de départ, qui peut être apporté en espèces ou en nature, s'élève à au moins 50 000 euros et est divisé en actions ou en parts nominatives. La société anonyme possède nécessairement trois organes :

- l'assemblée générale (§§ 118 et suivants AktG), c'est-à-dire l'assemblée des actionnaires, dont les tâches essentielles sont la désignation des membres du comité de surveillance et les décisions sur l'affectation des bénéfices, sur la décharge des membres du comité de surveillance et du conseil de direction, sur la nomination du vérificateur aux comptes et sur les modifications des statuts, y compris concernant le capital (augmentation ou diminution) ;
- le conseil de direction (§§ 76 et suivants AktG), dont les membres sont désignés par le comité de surveillance pour un maximum de cinq ans (réélection possible, § 84 alinéa 1 AktG) et dont la mission est d'administrer et de représenter la société, c'est-à-dire de diriger la société sous leur propre responsabilité ;
- le comité de surveillance (§§ 30, 95 et suivants AktG), dont les membres - pour autant qu'ils ne puissent être désignés par les travailleurs en vertu de dispositions de codécision - sont élus par l'assemblée générale et dont les principales tâches sont de désigner, de révoquer et de surveiller les membres du conseil de direction, ainsi que la représentation en justice et extrajudiciaire de la société vis-à-vis des membres du conseil de direction (§§ 84, 111 alinéa 1, 112 AktG). Dans certains cas, en vertu d'une disposition légale sur la codécision des travailleurs, une participation de représentants du personnel est obligatoire au comité de surveillance. Dans les entreprises de l'industrie du charbon et de l'acier (exploitation minière, métallurgie, sidérurgie) comptant plus de 1 000 travailleurs, le comité de surveillance est composé de cinq représentants des actionnaires, de cinq représentants des travailleurs et d'un membre "neutre" (loi sur la codécision dans l'industrie du charbon et de l'acier de 1951). Les sociétés anonymes comptant plus de 2 000 travailleurs non actives dans l'industrie du charbon et de l'acier sont soumises, conformément à la loi sur la codécision de 1976, à la codécision paritaire, c'est-à-dire que le comité de surveillance est composé obligatoirement d'autant de représentants des actionnaires que des travailleurs. Dans les sociétés anonymes comptant entre 500 et 2 000 travailleurs non concernées par une des deux lois précitées, le comité de surveillance se compose pour deux tiers de représentants des actionnaires et pour un tiers de représentants des travailleurs (parité au tiers, loi sur la constitution des entreprises de 1952).

### 2.3.2. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

La société à responsabilité limitée (GmbH) peut - comme la société anonyme - être fondée par une ou plusieurs personnes (§ 1 GmbHG). L'acte de société doit revêtir la forme d'un acte notarié (§ 2 GmbHG). Le capital de départ, qui peut être constitué en espèces ou en nature, s'élève à au moins 25 000 euros et est réparti selon l'apport des différents associés. La GmbH ne doit posséder que deux organes, à savoir l'assemblée des associés et la direction.

- En vertu du § 46 GmbHG, les tâches de l'assemblée des associés sont en particulier l'adoption du bilan annuel et l'affectation du résultat, le recouvrement de créances ouvertes sur les apports de départ, la désignation, la révocation et la décharge des gérants, le contrôle et de surveillance de la direction, la représentation de la société vis-à-vis de ses gérants et, conformément au § 53 GmbHG, la modification de l'acte de société, y compris les augmentations et diminutions de capital.
- Les gérants représentant la société en justice et extrajudiciairement (§§ 35 alinéas 1, 36 GmbHG). Ils sont - sauf disposition contraire dans les statuts - désignés et révoqués par l'assemblée des associés (§ 46, point 5 GmbHG); au contraire de ce qui est en vigueur pour les sociétés anonymes, leur mandat n'est pas limité dans le temps. Les gérants doivent se tenir aux restrictions qui leur sont imposées par l'acte de société ou les décisions des associés (§ 37 alinéa 1 GmbHG); ils sont également soumis aux directives des associés. Cette limitation de la compétence de représentation ne vaut qu'à l'intérieur de la société, et non vis-à-vis de tiers (§ 36 alinéa 2 GmbHG).
- La loi n'impose pas de comité de surveillance pour les sociétés à responsabilité limitée, mais l'acte de société peut très bien en prévoir un (§ 52 GmbHG). Cependant, les dispositions légales en matière de codécision des travailleurs peut faire apparaître une obligation de constitution d'un comité de surveillance auprès d'une société à responsabilité limitée également : en effet, cette dernière est soumise au modèle légal de parité au tiers si elle emploie plus de 500 travailleurs, à la codécision "quasi-paritaire" si elle compte plus de 2 000 travailleurs et à la codécision paritaire si elle occupe plus de 1 000 personnes et est active dans l'industrie du charbon et de l'acier.

2.3.3. Si on compare la société anonyme (AG) et la société à responsabilité limitée (GmbH), il apparaît que l'AG, notamment en raison de la possibilité de cotation, est plutôt liée à un capital, tandis que la GmbH - grâce à la flexibilité offerte par la législation - est plutôt orientée sur les personnes. Les associés de la GmbH peuvent, au contraire des actionnaires de l'AG, émettre des directives à l'adresse de la direction. Par la stricte séparation entre les détenteurs du capital (actionnaires) et la direction (principe de l'organe tiers), l'indépendance de la société vis-à-vis des détenteurs des droits et des capitaux est bien plus marquée pour l'AG que pour les autres formes juridiques, en particulier la GmbH. Les associés de la GmbH jouissent d'une grande liberté dans la rédaction de l'acte de société, tandis que les statuts de l'AG ne peuvent dévier des prescriptions de la loi sur les sociétés par actions que si ladite loi le permet (§ 23 alinéa 5 AktG).

Les deux formes de société, AG et GmbH, ont en commun qu'elles n'obtiennent la personnalité juridique que par le biais de l'inscription au registre de commerce.

## 2.4. Coopératives

La coopérative enregistrée (e.G.) est une forme particulière de l'association économique. Ses relations juridiques sont réglées dans la "loi sur les coopératives marchandes et économiques" (loi sur les coopératives, GenG).

Au § 1 GenG, les coopératives sont décrites comme des "sociétés comptant un nombre illimité de membres qui ont pour but la promotion du commerce ou de l'économie de leurs membres par le biais d'une administration commune". Parmi les exemples cités au § 1, on trouve, entre autres :

- les associations de crédit (banques coopératives) ;
- les associations de vente commune de produits agricoles ou industriels (coopératives de commercialisation telles que, par exemple, coopératives viticoles) ;
- les associations de fabrication et de vente communes d'objets (coopératives de production) ;
- les associations d'achat en gros et de vente au détail de biens de consommation (coopératives de consommation) ;
- les associations d'achat de biens d'exploitation agricole ou industrielle et d'utilisation commune de ceux-ci ;
- les associations de construction de logements (coopératives de construction).

La forme juridique particulière de la coopérative repose sur l'idée d'une aide mutuelle organisée. Contrairement à l'AG ou la GmbH, la forme juridique de l'e.G. ne se prête donc pas à n'importe quel objet, mais ne peut être choisie que pour un but coopératif bien précis.

La coopérative est fondée par au moins sept personnes (§ 4 GenG) par convention écrite sur les statuts (§ 5 GenG). Les personnes morales peuvent également être membres d'une coopérative.

La loi sur les coopératives prévoit trois organes pour la forme juridique de la coopérative enregistrée :

- le conseil de direction, organe de direction et de représentation, composée d'au moins deux membres et nommé par l'assemblée générale (§ 24 GenG) ;
- le comité de surveillance, organe de contrôle, composé d'au moins trois membres désignés par l'assemblée générale (§ 36 GenG) et dont les missions sont le contrôle du conseil de direction et la représentation de la coopérative vis-à-vis des

membres du conseil de direction (§§ 38, 39 GenG) ;

- l'assemblée générale (§ 43 GenG), en tant qu'assemblée des associés ; pour les coopératives de plus de 1 500 membres, les statuts peuvent également décider que les droits de l'assemblée générale sont garantis par une assemblée des représentants, dont les membres sont élus par les membres (§ 43a GenG).

Tant les membres du conseil de direction que - pour autant que le droit de codécision (voir au point 2.3.2) ne prévoit pas de participation des travailleurs - les membres du comité de surveillance doivent être membres de la coopérative (§ 9 alinéa 2 GenG).

Les coopératives sont soumises à un contrôle particulier des relations économiques et de la régularité des actes de la direction (§ 53 GenG) par un bureau de contrôle reconnu par l'État. La coopérative doit obligatoirement adhérer à un tel bureau de contrôle (§ 54 GenG, adhésion obligatoire).

La coopérative obtient la personnalité juridique par l'inscription au registre des coopératives, tenu par le tribunal administratif dans le ressort duquel se trouve le siège de la coopérative (§ 13 GenG).

## 2.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVaG)

La forme particulière de la VVaG présuppose une assurance sur base d'une adhésion. Dans ce cas-ci, des personnes (physiques et/ou morales) se rassemblent pour partager les risques et couvrir les dégâts au moyen d'une caisse commune. Les bases juridiques se trouvent dans la loi sur la surveillance des assurances (VAG).

La VVaG est une forme particulière d'association économique. Elle est fondée par un acte notarié définissant les statuts (§§ 17, 18 VAG). Elle obtient la personnalité juridique par le biais d'une autorisation de l'État (§ 15 VAG). Ne peuvent être membres que ceux qui créent une relation d'assurance avec l'association (§ 20, tiret 2 VAG), mais la VVaG peut en créer également avec des tiers si les statuts le permettent (§ 21 alinéa 2 VAG).

Les fondateurs d'une VVaG doivent composer un capital de constitution (§ 22 VAG) et créer un fonds de réserve pour pertes (§ 37 VAG). Les personnes rejoignant ultérieurement une VVaG ne doivent généralement pas participer au capital de garantie.

L'organisation de la VVaG est similaire à celle de la coopérative (voir au point 2.4). L'organe de direction et de représentant est le conseil de direction, qui est nommé par le comité de surveillance. Le comité de surveillance, élu par l'assemblée des associés, contrôle la direction. L'assemblée des associés - dans le cas des grandes VVaG, souvent la "représentation des membres", comparable à l'assemblée des représentants d'une coopérative - est "l'organe suprême" (§ 29 VAG) de la VVaG.

**Question 3 :****Existe-t-il des sous-catégories au sein des différentes catégories ?****3.1. Fondations**

Le droit allemand en matière de fondations ne prévoit pas - en ce qui concerne les conditions légales de constitution et les autres dispositions de droit civil - de sous-catégories spécifiques.

Cependant, on fait la distinction, selon l'objet de la fondation, entre :

- les fondations d'intérêt général, les plus fréquentes (environ 95% de toutes les fondations en Allemagne), qui sont exonérées d'impôt en raison de la poursuite de buts exclusivement d'intérêt général, de bienfaisance ou religieux (§§ 51 et suivants du code fiscal (AO)) ;
- les fondations liées à une entreprise, à savoir des fondations gérant elles-mêmes une entreprise ou des fondations dont le patrimoine appartient à une société de personnes ou de capital ; et
- les fondations familiales, autre application de la forme de la fondation, créées dans l'intérêt d'une famille (les motifs peuvent être par exemple: perpétuation de la volonté de l'entrepreneur au-delà de sa mort; protection du patrimoine contre l'éclatement ; soutien, promotion et entretien des membres de la famille, etc.).

Il faut toutefois indiquer qu'il ne s'agit pour tous ces types de fondations pas de formes juridiques particulières, mais d'applications pratiques différentes du modèle uniforme de la fondation de droit civil possédant la capacité juridique.

**3.2. Associations**

La différence entre les associations non économiques, également appelées "associations sans but lucratif", et les associations non économiques est déjà exposée au point 2.2.

Il n'existe pas de sous-catégories, même si on trouve de nombreuses applications pratiques différentes. La majorité des associations possédant la capacité juridique poursuivent des objectifs d'intérêt général, en particulier la promotion du sport, de la culture ou de la science, ou encore mènent des activités de bienfaisance, et jouissent d'une exonération fiscale.

### 3.3. Sociétés de capital

Les deux formes de sociétés de capital, à savoir la société anonyme (AG) et la société à responsabilité limitée (GmbH), ont déjà été décrites au point 2.3.

#### 3.3.1. Parmi les sociétés anonymes, on peut faire la distinction entre les sociétés anonymes publiques et les "petites" sociétés anonymes.

La société anonyme publique est la plus proche du type historique de la société anonyme. C'est la forme juridique appropriée pour les entreprises qui visent un large public d'investisseurs.

Depuis 1994, la loi sur les sociétés par actions prévoit des règles particulières pour les petites sociétés anonymes. Il s'agit ici de sociétés anonymes non cotées en bourse (§ 3 alinéa 2 AktG), c'est-à-dire de sociétés unipersonnelles ou comptant un nombre limité d'actionnaires. Certains éclaircissements sont nécessaires. Ainsi, par exemple - et au contraire des sociétés anonymes publiques -, les décisions de l'assemblée générale ne doivent faire l'objet d'un acte notarié que si la loi leur impose une majorité des trois quarts ou supérieure; pour toutes les autres décisions, une notification signée par le président du comité de surveillance suffit (§ 130 AktG). Dans le cas des petites sociétés anonymes, le conseil de direction et le comité de surveillance ne sont pas obligés de se prononcer chaque année sur l'application ou la non-application des recommandations de la "commission gouvernementale du code de gestion des sociétés allemandes" (§ 161 AktG).

Les "sociétés anonymes familiales" présentent une particularité au niveau de la codécision. Ce sont des sociétés anonymes dont les actions sont intégralement en possession d'une famille. Pour les entreprises fondées après le 10 août 1994 et comptant moins de 500 travailleurs, le comité de surveillance n'est composé que de représentants des actionnaires; la participation des représentants des travailleurs n'est donc pas nécessaire (§ 76 alinéa 6 de la loi sur la constitution des entreprises de 1952).

#### 3.3.2. Une autre forme, plutôt rare dans la pratique, est la société en commandite par actions (KGaA). Les bases juridiques de cette forme particulière se trouvent aux §§ 278 et suivants de la loi sur les sociétés par actions.

Le § 278 alinéa 1 AktG définit la KGaA comme suit : "une société possédant une personnalité juridique propre, dans laquelle au moins un associé est responsable vis-à-vis des créanciers de la société (associé personnellement responsable) et les autres associés participent au capital de départ réparti en actions, sans être personnellement responsables des obligations de la société (actionnaires en commandite)." La KGaA est une forme mixte de la société en commandite et de la société anonyme, en ce qu'elle lie le crédit personnel et l'autoreprésentation des associés personnellement responsables à la constitution du capital de la société anonyme et à la cotation en bourse de leurs actions.

La KGaA doit compter au moins un associé personnellement responsable qui, selon la jurisprudence de la Cour suprême fédérale (BGHZ 134, 394) et contre l'idée qui dominait précédemment, peut également être une société de capital, en particulier une GmbH (voir également § 279 alinéa 2 AktG). L'associé personnellement responsable peut - mais ne doit pas - apporter une contribution au patrimoine de la société. Cet apport peut - mais ne doit pas - s'ajouter au capital de départ; dans ce cas, l'associé personnellement responsable est également actionnaire en commandite.

L'associé personnellement responsable est l'organe de direction et de représentation de la KGaA. Une limitation globale du pouvoir de représentation par les statuts est fondamentalement impossible (§§ 278 alinéa 2 AktG, 161 alinéa 2, 114 et suivants, 126 alinéa 2 HGB). L'associé personnellement responsable est soumis à une interdiction de concurrence (§ 284 AktG). Sinon, il détient les droits et obligations conférés par la loi au conseil de direction (§ 283 AktG). L'associé personnellement responsable répond sans limite de toutes les obligations de la société ; quand ils sont plusieurs, les associés personnellement responsables répondent solidairement.

Les droits des actionnaires en commandite sont définis par les dispositions légales (voir § 278 alinéa 3 AktG). Au sein de l'assemblée générale, les associés personnellement responsables ne possèdent qu'un droit de vote - quoique limité - s'ils sont en même temps actionnaires en commandite (§ 285 alinéa 1 AktG). Cependant, les décisions de l'assemblée générale concernant les bases de la société nécessitent, en vertu du § 285 alinéa 2 AktG, l'approbation des associés personnellement responsables.

Comme pour la société anonyme, la KGaA doit posséder un comité de surveillance, de sorte qu'il peut être renvoyé aux explications relatives à la société anonyme. Le comité de surveillance exécute les décisions de l'assemblée générale et représente l'ensemble des actionnaires en commandite dans les litiges contre les associés personnellement responsables (§ 287 AktG). Comme la KGaA est obligatoirement représentée par les associés personnellement responsables, le comité de surveillance - à la différence du cas de la société anonyme - n'est pas compétent pour désigner l'organe de représentation.

Pour la constitution d'une KGaA, il faut au moins cinq personnes, lesquelles doivent conclure les statuts par acte notarié.

- 3.3.3. Abstraction faite des sociétés unipersonnelles et multipersonnelles, qui ne sont pas différenciées du point de vue des exigences légales, il n'y a pas de sous-catégories particulières de la forme juridique de la société à responsabilité limitée. Des différences peuvent toutefois apparaître selon l'objet de l'entreprise et/ou la structure des associés au niveau de l'organisation contractuelle de la société.

- 3.4. Pour les coopératives enregistrées, il n'existe pas non plus de sous-catégories particulières de cette forme juridique.
- 3.5. Dans le cas des sociétés d'assurance mutuelle (VVaG), la loi prévoit (§ 53 VAG) le type particulier de la "petite association". Il s'agit ici d'associations dont la portée factuelle, géographique ou personnelle est fortement limitée en raison de leur destination et auxquelles s'appliquent certaines facilités par rapport au complexe législatif strict de la VVaG. La "petite association" ne peut assurer que ses membres ; les tiers ne peuvent être preneurs de l'assurance.

#### Question 4 :

#### **Quelles sont les conditions de fond essentielles pour la constitution des différentes catégories et sous-catégories de personnes morales de droit privé ?**

##### 4.1. Fondations

Pour constituer une fondation possédant la capacité juridique, il faut tout d'abord un acte de fondation (§ 80 BGB).

L'acte de fondation doit se faire par écrit entre vivants ou - dans le cas d'une fondation pour cause de décès (§ 83 BGB) - par la disposition de la cause de décès. Il doit contenir la déclaration contraignante du fondateur à affecter un patrimoine à la réalisation d'un objet fixé par lui (§ 81 alinéa 1, tiret 2 BGB).

L'acte de fondation doit doter la fondation de statuts qui doivent contenir, en vertu du § 81 alinéa 1, tiret 3 BGB, des dispositions sur le nom, le siège, l'objet et le patrimoine de la fondation et sur la constitution de son conseil de direction.

Si l'acte de fondation ne satisfait pas à ces exigences, les autorités compétentes peuvent compléter les statuts (§§ 81 alinéa 1, 83 BGB). Les lois relatives aux fondations des länder fédéraux prévoient généralement un patrimoine minimal (entre 25 000 et 50 000 euros) comme condition à la reconnaissance d'une fondation.

L'acte de fondation doit régler, outre l'objet, surtout l'organisation de la fondation. Le § 86 BGB renvoie ainsi à différentes prescriptions légales. Conformément à cela, une fondation doit posséder un conseil de direction qui la représente vers l'extérieur. Souvent, l'acte de fondation confère au fondateur ou aux personnes qui lui sont proches le droit de désigner le conseil de direction. De même, les statuts des fondations prévoient généralement, à côté du conseil de direction qui en est l'organe de direction, un conseil de la fondation ou un bureau qui assume la fonction du comité de surveillance (comme dans le cas de la société anonyme).

Si l'acte de fondation répond aux exigences minimales du § 81 alinéa 1 BGB, et si la réalisation durable de l'objet de la fondation semble assurée, les autorités régionales compétentes doivent reconnaître la fondation et lui octroyer la capacité juridique si l'objet de la fondation ne met pas le bien public en danger (§ 80 alinéa 2 BGB).

Si l'acte de fondation est fait dans une disposition pour cause de décès, les autorités compétentes peuvent en combler les lacunes éventuelles, en particulier en remplaçant ou en complétant les statuts (§ 83 BGB).

## 4.2. Associations

### 4.2.1. Associations économiques

Les associations économiques - rares dans la pratique - (§ 22 BGB) qui obtiennent capacité par octroi de la part de l'État par l'intermédiaire des autorités compétentes des länder fédéraux, nécessitent au moins deux membres pour être valablement constituées.

Les associations économiques peuvent être :

- des associations actives dans les affaires, qui opèrent selon un plan et contre rémunération en tant que prestataires sur un marché (p. ex. écoles privées, offices de tourisme agissant comme des agences de réservation, etc.) ;
- des associations actives dans les affaires sur un marché intérieur (p. ex. associations de consommateurs, centrales d'achat, offices de renseignements, etc.) ;
- des associations coopératives visant à la coopération entre entreprises (p. ex. bureaux de facturation médicale, centrales d'appel de taxis, sociétés de gérance de droits d'auteur, etc.),

pour lesquelles il faut encore une fois rappeler que, dans la pratique, l'octroi de la capacité juridique est lié au fait qu'il est impossible ou déconseillé aux fondateurs, en raison de circonstances particulières, de se constituer en société anonyme, société à responsabilité limitée ou coopérative enregistrée (voir BverwG, NJW 1979, 2265; BGHZ 85, 89).

### 4.2.2. Associations enregistrées non économiques (e.V.)

L'association enregistrée, dont l'objet ne peut être une activité commerciale, et qui obtient la capacité juridique par l'inscription au registre des associations tenu au

tribunal administratif compétent (§ 21 BGB), doit être constituée par au moins sept membres (§ 56 BGB).

Les statuts, pour lesquels la forme écrite simple suffit, doivent obligatoirement mentionner l'objet, la nom et le siège de l'association et déclarer que l'association doit être inscrite au registre (§ 57 alinéa 1 BGB). Conformément au § 58 BGB, ils doivent aussi contenir des dispositions sur l'entrée et la sortie des membres, sur les contributions que ceux-ci doivent apporter le cas échéant, sur la constitution du conseil de direction, sur les conditions auxquelles l'assemblée des associés doit être convoquée, ainsi que sur la forme de sa convocation et sur la consignation de ses décisions. En cas de non-respect d'une des obligations visées aux §§ 56 à 58 BGB, le registre des associations doit refuser l'inscription (§ 60 BGB).

### 4.3. Sociétés de capital

#### 4.3.1. Sociétés anonymes

La société anonyme (AG) peut être fondée par une ou plusieurs personnes qui reprennent les actions contre investissement en espèces ou en nature (§ 2 AktG). La constitution de la société a lieu par la fixation des statuts par acte notarié de la part des fondateurs (§§ 2, 23 alinéa 1 AktG). La constitution peut avoir lieu pour n'importe quel objet légalement autorisé.

Le contenu minimal de l'acte constitutif et des statuts est déterminé par le § 23 de la loi sur les sociétés par actions (AktG). Il doit reprendre : les fondateurs, la valeur nominale des parts souscrites et, dans le cas d'actions, le nombre d'actions détenues par le fondateur, ainsi que le montant versé du capital de départ (§ 23 alinéa 2 AktG).

Les statuts doivent, en vertu du § 23 alinéa 3 AktG, mentionner :

- la raison sociale et le siège de la société ;
- l'objet de l'entreprise (pour les entreprises industrielles et commerciales, également le type de produits et marchandises fabriqués ou distribués) ;
- le montant du capital de départ, qui doit s'élever à au moins 50 000 euros et être exprimé dans cette devise (§§ 6, 7 AktG) ;
- le dépôt du capital de départ soit en parts nominales soit en actions (dans le cas de parts nominales, leur valeur et le nombre de parts de chaque valeur, et dans le cas d'actions, leur nombre), ainsi que, s'il existe plusieurs genres d'actions, le nombre d'actions de chaque genre ;
- si les actions sont au porteur ou nominatives ;

- le nombre de membres du conseil de direction ou les règles selon lesquelles ce nombre est fixé.

En outre, les statuts doivent contenir des dispositions sur la forme des notifications de la société (§ 23 alinéa 4 AktG).

Dans la pratique, les statuts contiennent aussi d'autres dispositions. Il faut ici tenir compte du § 23 alinéa 5, selon lequel les déviations des statuts par rapport aux prescriptions de la loi sur les sociétés par actions ne sont possibles que si la loi l'autorise expressément. En revanche, les dispositions complémentaires sont autorisées à condition que la loi contienne un règlement définitif (§ 25 alinéa 5, tiret 2 AktG).

La détermination des statuts implique la reprise des actions, ce qui débouche sur la constitution de la société anonyme (§ 29 AktG). Toutes les actions doivent être souscrites par les fondateurs; toute émission sur le marché ou souscription par la société elle-même est exclue à ce stade. La reprise des actions oblige les fondateurs à apporter leur investissement. Si des investissements se font en nature, leur objet exact, la personne de qui la société les reçoit et la valeur nominale et, dans le cas d'actions, le nombre d'actions à octroyer en retour doivent être indiqués dans les statuts (§ 27 AktG).

Les fondateurs doivent ensuite désigner par acte notarié le premier comité de surveillance (provisoire), ainsi que le réviseur pour le premier exercice financier complet ou partiel (§ 30 alinéa 1 AktG); il ne faut pas (encore) appliquer les prescriptions légales relatives à la participation des travailleurs au comité de surveillance (§ 30 alinéa 2 AktG), de sorte que le premier comité de surveillance n'est composé que de représentants des actionnaires.

Le premier comité de surveillance (provisoire) nomme alors le premier conseil de direction de la société (§ 30 alinéa 4 AktG).

Les fondateurs doivent rédiger un rapport sur le déroulement de la constitution de la société (§ 32 AktG), dans lequel - pour ce qui est des apports en nature éventuels - sont exposées les principales formalités pour l'adéquation de ces apports; ce rapport doit également indiquer si et dans quelle mesure des actions ont été souscrites lors de la constitution pour le compte d'un membre du conseil de direction ou du comité de surveillance et/ou si ces personnes bénéficient d'autres avantages.

Conformément au § 33 alinéa 1 AktG, les membres du conseil de direction et du comité de surveillance doivent contrôler le déroulement de la constitution de la société. En outre, un ou plusieurs des contrôleurs externes désignés par le tribunal administratif compétent (sociétés d'audit ou personnes possédant une formation ou une expérience suffisantes en comptabilité, § 33 alinéa 4 AktG) doivent également le vérifier

- (1) si un membre du conseil de direction ou du comité de surveillance fait partie des fondateurs, ou
- (2) si, lors de la constitution de la société, des actions ont été souscrites pour le compte d'un membre du conseil de direction ou du comité de surveillance, ou
- (3) si un membre du conseil de direction ou du comité de surveillance s'est octroyé, en relation avec la constitution ou la préparation de la société, un avantage particulier, une rémunération ou un dédommagement, ou
- (4) si la constitution fait l'objet d'apports en nature.

Dans les cas (1) et (2), le contrôle de la constitution peut être entrepris par le notaire (§ 33 alinéa 3 AktG). Le rapport doit porter en particulier sur l'intégrité et la véracité des déclarations des fondateurs sur la souscription des actions, sur les apports au capital de départ, sur les avantages particuliers et sur les apports en nature. Il doit être déposé au tribunal administratif compétent - registre de commerce -, où il peut être consulté par tout le monde (§ 34 alinéa 3 AktG).

#### 4.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

Une KGaA doit être fondée par au moins cinq personnes physiques et/ou morales par acte notarié (§ 280 alinéa 1, tiret 1 AktG). Au moins un associé doit assumer une responsabilité illimitée vis-à-vis des créanciers de la société (associé personnellement responsable); les autres associés (actionnaires en commandite) doivent participer au capital de départ divisé en actions et ne sont responsables qu'à concurrence de leur investissement (§ 278 alinéa 1 AktG).

Abstraction faite de la particularité de la compétence de direction et de représentation exclusive des/de l'associé(s) personnellement responsable(s) (§ 278 alinéa 2 AktG), la KGaA est soumise aux prescriptions de constitution de la société anonyme (§ 278 alinéa 3 AktG). Les statuts de la KGaA doivent répondre - à l'exception des règles relatives au conseil de direction - aux mêmes exigences que ceux de l'AG (§§ 281 alinéa 1, 23 alinéas 3 et 4 AktG) ; voir à ce sujet au point 4.3.1. Si les associés personnellement responsables doivent apporter un investissement autre qu'au capital de départ, ils doivent le faire de la manière et pour le montant fixés dans les statuts.

#### 4.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

La société à responsabilité limitée est constituée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales par le biais d'un acte de société notarié (§§ 1, 2 GmbHG). Elle peut être fondée pour n'importe quel objet autorisé par la loi (§ 1 GmbHG).

Le contenu minimal de l'acte de société doit englober, en vertu du § 3 GmbHG: la raison sociale et le siège de la société, l'objet, le montant du capital de départ au moins 25 000 euros, § 5 GmbHG), et le montant de l'apport de chaque associé au capital de départ (au moins 100 euros, § 5 GmbHG). Si des apports ont lieu en nature, leur objet et leur montant doivent être fixés dans l'acte de société (§ 5 alinéa 4 GmbHG); dans ce cas, les associés doivent aussi formuler les conditions essentielles pour l'adéquation de l'apport en nature dans un rapport de constitution en nature (§ 5 alinéa 4, tiret 2 GmbHG). Si la durée de la société est limitée, ou si les associés ont d'autres obligations que l'apport de leur contribution, cela doit également figurer à l'acte de société.

La liberté d'organisation relative à l'acte de société d'une société à responsabilité limitée est bien plus étendue que pour une société anonyme. Le droit relatif aux sociétés à responsabilité limitée n'est pas soumis - contrairement aux sociétés anonymes - au principe de rigueur formelle des statuts. Ainsi, par exemple, des règlements peuvent être adoptés sur les obligations auxiliaires, même de cotisation extraordinaire (§§ 26 et suivants GmbHG). L'acte de société peut compliquer, voire interdire, la cession de parts (§ 15 alinéa 4 GmbHG). En vertu de droits particuliers ou privilégiés, les associés peuvent p. ex. s'assurer la direction ou la majorité des voix (droit de vote plural). Des dispositions peuvent être arrêtées pour le cas du décès d'un associé, qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion de certains ou de tous ses héritiers de la société. Des prescriptions relatives à l'exclusion forcée d'associés ou aux restrictions de la concurrence frappant les associés sont également possibles.

#### 4.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

Pour fonder une coopérative, il faut au moins sept personnes (§ 4 GenG). Les statuts doivent revêtir la forme écrite (§ 5 GenG).

L'objet de la coopérative est la "promotion du commerce ou de l'économie de leurs membres par le biais d'une administration commune" (§ 1 GenG); voir à ce sujet le point 2.4.

Les statuts doivent mentionner au moins (§ 6 GenG) :

- la raison sociale et le siège de l'e.G.,
- l'objet,
- les dispositions relatives à une obligation de cotisation extraordinaire éventuelle des membres en cas d'insolvabilité de l'e.G.,
- les dispositions relatives à la convocation de l'assemblée générale des membres, au procès-verbal de l'assemblée générale et à la présidence de l'assemblée

générale,

- les dispositions relatives à la forme des notifications de la coopérative.

Ils doivent encore indiquer (§ 7 GenG) :

- le montant à concurrence duquel les membres peuvent participer (part sociale), ainsi que les souscriptions à la part sociale auxquelles chaque membre est tenu (ici, les souscriptions doivent être fixées à un montant global d'au moins un dixième de la part sociale),
- des dispositions relatives à la constitution de la réserve légale servant à couvrir les pertes budgétaires.

En outre, les statuts peuvent déterminer qu'un membre peut participer avec plus qu'une part sociale et fixer un montant maximal correspondant (§ 7a alinéa 1 GenG). Ils peuvent également décider que les membres doivent souscrire plusieurs parts sociales (participation obligatoire, § 7a alinéa 2 GenG) ; dans ce cas, il faut tenir compte du principe d'égalité de traitement. Conformément au § 8 GenG, les statuts peuvent aussi contenir des dispositions sur une limitation de la coopérative dans le temps, sur un exercice différent d'une année civile, sur la nécessité de majorités qualifiées pour les décisions de l'assemblée générale, sur le lien entre l'adhésion et le domicile du membre et sur l'autorisation de l'extension de la gestion à des non-membres. Pour les coopératives de plus de 1 500 membres, les statuts peuvent également déterminer que l'assemblée générale est composée de représentants des membres (assemblée des représentants) (§ 43a alinéa 1 GenG) ; l'assemblée des représentants doit être composée d'au moins cinquante personnes, élues par les membres en leur sein (§ 43a alinéas 2 et 3 GenG).

#### 4.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

La naissance de la VVG a lieu en deux étapes : d'une part l'acte de fondation, de l'autre l'autorisation émise par les autorités de surveillance. L'acte de fondation englobe l'accord des fondateurs sur la naissance de l'association, y compris la détermination des statuts (§§ 17 et suivants VAG) et sur la convocation des organes (conseil de direction, comité de surveillance, assemblée des associés ou des représentants, §§ 29, 34, 35, 36 VAG). Pour la constitution, il faut - même si la loi ne prévoit pas de nombre précis - au moins deux personnes (physiques ou morales) qui doivent, conformément au § 20 tiret 2 VAG, avoir la volonté de créer une relation d'assurance par le biais de l'association. Les statuts doivent faire l'objet d'un acte notarié, comme l'exige le § 17 alinéa 2 VAG. Ils doivent contenir au moins :

- la raison sociale et le siège de l'association,

- la création d'un capital de constitution qui doit couvrir les frais de fondation de l'association et servir de capital de garantie,
- des dispositions relatives à l'obligation de contribution,
- des dispositions relatives aux notifications de l'association,
- des dispositions sur la constitution des organes (conseil de direction, comité de surveillance et assemblée des associés ou des représentants),
- des dispositions sur la constitution d'un fonds de réserve (pour pertes) et la distribution des surplus (§§ 18, 20, 22, 24, 28, 29, 37, 38 alinéa 2 VAG).

Pour la représentation, on applique les prescriptions en vigueur pour la société anonyme (§§ 34 alinéa 1 VAG, 78 alinéas 2 et 3 AktG), en vertu desquelles le conseil de direction doit être composé d'au moins deux personnes. Pour les autres organes (comité de surveillance et assemblée des associés ou des représentants), ce sont les dispositions légales qui s'appliquent (§§ 35 et suivants VAG).

D'autre part, la naissance de la VVaG présuppose l'émission par les autorités de surveillance compétentes d'un permis d'exploitation d'une société d'assurance mutuelle (§ 15 VAG). C'est par cette autorisation et non seulement lors de l'inscription au registre de commerce (§§ 30 et suivants VAG) que la VVaG obtient la capacité juridique.

Pour les "petites associations" (associations dont la portée factuelle, géographique ou personnelle est fortement limitée en raison de leur destination et auxquelles s'appliquent certaines facilités par rapport au complexe législatif strict de la VVaG (§ 53 VAG)). Par exemple, leurs statuts ne nécessitent pas la forme notariée et une inscription de l'association dans un registre n'est pas nécessaire. Un comité de surveillance ne doit pas, mais peut être constitué. En ce qui concerne l'organisation, le § 53 VAG renvoie aux dispositions des §§ 24 à 53 BGB relatives aux associations.

## **Question 5 :**

**Quelles sont les conditions de forme pour la constitution des différentes catégories et sous-catégories de personnes morales de droit privé ?**

### 5.1. Fondations

La condition formelle pour l'obtention de la personnalité juridique d'une fondation de droit civil est la reconnaissance par les autorités compétentes du land dans lequel la fondation a établi son siège (§ 80 alinéa 1 BGB). Les lois relatives aux fondations

déterminent quelles autorités sont compétentes (p. ex. ministères régionaux, administrations cantonales, services du parlement régional).

Conformément au § 80 alinéa 2 BGB, les autorités compétentes doivent reconnaître la capacité juridique de la fondation si l'acte de fondation remplit les obligations légales visées au § 81 alinéa 1 BGB (voir à ce sujet au point 4.1), et si la réalisation durable de l'objet de la fondation semble assurée et si cet objet ne met pas en danger le bien public.

Pour les fondations entre vivants, la demande de reconnaissance introduite par le/les fondateur(s) ou son/leur mandataire est nécessaire. Pour les fondations pour cause de décès, la reconnaissance est octroyée par le tribunal des successions si les héritiers ou les exécuteurs testamentaires n'agissent pas.

En règle générale, la demande doit être accompagnée :

- de l'acte de constitution de la fondation (acte de fondation),
- des statuts de la fondation,
- de la preuve ou des garanties de disponibilité du patrimoine de la fondation.

## 5.2. Associations

### 5.2.1. Associations économiques

Une association économique obtient la capacité juridique par octroi de l'État (§ 22 BGB), par l'intermédiaire du land dans lequel l'association a établi son siège. En général, il s'agit d'un ministère régional.

Le § 22 BGB limite expressément l'octroi de la capacité juridique aux cas où d'autres prescriptions légales fédérales en la matière ne sont pas applicables. Cela signifie concrètement que c'est seulement quand il est impossible à l'association de prendre la forme juridique d'une société de capital ou d'une coopérative ou de renoncer à l'obtention de la capacité juridique que les autorités régionales peuvent et doivent l'octroyer. Les autorités régionales compétentes vérifient en outre si les autres conditions légales pour la constitution de la fondation sont remplies (voir à ce sujet au point 4.2.1).

### 5.2.2. Associations enregistrées (non économiques) (e.V.)

Le conseil de direction de l'association nouvellement constituée et ce, par l'intermédiaire de tous ses membres habilités à représenter l'association, doit faire inscrire l'association au registre tenu par le tribunal administratif dans la juridiction

duquel l'association a établi son siège (§§ 59 alinéa 1, 55 BGB). La déclaration doit revêtir une forme certifiée, c'est-à-dire notariée (§ 77 BGB).

En vertu du § 59 alinéa 2 BGB, la déclaration doit être accompagnée des statuts (original et copie) et d'une copie des/de l'acte(s) relatif à la désignation du conseil de direction (en général, le procès-verbal de l'assemblée constitutive). Les statuts doivent être signés par au moins sept membres et mentionner la date de dépôt (§ 59 alinéa 3 BGB).

### 5.3. Sociétés de capital

Les sociétés de capital (AG, KGaA et GmbH) ont en commun que la société doit être inscrite au registre de commerce compétent pour son siège. Le registre de commerce est tenu par les tribunaux administratifs sous la responsabilité du juge. Les inscriptions et les signatures obligatoires des membres de l'organe habilités à représenter la société doivent faire l'objet d'un acte notarié déposé au registre de commerce (§ 12 HGB, § 129 BGB) ; le notaire doit donc certifier les signatures des déclarants.

#### 5.3.1. Sociétés anonymes (AG)

La société anonyme doit, en vertu du § 36 alinéa 1 AktG, être déclarée sous forme notariée par tous les fondateurs et par tous les membres du comité de surveillance et du conseil de direction en vue de son inscription au registre de commerce.

La déclaration doit être déposée quand - si des apports en espèces sont prévus - le montant requis, mais au moins un quart du montant nominal des actions souscrites et - si les actions sont émises à un prix supérieur à la valeur nominale (agio) - la différence a été versée (§§ 36a alinéa 1, 54 AktG). Les apports en nature doivent - pour autant qu'aucune transmission réelle ne soit nécessaire pour la concrétisation de l'obligation d'apport (p. ex. utilisation d'installations de l'entreprise) - avoir lieu avoir la déclaration ; si l'apport en nature consiste en l'obligation de transmission d'un objet de patrimoine à la société, il doit avoir lieu dans les cinq ans après l'inscription de la société au registre de commerce (§ 36a alinéa 2 AktG). Si la société anonyme n'est constituée que par une personne, le fondateur doit fournir une garantie, p. ex. une caution bancaire, pour la partie de l'apport excédant le montant versé (§ 36 alinéa 2, tiret 2 AktG).

La déclaration doit indiquer que les apports exigés ont été versés; de même, il faut apporter la preuve que le montant à verser sur les actions est à l'entière disposition du conseil de direction (§ 37 alinéa 1, tirets 1 et 2 AktG). Si - comme c'est généralement prévu - le montant doit être versé sur un compte de la société, la preuve doit être apportée par une confirmation de l'institution gérant le compte, qui répond de sa véracité (§ 37 alinéa 1, tirets 3 et 4 AktG).

La déclaration doit consacrer la compétence de représentation des membres du conseil de direction (§ 37 alinéa 3 AktG).

En outre, les membres du conseil de direction doivent garantir qu'ils n'ont pas été condamnés pour insolvabilité (§§ 283 à 283 d du code pénal (StGB)) et qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction d'exercice d'une profession, d'une branche de profession, d'un commerce ou d'une branche de commerce en vertu d'une décision de justice ou d'une décision administrative (§§ 36 alinéa 2, 78 alinéa 3 tirets 3 et 4 AktG).

Conformément au § 37 alinéa 3 AktG, la déclaration doit être accompagnée des documents suivants :

- les statuts et la déclaration des fondateurs relative à la souscription des actions,
- en cas d'octroi d'avantages particuliers en vertu du § 26 alinéa 1 AktG ou d'apports en nature en vertu du § 27 AktG, les actes à la base des dispositions correspondantes ou liés à leur exécution,
- un calcul des frais de constitution à la charge de la société,
- les actes relatifs à la désignation des membres du conseil de direction et du comité de surveillance,
- le rapport de fondation (§ 32 AktG) et les rapports de contrôle des membres du conseil de direction et du comité de surveillance, ainsi que des vérificateurs (§§ 33, 34 AktG), ainsi que les documents y afférents,
- si l'objet de l'entreprise ou une autre disposition des statuts nécessite une approbation de l'État, l'autorisation correspondante (voir à ce sujet la première partie, chapitre III. 3).

Les membres du conseil de direction doivent déposer leur signature sous forme certifiée, c'est-à-dire notariée, qui sera conservée auprès du tribunal (registre de commerce) (§ 37 alinéa 5 AktG).

### 5.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

La KGaA doit également faire l'objet d'une inscription au registre de commerce compétent pour son siège. La déclaration se fait comme pour la société anonyme (voir au point 5.3.1), pour autant que le conseil de direction ne soit pas remplacé par un autre organe (§ 278 alinéa 3 AktG). Au lieu des membres - manquants - du conseil de direction, ce sont dans le cas de la KGaA les associés personnellement responsables et leurs compétences de représentation qui doivent être mentionnés dans l'inscription au registre de commerce (§ 282 AktG).

### 5.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

La GmbH doit être déclarée par tous les gérants (§§ 7 alinéa 1, 78 GmbHG) auprès du tribunal dans la juridiction duquel elle a établi son siège et ce, sous forme notariée en vue de l'inscription au registre de commerce.

La déclaration ne peut avoir lieu que quand les apports en nature éventuels ont été entièrement versés (§ 7 alinéa 3 GmbHG) et les apports en espèces pour au moins un quart (§ 7 alinéa 2, tiret 1 GmbHG), avec un minimum pour les deux types d'apports de 12 500 euros (§ 7 alinéa 2, tiret 2 GmbHG). Les apports en nature doivent ici avoir été transmis à la société avant la déclaration. Dans le cas d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle, une garantie, p. ex. sous forme d'une caution bancaire, doit en outre être constituée pour la partie de l'apport en espèces non versée au moment de la déclaration (§ 7 alinéa 2, tiret 3 GmbHG).

Dans la déclaration, les gérants doivent garantir que les apports au capital de départ indispensables à la déclaration ont été effectués et que l'objet de ces apports se trouve définitivement à leur libre disposition en tant que gérants de la société (§ 8 alinéa 2 GmbHG). Dans le cas d'une société à responsabilité limitée unipersonnelle, et si les apports en espèces n'ont pas été entièrement versés, il faut également assurer que la garantie prévue pour la partie non versée a été constituée (§ 8 alinéa 2, tiret 2, en relation avec le § 7 alinéa 2, tiret 3 GmbHG).

Comme pour la société anonyme, les compétences de représentation des gérants de la société à responsabilité limitée doivent être mentionnées dans la déclaration (§ 8 alinéa 4 GmbHG), et les gérants doivent garantir qu'ils n'ont pas été condamnés pour insolvabilité (§§ 283 à 283 d StGB) et qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction judiciaire ou administrative d'exercice d'une profession ou d'un commerce (§ 8 alinéa 3 GmbHG).

Conformément au § 8 alinéa 1 GmbHG, les documents suivants doivent être joints à la déclaration :

- l'acte de société et - le cas échéant - les mandats, si des représentants ont collaboré à la conclusion de cet acte,
- les actes relatifs à la désignation des gérants, si ceux-ci ne sont pas déjà mentionnés dans l'acte de société,
- une liste des associés signée par les gérants, indiquant le nom, le prénom, la date de naissance et le domicile de chaque associé, ainsi que le montant de leur apport de base,

- dans le cas d'apports en nature, les conventions à la base de ceux-ci ou conclus en vue de leur exécution,
- dans le cas d'apports en nature, un rapport de fondation signé par les associés et les documents (p. ex. expertises, attestation d'un réviseur ou d'un conseiller fiscal) indiquant que la valeur de l'apport en nature est au moins équivalente au montant de l'apport de base souscrit,
- au cas où l'objet de la société nécessite une autorisation officielle, l'autorisation correspondante (pour les détails, voir la première partie, chapitre III.3).

Les gérants doivent en outre déposer leur signature auprès du tribunal (registre de commerce) (§ 8 alinéa 5 GmbHG).

#### 5.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

La coopérative enregistrée doit faire l'objet d'une déclaration du conseil de direction en vue de son inscription au registre des coopératives compétent pour son siège (§ 11 alinéa 1 GenG). Le registre des coopératives est tenu par le tribunal administratif (§ 10 alinéa 2 GenG).

Les membres du conseil de direction doivent indiquer les compétences de représentation dans la déclaration (§ 11 alinéa 3 GenG). Ils doivent joindre à la déclaration leur signature certifiée par un notaire (§ 11 alinéa 4 GenG).

La déclaration doit être accompagnée (§ 11 alinéa 2 GenG):

- de l'original et d'une copie des statuts signés par les membres,
- d'une copie des actes relatifs à la désignation du conseil de direction et du comité de surveillance,
- de l'attestation d'un service de contrôle certifiant que la coopérative peut être enregistrée, ainsi que d'un avis de ce service disant s'il faut craindre, au vu des relations personnelles ou économiques, en particulier de la situation patrimoniale de la coopérative, que les intérêts des membres ou des créanciers soient mis en danger.

#### 5.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

Conformément au § 15 VAG, la VVG obtient la capacité juridique par l'autorisation, émise par les autorités de surveillance compétentes, de fonctionner en tant que "société d'assurance mutuelle". La capacité juridique est donc octroyée par un acte administratif.

En outre - si cela ne constitue pas une condition pour l'obtention de la capacité juridique -, l'association doit faire l'objet d'une déclaration des membres du conseil de direction et du comité de surveillance en vue de son inscription au registre de commerce compétent pour son siège (§ 30 alinéa 1, tiret 1 VAG). La déclaration doit mentionner quelles compétences de représentation les membres du conseil de direction possèdent (§ 30 alinéa 1, tiret 2 VAG). Les autorités de surveillance compétentes pour la VVaG doivent faire savoir au tribunal de commerce concerné qu'elles ont émis le permis d'exploitation d'une VVaG (§ 30 alinéa 2 VAG).

La déclaration au registre de commerce doit, conformément au § 31 alinéa 1 VAG, être accompagnée de l'original ou d'une copie certifiée des documents suivants: les actes relatifs au permis d'exploitation émis par les autorités de surveillance compétentes, les statuts de l'association, les actes relatifs à la désignation du conseil de direction et du comité de surveillance, ainsi que les actes relatifs à la réalisation du capital de constitution, avec une déclaration du conseil de direction et du comité de surveillance indiquant dans quelle mesure et de quelle manière le capital de constitution a été versé et que le montant versé est définitivement à la libre disposition du conseil de direction. En outre, les membres du conseil de direction doivent déposer leur signature auprès du tribunal (§ 31 alinéa 2 VAG). Les signatures des membres déclarants du conseil de direction et du comité de surveillance doivent, conformément au § 12 HGB, être certifiées par un notaire.

Les petites associations aux termes du § 53 VAG (voir les points 3.5 et 4.5) ne nécessitent que l'autorisation des autorités de surveillance compétentes; une inscription au registre de commerce n'est pas obligatoire.

## **Question 6 :**

### **Faut-il un registre pour l'acte constitutif, la modification ou la nomination des directeurs ou des représentants des personnes morales de droit privé ?**

#### 6.1. Fondations

Il n'existe pas d'annuaire national des fondations. Les annuaires tenus au niveau des länder fédéraux ne sont pas des registres au sens juridique du terme; en particulier, les mentions qui y figurent n'offrent pas de protection de la confiance légitime. Ce n'est pas l'inscription de la fondation dans un tel registre, mais l'acte de reconnaissance par l'État qui lui confère la capacité juridique.

La plupart des lois régionales sur les fondations prévoient que la composition et toute modification des organes habilités à la représentation doivent être signifiés aux autorités compétentes, mais cette déclaration ne possède aucune signification constitutive.

## 6.2. Associations

### 6.2.1. Associations économiques

Il n'existe pas non de registre national pour les associations économiques, dont l'importance pratique est relativement réduite, ce qui n'exclut toutefois pas que les länder en tiennent un. Ces registres éventuels ne possèdent aucune valeur constitutive.

Les associations économiques obtiennent la capacité juridique par un acte officiel émis par les autorités régionales compétentes.

### 6.2.2. Associations enregistrées (e.V.)

L'association enregistrée obtient la capacité juridique par son inscription au registre des associations, qui est tenu par le tribunal administratif compétent pour le siège de l'association (§ 55 BGB). L'association en tant que telle, les membres du conseil de direction habilités à la représenter, la nature de leurs compétences de représentation, ainsi que les modifications des statuts de l'association et de la composition du conseil de direction sont inscrits au registre des associations (§§ 64, 67, 71 BGB).

## 6.3. Sociétés de capital

Les sociétés de capital (AG, KGaA et GmbH), obtiennent la capacité juridique par leur inscription au registre de commerce, tenu sous la responsabilité du juge par le tribunal administratif compétent. La société en tant que telle, les organes habilités à la représenter, la nature de leurs compétences de représentation, ainsi que les modifications des statuts/de l'acte de société et de la composition des organes de représentation sont inscrits au registre.

Doivent être déposés au registre de commerce les compétences de représentation abstraites, générales des organes (conseil de direction pour les sociétés anonymes, associés personnellement responsables pour les sociétés en commandite par actions, gérants pour les sociétés à responsabilité limitée) et - si la compétence concrète de représentation de certains membres des organes découle du règlement abstrait de représentation - la compétence de représentation concrète, spéciale de ces membres (§§ 39 alinéa 1, tiret 2, 81, 282, tiret 2 AktG; §§ 10 alinéa 1, tiret 1, 39 GmbHG).

Les bases juridiques de l'inscription au registre de commerce se trouvent pour l'AG aux §§ 38 et suivants AktG, pour la KGaA en plus au § 281 AktG, et pour la GmbH aux §§ 9 c, 10 GmbHG.

#### 6.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

La coopérative enregistrée obtient elle aussi la capacité juridique par son inscription au registre des coopératives compétents pour son siège, tenu - comme le registre de commerce - par le tribunal administratif (§§ 10, 13 GenG).

Les statuts de la coopérative et les membres du conseil de direction et leurs compétences de représentation, y compris les modifications ultérieures, doivent être déposés au registre des coopératives (§§ 10, 12 alinéa 2, n° 3 GenG).

#### 6.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

Comme indiqué au point 4.5, les sociétés d'assurance mutuelle - à l'exception des "petites associations" aux termes du § 53 VAG - doivent être inscrites au registre de commerce compétent pour le siège de l'association, même si ce n'est pas l'inscription de la VVG dans ce registre, mais le permis d'exploitation préalablement émis par les autorités de surveillance compétentes, qui confère à l'association la capacité juridique (§ 15 VAG).

### **Question 7 :**

**Un classement ou un examen a-t-il lieu avant l'inscription au registre de l'acte constitutif, de la modification ou de la désignation des directeurs ou des représentants des personnes morales de droit privé ?**

#### 7.1. Fondations

Conformément au § 80 alinéa 2 BGB, les autorités régionales compétentes doivent reconnaître la capacité juridique de la fondation si l'acte de fondation remplit les conditions visées au § 81 alinéa 1 BGB (voir à ce sujet le point 4.1), si la réalisation durable de l'objet de la fondation semble assurée et si l'objet ne met pas en danger le bien commun.

Les autorités compétentes en matière de fondations doivent examiner le respect de ces conditions et, le cas échéant, refuser la reconnaissance. Si l'acte de fondation ne satisfait pas aux exigences du § 81 alinéa 1, tiret 3 BGB (voir le point 4.1) et si le fondateur décède avant l'octroi de la reconnaissance, comme c'est en particulier le cas pour les actes de fondation pour cause de décès, les autorités régionales compétentes dotent la fondation de statuts ou complètent les statuts lacunaires, dans le respect de la volonté du fondateur (§§ 83, tiret 2, 81 alinéa 1, tiret 4 BGB).

Pour ce qui est de la composition et de la modification des organes de représentation, les lois en matière de fondations des länder fédéraux prévoient généralement une

obligation d'information des autorités, mais pas d'obligation particulière de contrôle. Quoi qu'il en soit, elles disposent souvent que les autorités doivent vérifier si la fondation est gérée en conformité avec la loi et les statuts. Dans ce contexte, les autorités compétentes ont le droit de refuser temporairement pour une bonne raison, en particulier pour non-respect de ses obligations ou incapacité à gérer correctement la fondation, à un membre d'un organe l'exercice de sa fonction, voire de le récuser. Les lois en matière de fondations prévoient également qu'en cas d'absence des organes nécessaires, les autorités peuvent désigner les organes manquants.

## 7.2. Associations

### 7.2.1. Associations économiques

Les associations économiques obtiennent la capacité juridique exclusivement par octroi par l'État, par le biais des autorités compétentes du land dans lequel l'association a établi son siège (§ 22 BGB; voir à ce sujet les points 2.2, 4.2.1 et 5.2.1). Il n'est pas prévu de registre spécial pour les associations économiques.

Les autorités régionales compétentes vérifient notamment si les conditions légales pour la constitution de l'association sont remplies et, si tel n'est pas le cas, refusent l'octroi de la capacité juridique. Dans ce contexte, elles doivent contrôler en particulier s'il n'est pas possible à l'association d'adopter la forme juridique d'une société de capital ou d'une coopérative ou de renoncer à la capacité juridique.

### 7.2.2. Associations enregistrées (e.V.)

Pendant la procédure d'inscription d'une e.V., le tribunal administratif - registre des associations - doit vérifier si les conditions de fond et de forme légales (voir à ce sujet les points 4.2.2 et 5.2.2) d'une inscription sont remplies. Si ce n'est pas le cas, le tribunal administratif doit rejeter la déclaration de l'inscription et en indiquer les raisons (§ 60 BGB).

Le tribunal administratif contrôle également si l'association et ses statuts sont conformes au droit public applicable aux associations (p. ex. lois pénales, lois sur la constitution des associations ou intention de l'information). Si l'objet de l'association nécessite encore une autorisation légale particulière, le tribunal administratif vérifie également la détention de cette autorisation.

Le conseil de direction de l'association et la nature de ses compétences de représentations doivent être inscrits au registre des associations (§ 64 BGB); il en va de même pour toute modification des membres ou du pouvoir de représentation (§ 67 alinéa 1 BGB). Il n'est généralement pas procédé à un examen particulier de l'aptitude des membres du conseil de direction. Si l'association se retrouve temporairement sans conseil de direction ou si certains membres du conseil de

direction, nécessaires pour la représentation, sont absents, le tribunal administratif - registre des associations – peut désigner de droit un conseil de direction d'urgence (§§ 29, 67 alinéa 2 BGB) et l'inscrire au registre des associations.

### 7.3. Sociétés de capital

#### 7.3.1. Sociétés anonymes (AG)

Le tribunal administratif - registre de commerce - doit vérifier si la société a été constituée et inscrite conformément à la loi (voir à ce sujet les points 4.3.1 et 5.3.1). Si tel n'est pas le cas, il doit refuser l'inscription (§ 38 alinéa 1 AktG). La même chose s'applique quand l'objet de la société nécessite une autorisation officielle (voir à ce sujet la première partie, chapitre III. 3) et si cette autorisation n'est pas présentée.

Le tribunal peut également refuser l'inscription en vertu du § 38 alinéa 2 AktG si les vérificateurs déclarent ou s'il apparaît que le rapport de fondation ou le rapport de vérification des membres du conseil de direction ou du comité de surveillance (voir à ce sujet le point 4.3.1) est incorrect ou incomplet ou ne répond pas aux prescriptions légales; il en va de même si le tribunal ou les vérificateurs estiment que la valeur des apports en nature "est substantiellement inférieure au prix d'émission le plus bas des actions à offrir", ou si un apport en nature se cache derrière un apport en espèces prévu par les statuts.

Le conseil de direction de l'AG et ses compétences de représentation (§ 39 alinéa 1 AktG) et toute modification ultérieure (§ 81 AktG) doivent être déclarés et inscrits au registre de commerce. On contrôle alors la présence ou non de raisons qui empêchent la désignation des membres en vertu du § 76 alinéa 3 AktG (p. ex. absence de capacité, condamnation pour insolvabilité, interdiction judiciaire ou administrative d'exercice d'une profession ou d'un commerce dans le domaine de l'objet de la société).

En cas d'absence d'un membre nécessaire du conseil de direction, le tribunal peut désigner un conseil de direction d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée (§ 85 AktG).

#### 7.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

Aux KGaA s'appliquent les mêmes dispositions qu'aux AG, sauf en cas d'absence d'un conseil de direction. Si une personne morale, en particulier une AG ou une GmbH, est associée personnellement responsable, la compétence de vérification du tribunal administratif - registre de commerce - vis-à-vis des organes de représentation suit les règles en vigueur pour cette personne morale.

#### 7.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

Des règles similaires à celles concernant les sociétés anonymes s'appliquent aux sociétés à responsabilité limitée.

Le tribunal administratif - registre de commerce - doit vérifier si la société a été constituée et inscrite conformément à la loi (voir à ce sujet les points 4.3.3 et 5.3.3). Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit refuser l'inscription (§ 9 c alinéa 1, tiret 1 GmbHG); la même chose vaut si les apports en nature ont été surestimés (§ 9 c alinéa 1, tiret 2 GmbHG), dans le cas d'apport en nature caché ou si une autorisation officielle nécessaire pour l'objet de la société n'est pas présentée. Le tribunal doit également contrôler si l'acte de société respecte les prescriptions visant exclusivement ou essentiellement à la protection des créanciers de la société ou à l'intérêt général (§ 9 c alinéa 2, n° 2 GmbHG). En outre, il vérifie globalement l'intégrité et l'efficacité de l'acte de société, l'acceptation de la raison sociale choisie, l'apport de capital prévu et la régularité des mentions et assurances nécessaires.

Les gérants de la GmbH et leurs compétences de représentation (§ 10 alinéa 1 GmbHG) et toute modification ultérieure (§ 39 GmbHG) doivent être déclarés et inscrits au registre de commerce. Le tribunal vérifie ici, comme dans le cas d'une société anonyme, la présence ou non de raisons (§§ 8 alinéa 2, 6 alinéa 2, tirets 3 et 4 GmbHG) qui empêchent la désignation des membres (p. ex. absence de capacité, condamnation pour insolvabilité, interdiction judiciaire ou administrative d'exercice d'une profession ou d'un commerce dans le domaine de l'objet de la société).

Si une GmbH ne possède plus de direction capable d'agir, le tribunal administratif - registre de commerce - peut désigner des gérants d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée (§ 29 BGB).

#### 7.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

Le tribunal administratif - registre des coopératives - doit vérifier si la coopérative a été constituée et déclarée conformément à la loi (voir à ce sujet les points 4.4 et 5.4). Si tel n'est pas le cas, le tribunal doit refuser l'inscription (§ 11 a alinéa 1 GenG).

En vertu du § 11 a alinéa 2 GenG, le tribunal doit également refuser l'inscription s'il faut craindre, au vu des relations personnelles ou économiques, en particulier de la situation patrimoniale de la coopérative, que les intérêts des membres ou des créanciers soient mis en danger.

Le conseil de direction et ses compétences de représentations, ainsi que toute modification ultérieure, doivent être déclarés et inscrits au registre des coopératives (§§ 10 alinéa 1, 28 GenG). Il n'est pas prévu d'obligations de vérification particulières.

Si une e.G. ne dispose plus d'un d'administration capable d'agir, le tribunal administratif - registre des coopératives - peut, en application du § 29 BGB, désigner un conseil de direction d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée.

#### 7.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVaG)

Les autorités de surveillance compétentes, qui octroient la capacité juridique par l'émission du permis d'exploitation de la VVaG (§ 15 VAG), vérifient si l'association a été constituée conformément à la loi.

Si l'association doit également être inscrite au registre de commerce (voir à ce sujet les points 4.5 et 6.5), le tribunal doit vérifier si la demande d'enregistrement a été signée sous la forme requise et par les personnes habilitées et obligatoires à cet effet, et si les membres du conseil de direction et du comité de surveillance ont été légalement désignés. Le tribunal ne doit pas contrôler les statuts, parce que cette vérification est du ressort des autorités de surveillance.

En cas de modifications ultérieures de la composition du conseil de direction - et au contraire de ce qui se fait lors de l'inscription de la VVaG, quand les autorités de surveillance procèdent à la vérification -, les nouveaux membres doivent garantir dans la déclaration au registre de commerce que rien n'empêche leur désignation (p. ex. condamnation pour insolvabilité, interdiction d'exercice ou d'un commerce ) en vertu des §§ 34 alinéa 1 VAG, 76 alinéa 3 AktG.

#### **Question 8 :**

**Citez les effets juridiques constitutifs ou déclaratoires d'une inscription au registre correspondant.**

#### 8.1. Fondations

Il n'est pas prévu de registre pour les fondations. Si des annuaires des fondations sont tenus dans certains länder fédéraux, les inscriptions qui y figurent ne possèdent qu'un caractère déclaratoire. La capacité juridique n'est octroyée que par l'acte de reconnaissance officiel (§ 80 alinéa 1 BGB).

#### 8.2. Associations

##### 8.2.1. Associations économiques

Les explications données pour les fondations (point 8.1) sont valables ici aussi.

##### 8.2.2. Associations enregistrées (e.V.)

Effet constitutif de l'inscription au registre des associations:

- inscription de l'association après la constitution (l'association obtient la capacité juridique par l'inscription au registre des associations, § 21 BGB), y compris des statuts,
- toute modification ultérieure des statuts.

Effet déclaratoire de l'inscription au registre des associations :

- composition du conseil de direction et toute modification ultérieure des membres du conseil de direction.

Si les inscriptions du conseil de direction au registre des associations ne possèdent qu'une valeur déclaratoire, les tiers jouissent toutefois d'une certaine protection de la confiance légitime vis-à-vis de ces inscriptions (§ 68 BGB). La protection est octroyée à toute personne entreprenant de bonne foi ou en méconnaissance non reprochable du contenu du registre un acte juridique avec le "conseil de direction actuel". Le § 68 BGB stipule : "Si un acte juridique est entrepris entre les membres actuels du conseil de direction et un tiers, la modification du conseil de direction ne peut être opposée au tiers que si elle est inscrite au moment où cet acte est entrepris ou si elle est connue de ce tiers. Si la modification a été inscrite, le tiers ne peut faire valoir, s'il n'est pas au courant, son ignorance, même si celle-ci ne découle pas de son imprudence."

### 8.3. Sociétés de capital

#### 8.3.1. Sociétés anonymes (AG)

Effet constitutif de l'inscription au registre de commerce :

- inscription de la société après la constitution (la société obtient la capacité juridique par l'inscription au registre de commerce; une personne morale naît ainsi), § 41 alinéa 1, tiret 1 AktG ;
- les modifications ultérieures des statuts, y compris relatives au capital (augmentation/diminution) ne sont efficaces qu'après leur inscription au registre de commerce (§ 181 alinéa 3 AktG) ;
- les actes de société aux termes du § 291 AktG, par lesquels une AG ou une KGaA soumettent la direction de leur société à une autre entreprise (contrat de domination) ou s'engagent à remettre leurs bénéfices à une autre entreprise (contrat de transfert des bénéfices) ne sont efficaces que si leur existence a été enregistrée au registre de commerce (§ 294 alinéa 2 AktG).

Effet déclaratoire de l'inscription au registre de commerce :

- composition du conseil de direction et modification des membres du conseil de direction
- compétences de représentation concrètes éventuelles de certains membres du conseil de direction, déviant de la loi ou des statuts.

Cependant, le registre de commerce jouit, en vertu du § 15 HGB, également en matière d'actes obligatoires mais n'ayant qu'un effet déclaratoire (comme, p. ex., les modifications du conseil de direction) d'une certaine foi (publicité du registre de commerce). Aussi longtemps qu'une modification du conseil de direction n'est pas enregistrée, elle ne peut être opposée à un tiers, sauf si elle est connue de ce tiers (§ 15 alinéa 1 HGB). Si la modification a été enregistrée et notifiée, le tiers doit s'y résigner; cela ne vaut pas pour les actes juridiques entrepris dans les quinze jours à compter de la notification, pour autant que le tiers puisse prouver qu'il ne connaissait ni ne devait connaître ce fait (§ 15 alinéa 2 HGB).

8.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

Pour les effets des inscriptions au registre de commerce des KGaA, on renvoie aux explications relatives aux sociétés anonymes.

8.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)Effet constitutif de l'inscription au registre de commerce :

- inscription de la société après constitution (la société obtient la capacité juridique par l'inscription au registre de commerce (§ 11 GmbHG) ;
- les modifications ultérieures de l'acte de société, y compris relatives au capital (augmentation/diminution) ne sont efficaces qu'après leur inscription au registre de commerce (§ 54 alinéa 3 GmbHG) ;
- les actes de société (voir à ce sujet le point 8.3.1) ne sont efficaces qu'après leur enregistrement au registre de commerce.

Effet déclaratoire de l'inscription au registre de commerce :

- nomination comme gérant
- compétences de représentation concrètes éventuelles de certains gérants, déviant des dispositions statutaires ou légales.

Pour ce qui est des actes obligatoires n'ayant qu'un effet déclaratoire déjà exposés dans le cas de la société anonyme (point 8.3.1), les principes de légitimation visés au § 15 HGB sont en vigueur.

#### 8.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

Pour les e.G. également, l'inscription au registre des coopératives a un effet constitutif. Conformément au § 13 GenG, "la coopérative ne jouit pas des droits d'une coopérative enregistrée avant son inscription au registre des coopératives". Elle obtient donc la capacité juridique uniquement lors de son inscription au registre. Les modifications ultérieures des statuts ne sont efficaces qu'après leur inscription au registre des coopératives (§ 16 alinéa 6 GenG).

Par contre, les enregistrements de la composition et des modifications du conseil de direction n'ont qu'un effet déclaratoire. Les explications fournies au point 8.3.1 pour les sociétés anonymes s'appliquent dans ce cas-ci.

Conformément au § 29 GenG, le registre des coopératives jouit, pour ce qui est des inscriptions n'ayant qu'un effet déclaratoire également, d'une certaine foi dont la portée correspond à celle du § 15 HGB (voir à ce sujet le point 8.3.1).

#### 8.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

Bien que la VVG - à l'exception des "petites associations" aux termes du § 53 VAG - doive être enregistrée au registre de commerce, cette inscription ne revêt qu'une signification déclaratoire parce qu'elle obtient la capacité juridique exclusivement grâce au permis d'exploitation émis par les autorités de surveillance compétentes (§ 15 VAG). L'inscription des membres du conseil de direction et les modifications ultérieures de sa composition n'ont elles aussi qu'un caractère déclaratoire.

#### 8.6. Fusions, scissions, modification de la forme conformément à la loi sur les transformations (UmwG)

Tous les types de fusions, scissions ou modification de la forme juridique prévus dans la loi sur les transformations ne sont efficaces qu'après leur inscription au registre concerné. Les inscriptions ont donc un effet constitutif.

### **Question 9 :**

## **Quelles sont les conditions de fond et de forme en vigueur en cas de modification des statuts ? L'intervention d'un notaire et l'inscription au registre sont-elles nécessaires ?**

### 9.1. Fondations

Les modifications des statuts ne sont en règle générale possibles que si les statuts eux-mêmes le prévoient et si les relations fixées par le fondateur ont été substantiellement modifiées (BGH, arrêt du 26 avril 1976, III ZR 21/74, publié dans WM 1976, 714 et DB 1976, 1664). La volonté du fondateur doit être prise en considération; s'il est encore vivant, le fondateur doit donner son accord.

La modification des statuts nécessite de toute façon l'approbation des autorités compétentes (c'est ce que disent la Cour suprême fédérale dans l'arrêt précité et la plupart des lois régionales en matière de fondations). L'approbation est octroyée sur demande; la décision de l'organe compétent pour la modification des statuts doit être jointe à la demande. L'intervention d'un notaire n'est pas nécessaire.

Indépendamment de la modification des statuts par décision de l'organe compétent, les autorités de surveillance peuvent conférer un autre objet à la fondation, ou carrément le lever si sa réalisation est devenue impossible ou si la fondation met en danger le bien commun (§ 87 BGB).

Étant donné que la loi ne prévoit pas de registre des fondations, il ne faut procéder à aucune inscription. Si certains länder fédéraux tiennent un annuaire des fondations, une inscription est évidemment possible, mais elle ne possède qu'un effet déclaratoire.

### 9.2. Associations

#### 9.2.1. Associations économiques

La modification des statuts d'une association économique requiert, pour autant que les statuts ne prévoient pas de majorité plus ample, une décision de l'assemblée des associés avec une majorité de trois quarts des membres présents; pour modifier l'objet de l'association, l'accord de tous les membres est nécessaire, et les membres absents doivent notifier leur assentiment pas écrit (§ 33 alinéa 1 BGB). L'intervention du notaire n'est pas obligatoire.

La modification des statuts nécessite l'approbation des autorités régionales compétentes (§ 33 alinéa 2 BGB) et ne sera efficace qu'après la communication de cette approbation. Une inscription n'est pas nécessaire parce que la loi ne prévoit pas de registre pour les associations économiques.

### 9.2.2. Associations enregistrées (e.V.)

La modification des statuts d'une association enregistrée est sujette aux mêmes conditions de fond que celles exposées au point 9.2.1 pour les associations économiques.

Du point de vue de la forme, si l'assemblée des associés a décidé de modifier les statuts, le conseil de direction de l'association (si le quorum est atteint) doit déclarer la modification au registre des associations; à cette déclaration doivent être joints l'original et une copie de la décision, l'original étant rendu à l'association après l'inscription (§§ 71 alinéa 1, 66 alinéa 2 BGB). La déclaration du conseil de direction relative à l'inscription de la modification des statuts au registre des associations doit présenter la forme certifiée, c'est-à-dire notariée (§§ 77, 129 BGB); pour le reste, l'intervention du notaire, en particulier pour l'adoption de la décision par l'assemblée des associés, n'est pas requise.

La modification des statuts est efficace après son inscription au registre des associations (§ 71 alinéa 1, tiret 1 BGB); elle a également un effet constitutif. La compétence de vérification du registre des associations est similaire à celle dont il dispose lors de la constitution de l'association (voir à ce sujet les points 7.2.2, 4.2.2 et 5.2.2).

### 9.3. Sociétés de capital

Toutes les sociétés de capital ont en commun que les modifications des statuts - pour autant que les statuts eux-mêmes ou la loi ne prévoit pas de majorité plus ample (pour les sociétés anonymes, parfois moins importante, § 179 alinéa 2, tiret 3 AktG) - doivent être décidées par l'assemblée générale ou l'assemblée des associés à une majorité d'au moins trois quarts du capital de départ représenté (§ 179 AktG, § 53 alinéa 2 GmbHG). L'accord de tous les actionnaires/associés concernés est généralement nécessairement si des droits particuliers (privilèges) sont touchés. En outre, le § 53 alinéa 3 GmbHG stipule qu'une augmentation des obligations incombant aux associés en vertu de l'acte de société ne peut être décidée qu'avec l'assentiment de tous les associés concernés.

La décision requiert la consignation et l'authentification par un notaire (§ 130 alinéa 1, tiret 1 AktG, § 53 alinéa 2 GmbHG). La modification des statuts d'une AG/KGaA et la modification de l'acte de société d'une GmbH ne sont efficaces qu'après leur inscription au registre de commerce (§ 181 alinéa 3 AktG, § 54 alinéa 3 GmbHG). Le droit de vérification du registre correspond aux principes en vigueur pour la constitution (voir à ce sujet les points 7.3.1, 7.3.2 et 7.3.3).

Du point de vue de la forme :

### 9.3.1. Sociétés anonymes

La modification des statuts doit être déclarée par le conseil de direction en vue de l'inscription au registre de commerce (§ 181 alinéa 1, tiret 1 AktG). S'il s'agit d'une augmentation ou d'une diminution du capital, la déclaration doit également être signée par le président du comité de surveillance (§§ 195 alinéa 1, 223 AktG). Les déclarations doivent être certifiées (§ 12 HGB).

À la déclaration doivent être joints :

- l'acte notarié relatif à la modification des statuts (original ou copie certifiée) ;
- une nouvelle version complète des statuts tenant compte de la modification décidée et revêtue de la certification d'un notaire que les dispositions modifiées des statuts sont conformes à la décision et que les dispositions inchangées correspondent à la dernière version complète déposée auprès du registre de commerce (§ 181 alinéa 1, tiret 2 AktG) ;
- lors d'augmentations du capital, conformément au § 188 alinéa 3 AktG, les documents suivants doivent également être fournis: deux exemplaires des bons de souscription, une liste des souscripteurs signée par le conseil de direction, pour les apports en nature les contrats portant sur leur détermination et leur exécution, ainsi qu'un calcul des frais découlant de l'émission des nouvelles actions; en outre, les garanties et preuves à présenter lors de la constitution d'une société anonyme doivent également l'être lors d'une augmentation de capital (voir à ce sujet les points 4.3.1 et 5.3.1) ;
- en cas de diminution régulière du capital, la preuve que cette diminution a été publiée dans les journaux officiels prévus pour les notifications de la société un an avant la déclaration (§ 58 alinéa 1 GmbHG).

### 9.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

La modification de l'acte de société doit être déclarée par les gérants réunis en quorum - en cas d'augmentation et de diminution du capital par tous les gérants (§ 78 GmbHG) - en vue de l'inscription au registre de commerce (§§ 54, 57, 57 i GmbHG). Les déclarations doivent être authentifiées (§ 12 HGB).

Comme dans le cas de la société anonyme, la déclaration doit être accompagnée des documents suivants :

- l'acte notarié relatif à la modification de l'acte de société (original ou copie certifiée) ;

- une nouvelle version complète de l'acte de société tenant compte de la modification décidée et revêtue de la certification d'un notaire que les dispositions modifiées de l'acte de société sont conformes à la décision et que les dispositions inchangées correspondent à la dernière version complète déposée auprès du registre de commerce (§ 54 alinéa 1 GmbHG) ;
- lors d'augmentations du capital, conformément au § 57 alinéa 3 GmbHG, les documents suivants doivent également être fournis : les déclarations de souscription authentifiées des souscripteurs des nouvelles parts (§ 55 alinéa 1 GmbHG), une liste des souscripteurs signée par les déclarants, ainsi qu'une nouvelle liste complète des associés indiquant leur apport, pour les apports en nature les contrats portant sur leur détermination et leur exécution; en outre, les garanties et preuves à présenter lors de la constitution d'une société à responsabilité limitée doivent également l'être lors d'une augmentation de capital (voir à ce sujet le point 5.3.3.).

#### 9.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

La modification des statuts d'une coopérative a lieu fondamentalement à une majorité des trois quarts des voix exprimées à l'assemblée générale/assemblée des représentants, pour autant que les statuts ne prévoient pas d'autres majorités (§ 16 alinéas 2 et 4 GenG). Le § 16 alinéa 2 GenG dispose toutefois qu'il ne peut être décidé d'une modification profonde des statuts (comme p. ex. une modification de l'objet, une extension des obligations des membres, etc.) à moins de trois quarts des voix exprimées. Si une obligation des membres à la prise en considération ou à la fourniture d'équipements ou de services à la coopérative doit être justifiée, la décision requiert une majorité d'au moins neuf dixièmes des votes exprimés (§ 16 alinéa 3 GenG). L'intervention d'un notaire n'est pas nécessaire pour une modification des statuts. Celle-ci n'est efficace qu'après son inscription au registre des coopératives (effet constitutif de l'inscription, § 16 alinéa 6 GenG).

Le conseil de direction de la coopérative doit déclarer la modification des statuts en vue de son inscription au registre des coopératives. Une intervention d'un notaire n'est pas nécessaire ici non plus. La déclaration doit être accompagnée de deux copies de la décision de modification (§ 16 alinéa 5 GenG). En outre, en vertu du § 16 alinéa 5 GenG, les dispositions en vigueur pour la constitution de la coopérative s'appliquent également à la déclaration et à l'inscription (voir à ce sujet les points 5.4 et 7.4).

#### 9.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVaG)

La modification des statuts se fait par décision de la représentation suprême (§ 39 alinéa 1 VAG), sous forme notariée (§§ 36 alinéa 1 VAG, 130 alinéa 1, tiret 1 AktG). La décision requiert une majorité des trois quarts des votes exprimés; pour autant qu'il ne s'agisse pas de l'abandon ou de la reprise d'une branche d'assurance, les statuts

peuvent également prévoir une majorité moindre (§ 39 alinéa 4 VAG). Toute modification des statuts doit être acceptée par les autorités de surveillance, à condition qu'elle ne porte pas sur une augmentation du capital (§§ 5 alinéa 3 n° 1, 13 alinéa 1 VAG). La modification des statuts doit être déclarée sous forme authentifiée par le conseil de direction réuni en quorum, en vue de son inscription au registre de commerce (§§ 40 alinéa 1 VAG, 12 HGB) ; à cette déclaration doivent être joint la décision des autorités de surveillance sur l'approbation de la modification des statuts, ainsi que d'une nouvelle version complète notariée des statuts (§ 40 alinéa 1 VAG). Le tribunal ne vérifie ici que si la modification des statuts est régulière, la compétence de vérification matérielle incombant aux autorités de surveillance. La modification des statuts est efficace après son inscription au registre de commerce, et non dès l'approbation des autorités de surveillance (§ 40 alinéa 3 VAG).

Il en va de même pour les "petites associations" aux termes du § 53 VAG, à l'exception de la déclaration et de l'inscription de la modification des statuts au registre de commerce. Ici, la modification des statuts est efficace dès l'approbation par les autorités de surveillance.

#### **Question 10 :**

**Quelles sont les dispositions en vigueur pour la gestion et la représentation des personnes morales de droit privé (directoire, conseil de direction, gérant unique) ?**

##### 10.1. Fondations

Le droit allemand en matière de fondations n'impose en tant qu'organe obligatoire que le conseil de direction, qui peut être composée d'une ou plusieurs personnes (§§ 86, 26, alinéa 1 BGB), même si les statuts des fondations prévoient généralement dans la pratique également des comités consultatifs, bureaux ou organes similaires.

Le conseil de direction représente la fondation en justice et extrajudiciairement. Les statuts peuvent régler la compétence de représentation revenant à plusieurs membres du conseil de direction (p. ex. représentation individuelle ou collective). La portée du pouvoir de représentation peut être limitée par les statuts, également vis-à-vis des tiers (§§ 86, alinéa 1, 26, alinéa 2 BGB). Si les statuts ne disent rien, la représentation active de la fondation incombe au conseil de direction agissant collectivement (selon un avis partiellement partagé, dans le cas d'un conseil de direction composé de plus de deux membres, la représentation est également possible par la majorité des membres, voir §§ 28, 32 BGB) ; pour la représentation passive, c'est-à-dire en particulier pour l'enregistrement des déclarations de volonté, chaque membre du conseil de direction est considéré compétent en cas de doute (§§ 86, 28, alinéa 2 BGB).

##### 10.2. Associations

Les règles suivantes s'appliquent à la gestion et à la représentation pour toutes les associations, tant économiques qu'enregistrées :

L'association doit posséder un conseil de direction servant d'organe de gestion et de représentation, qui la représente en justice et extrajudiciairement (§ 26 BGB). Le nombre des membres du conseil de direction habilités à la représenter est fixé par les statuts ; le conseil de direction peut être composé d'un ou plusieurs membres (§ 26, alinéa 1, tiret 2 BGB). Les statuts peuvent également déterminer le type de représentation, individuelle ou collective. Si les statuts ne parlent pas du type de compétence de représentation d'un conseil de direction composé de plusieurs membres, c'est la représentation collective qui est en vigueur pour les conseils d'administration composés de deux personnes, et - conformément à la conception dominante - la représentation par la majorité des membres dans le cas d'un conseil de direction composé de plus de deux personnes (voir §§ 26, alinéa 1, 32 BGB). Pour la représentation passive, c'est-à-dire en particulier pour l'enregistrement des déclarations de volonté, la compétence de représentation individuelle s'applique, conformément au § 28, alinéa 2 BGB, également dans le cas d'un conseil de direction composé de plusieurs membres. La portée du pouvoir de représentation du conseil de direction peut être limitée par les statuts, également vis-à-vis des tiers (§ 26, alinéa 2 BGB). Les statuts peuvent aussi déterminer qu'à côté du conseil de direction, des "représentants spéciaux" doivent être désignés pour certaines affaires; le pouvoir de représentation de ces représentants s'étend en cas de doute à tous les domaines usuellement liés à l'action qui lui est confiée (§ 30 BGB). La désignation de ces représentants spéciaux, qui doivent être mentionnés au registre des associations, est toutefois plutôt inhabituelle dans la pratique. Dans le cas des associations enregistrées (non économiques) (e.V.), les membres du conseil de direction doivent être inscrits au registre des associations (§§ 59, 67 BGB).

### 10.3. Sociétés de capital

#### 10.3.1. Sociétés anonymes (AG)

L'organe de direction de la société anonyme est le conseil de direction, qui peut être composé d'une ou plusieurs personnes (§ 76, alinéa 2, tiret 1 AktG). Pour les sociétés au capital de départ de plus de trois millions d'euros, le conseil de direction doit consister en au moins deux personnes, pour autant que les statuts ne prévoient pas expressément un conseil de direction unipersonnel (§ 76, alinéa 2, tiret 2 AktG). Pour les sociétés soumises au principe de codécision, le conseil de direction doit être composé d'au moins deux personnes et inclure le directeur du travail (voir à ce sujet les §§ 33 MitbestG, 13 MontanmitbestG, 13 MitbestErgG), compétent pour les questions de personnel et sociales de la société.

Le conseil de direction doit, en vertu du § 76, alinéa 1 AktG, diriger la société sous sa propre responsabilité. Ce pouvoir de direction est intransmissible et peut être cédé à

des tiers par un contrat de domination. Le conseil de direction de la société anonyme n'est pas tenu aux directives des actionnaires. Il représente la société en justice et extrajudiciairement. Dans le cas d'un conseil de direction à plusieurs membres, et sauf mention contraire dans les statuts, ceux-ci ne sont compétents pour représenter la société que collectivement (§ 78, alinéa 2, tiret 1 AktG); pour la représentation passive de la société en revanche, chaque membre est compétent individuellement (§ 78, alinéa 2, tiret 2 AktG). En cas de compétence de représentation collective, les statuts peuvent également déterminer qu'outre la représentation par plusieurs membres du conseil de direction, la représentation commune par un membre et un fondé de pouvoir est possible (§ 78, alinéa 3, tiret 1 AktG). Les statuts peuvent également habiliter le comité de surveillance à régler le type de représentation en cas de conseil de direction composé de plusieurs personnes (§ 76, alinéa 2, tiret 2 AktG). Conformément au § 78, alinéa 4 AktG, les membres du conseil de direction habilités à la seule représentation collective de la société peuvent également mandater un d'entre eux pour un acte déterminé ou un type d'actes déterminé. Les statuts peuvent libérer le conseil de direction des restrictions du § 181 BGB globalement pour des cas particuliers; ici, personne ne peut, en tant que représentant d'un tiers, conclure d'acte juridique avec lui-même en son nom propre ou en tant que représentant d'un autre tiers; les statuts peuvent aussi habiliter le comité de surveillance à libérer dans certains cas de cette interdiction de contracter avec soi-même. Si une telle libération n'est pas octroyée que pour un cas particulier, elle doit être inscrite au registre de commerce. S'il n'y a pas (plus) de conseil de direction, le tribunal administratif peut désigner un conseil de direction d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée (§ 85 AktG).

Les membres du conseil de direction sont nommés par le comité de surveillance pour une durée maximale de cinq ans, avec possibilité de réélection (§ 84, alinéa 1 AktG). Le comité de surveillance peut les révoquer pour une bonne raison, en particulier en cas de non-respect grave de leurs obligations (§ 86, alinéa 3 AktG). La tâche principale du comité de surveillance consiste à contrôler la direction (§ 111, alinéa 1 AktG). Les compétences de la direction ne peuvent pas être transmises au comité de surveillance; cependant, les statuts ou le comité de surveillance lui-même peuvent déterminer que - dans les relations internes - certains actes de la société ne peuvent être menés qu'avec l'accord du comité de surveillance (§ 111, alinéa 3 AktG). À l'exception de la représentation de la société vis-à-vis des membres du conseil de direction (§ 112 AktG), le comité de surveillance ne jouit d'aucune compétence de représentation.

### 10.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

Dans une KGaA, l'associé personnellement responsable (commandité) est l'organe de direction et de représentation légal (§ 278, alinéa 2 AktG, §§ 161, alinéa 2, 114 et suivants, 125 et suivants HGB). S'il y a plusieurs commandités, chacun d'entre eux peut, en cas d'absence d'autre disposition dans les statuts, représenter la société individuellement (§§ 161, alinéa 2, 125 HGB); dans ce cas, les statuts peuvent également prévoir que non seulement plusieurs commandités en commun, mais

aussi un commandité et un fondé de pouvoir, sont habilités à représenter la KGaA (§§ 161, alinéa 2, 125, alinéa 3 HGB). En cas de présence de plusieurs commandités, les statuts peuvent également exclure certains d'entre eux de la représentation de la société (§§ 161, alinéa 2, 125, alinéa 1 HGB). Comme dans le cas de la société anonyme, plusieurs commandités habilités à représenter la société uniquement collectivement peuvent en mandater certains d'entre eux pour un acte déterminé ou un type d'actes déterminé (§§ 161, alinéa 2, 125, alinéa 2, tiret 2 HGB). En outre, les commandités jouissent des droits et obligations du conseil de direction de société anonyme (§ 283 AktG). Il en va de même pour le comité de surveillance, à l'exception du droit de désignation et de révocation du conseil de direction.

Aux KGaA soumises au principe de codécision s'applique encore l'obligation de désignation d'un directeur du travail (voir §§ 31, alinéa 1, tiret 2, 33, alinéa 1, tiret 2 MitbestG).

### 10.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

L' (les) gérant(s) est (sont) l'organe de direction et de représentation légal de la GmbH (§§ 35 et suivants GmbHG). La société peut compter un ou plusieurs gérants. Si un seul gérant est désigné, il représente la société seul. Si plusieurs gérants sont désignés et si l'acte de société ne dispose pas autrement, ils ne sont habilités à la représentation active que collectivement (§ 35, alinéa 2, tiret 2 GmbHG); l'acte de société peut toutefois prévoir une compétence de représentation différente. Dans la pratique, on rencontre souvent dans l'acte de société la disposition habilitant - quand il y a plusieurs gérants - deux gérants agissant collectivement ou un gérant agissant avec un fondé de pouvoir à représenter la société. L'acte de société peut également laisser la détermination du type de compétence de représentation à l'assemblée des associés. Pour la représentation passive de la GmbH lors de l'enregistrement des déclarations de volonté, il suffit que cette déclaration soit faite par un seul gérant (§ 35, alinéa 2, tiret 3 GmbHG).

Comme pour la société anonyme, l'acte de société peut libérer les gérants de l'interdiction de représentation multiple ou de contracter soi-même visée au § 181 BGB (voir à ce sujet au point 10.3.1) ou habiliter l'assemblée des associés à décider de cette libération au cas par cas. Si cette libération n'est pas octroyée pour un seul cas, elle doit être inscrite au registre de commerce. En outre, la jurisprudence affirme l'applicabilité du § 78, alinéa 4 AktG, selon lequel plusieurs gérants compétents uniquement pour la représentation collective peuvent mandater un d'entre eux pour un acte déterminé ou un type d'actes déterminé.

La représentation de la GmbH vis-à-vis de ses gérants est du ressort des associés (§ 46 n 8 GmbHG).

La loi sur les sociétés à responsabilité limitée laisse à la société le libre choix du nombre de gérants. S'il n'y a pas de gérants, le tribunal administratif peut désigner un

gérant d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée (§ 29 BGB). Les GmbH soumises au principe de codécision (GmbH de plus de 2 000 travailleurs) doivent - comme c'est le cas pour les sociétés anonymes et les coopératives enregistrées - désigner un directeur du travail au poste de membre de la direction jouissant des mêmes droits que les autres.

Pour autant que l'acte de société n'habilite pas un autre organe - comme p. ex. un comité de surveillance (facultatif) - ou ne prévoit pas de droit de délégation à certains associés, les gérants sont nommés et révoqués par l'assemblée des associés (§ 46 n° 5 GmbHG). La loi ne prévoit pas de limitation du mandat, contrairement à ce qui se fait pour les sociétés anonymes. La révocation est possible à tout moment (§ 38, alinéa 1 GmbHG), pour autant que l'acte de société ne prévoit rien d'autre.

Contrairement au conseil de direction d'une AG, les gérants d'une GmbH sont tenus aux directives des associés. En vertu du § 37, alinéa 1 GmbHG, les gérants "sont tenus vis-à-vis de la société de respecter les restrictions fixées pour la portée de leur compétence à représenter la société par l'acte de société ou, sauf mention contraire dans ce dernier, par les décisions des associés." Le § 37, alinéa 2 GmbHG stipule toutefois clairement que de telles restrictions ne sont efficaces que dans les relations internes; autrement dit, les actes de représentation posés par les gérants en contradiction avec ces limitations sont efficaces vers l'extérieur. De ce fait, même un acte contraire aux obligations lie la GmbH vis-à-vis des tiers.

#### 10.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

Le conseil de direction est l'organe de direction et de représentation légal de la coopérative enregistrée; il la représente en justice et extrajudiciairement (§ 24, alinéa 1 GenG).

Le conseil de direction est composé de deux membres (§ 24, alinéa 2, tiret 1 GenG) ; les statuts peuvent prévoir un nombre de membres plus élevé (§ 24, alinéa 2, tiret 2 GenG). Si le conseil de direction se compose de plusieurs membres, l'e.G. est représentée collectivement par tous les membres du conseil de direction, mais les statuts peuvent disposer autrement, notamment d'une compétence de représentation individuelle (§ 25, alinéa 1, tirets 1 et 2 GenG).

Comme pour une AG ou une GmbH, les statuts peuvent également prévoir qu'un membre du conseil de direction peut représenter la coopérative avec un fondé de pouvoir (§ 25, alinéa 2, tiret 1 GenG). Les membres du conseil de direction compétents pour la représentation collective peuvent habiliter certains d'entre eux pour entreprendre un acte déterminé ou un type d'actes déterminé (§ 25, alinéa 3 GenG). Dans une coopérative également, les membres du conseil de direction peuvent être libérés, sur la base des statuts ou d'un mandat de l'organe de désignation prévu dans les statuts, de l'interdiction de représentation multiple ou de

contracter avec soi-même visée au § 181 BGB (voir à ce sujet aux points 10.3.1 et 10.3.3).

Si l'e.G. doit entendre une déclaration de volonté (représentation passive), cette dernière peut être enregistrée par un seul membre du conseil de direction (§ 25, alinéa 1, tiret 3 GenG).

L'organe de désignation des membres des conseil de direction est, sauf mention contraire dans les statuts (§ 24, alinéa 2, tiret 2 GenG), l'assemblée générale (§ 24, alinéa 2, tiret 1 GenG) ou, pour les coopératives comptant plus de 1 500 membres dont les statuts prévoient une telle assemblée, l'assemblée des représentants (§ 43 a, alinéa 1 GenG). Si le conseil de direction n'est pas valablement constitué, le tribunal administratif peut désigner un conseil de direction d'urgence jusqu'à ce que cette lacune soit comblée (§ 29 BGB).

Le conseil de direction doit diriger la coopérative sous sa propre responsabilité (§ 27, alinéa 1, tiret 1 GenG). Il doit également se tenir aux restrictions fixées par les statuts (§ 27, alinéa 1, tiret 2 GenG) ; cette limitation n'a toutefois aucun effet vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire pour les relations extérieures (§ 27, alinéa 2 GenG).

Le comité de surveillance doit contrôler le conseil de direction (§ 38, alinéa 1 GenG). Il ne jouit toutefois d'aucune compétence de représentation, à l'exception de celle de représentation la coopérative enregistrée vis-à-vis des membres du conseil de direction (§ 39 GenG).

#### 10.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

Le conseil de direction d'une VVG doit se composer d'au moins deux personnes (§ 34, alinéa 1, tiret 1 VAG). Conformément au § 34, alinéa 1, tiret 2 VAG, il est soumis aux prescriptions de la loi sur les sociétés par actions (§§ 76, alinéas 1 et 3, 77 à 91, 93, 94 AktG) ; voir à ce sujet au point 10.3.1. Le conseil de direction dirige donc la VVG sous sa propre responsabilité. Il est désigné par le comité de surveillance.

Le comité de surveillance, dont les tâches essentielles - comme dans le cas de la société anonyme - sont la désignation, la révocation et le contrôle du conseil de direction, est composé d'au moins trois membres ou d'un nombre de membres divisible par trois (§ 35, alinéa 1 VAG). Il est soumis, conformément au § 35 VAG, aux dispositions valables pour le comité de surveillance d'une AG (voir au point 10.3.1).

Pour le conseil de direction d'une "petite association" aux termes du § 53 VAG, ce sont les prescriptions du code civil en matière d'associations (§§ 26 et suivants BGB) qui s'appliquent (voir au point 10.2). La loi ne prévoit pas de comité de surveillance pour les "petites associations".

**Question 11 :**

**De quelles compétences jouissent et à quelles limitations sont soumis les directeurs dans l'exercice de leur fonction, et sur quoi reposent ces compétences et limitations ?**

11.1. Fondations

Conformément aux §§ 86, 26 BGB, la fondation est représentée exclusivement par le conseil de direction, dont la portée du pouvoir de représentation peut être limitée par les statuts, même vis-à-vis des tiers.

En vertu des §§ 86, 27, alinéa 3, 664 à 670 BGB, le conseil de direction doit gérer les affaires de la fondation avec la même prudence qu'un mandataire. Il faut ici tenir compte en premier lieu de la volonté du fondateur et des dispositions éventuelles des statuts. En l'absence d'autre règlement dans les statuts, le conseil de direction peut, pour autant que les statuts ne lui octroient pas une rémunération, exiger le remboursement de ses dépenses nécessaires (§ 670 BGB).

11.2. Associations

Le conseil de direction est l'organe de représentation légal de l'association et ce, tant de l'association économique que de l'association enregistrée (§ 26, alinéa 1 BGB).

Le conseil de direction représente l'association en justice et extrajudiciairement (§ 26, alinéa 2, tiret 1 BGB). Son pouvoir de représentation est global, mais peut être limité par les statuts - également avec effet vis-à-vis des tiers - (§ 26, alinéa 2, tiret 2 BGB).

Le conseil de direction doit gérer les affaires de l'association avec la même prudence qu'un mandataire (§§ 27, alinéa 3, 664 et suivants BGB). Il doit agir avec le soin exigé d'une personne adulte et consciente de sa mission; en ce sens, il est responsable vis-à-vis de l'association (§ 276 BGB).

11.3. Sociétés de capital11.3.1. Sociétés anonymes (AG)

Le conseil de direction est le seul organe de direction et de représentation de l'AG (§§ 76, 78 AktG). Il doit diriger les affaires de la société "sous sa propre responsabilité" (§ 76, alinéa 1 AktG). Ce pouvoir de direction est intransmissible mais peut être cédé à un tiers en vertu d'un contrat de domination. À la différence des gérants d'une société à responsabilité limitée, le conseil de direction d'une société anonyme n'est pas soumis aux directives des actionnaires. D'après l'exposé des motifs du gouvernement relatif à la nouvelle version du § 76 AktG de 1965, il ressort

généralement que le conseil de direction doit tenir compte des intérêts des actionnaires et des travailleurs de la société et du bien public. Parmi les tâches du conseil de direction énumérées dans la loi, on trouve la convocation de l'assemblée générale (§ 121, alinéa 2 AktG), la préparation et l'exécution des décisions de l'assemblée générale (§ 83 AktG), la gestion des livres de commerce (§ 91, alinéa 1 AktG), ainsi que l'établissement du bilan annuel et du compte-rendu de la situation (§ 264 HGB).

Le conseil de direction doit, conformément au § 90 AktG, informer régulièrement le comité de surveillance de la politique commerciale visée et des autres questions essentielles pour la planification de l'entreprise (en particulier la planification financière, des investissements et du personnel), sur la rentabilité de la société (en particulier la rentabilité du capital propre), sur le déroulement des affaires (en particulier le chiffre d'affaires et la situation de la société), ainsi que sur les affaires pouvant revêtir une signification substantielle pour la rentabilité ou les liquidités de la société. Conformément au § 91, alinéa 2 AktG, le conseil de direction doit prendre les mesures adaptées, en particulier instituer un système de surveillance, pour détecter rapidement les développements mettant en danger la pérennité de la société.

Le conseil de direction peut se doter d'un règlement si le comité de surveillance n'en a pas déjà édicté un (§ 77, alinéa 2 AktG).

Seul le conseil de direction représente la société vers l'extérieur (§ 78, alinéa 1 AktG). Cette compétence de représentation ne peut être limitée (§ 82, alinéa 1 AktG). Pour autant que les statuts n'en décident pas autrement, la loi prévoit la représentation collective par tous les membres du conseil de direction (§ 78, alinéa 2, tiret 1 AktG) ; voir également au point 10.3.1. Dans la pratique, les statuts des sociétés anonymes contiennent toutefois généralement des dispositions différentes ; souvent, on trouve une prescription en vertu de laquelle l'AG est représentée, si le conseil de direction est composé de plusieurs personnes, par deux de ses membres ou par un membre et un fondé de pouvoir.

Conformément au § 93, alinéa 1 AktG, les membres du conseil de direction doivent faire preuve, dans l'exercice de leur fonction, "de la prudence d'un dirigeant ordonné et conscient". Ils sont tenus au secret pour les informations confidentielles de la société (§ 93, alinéa 1, tiret 2 AktG). Les membres du conseil de direction qui ne respectent pas leurs obligations sont tenus de dédommager la société pour le préjudice subi (§ 93, alinéas 2 et 3 AktG). Conformément au § 88 AktG, les membres du conseil de direction sont frappés d'une interdiction légale de concurrence; sans l'accord du comité de surveillance, ils ne peuvent ni exercer un métier commercial, ni faire des affaires pour leur propre compte ou pour le compte de tiers dans la même branche que la société, ni être membre de la direction d'une autre société commerciale.

### 11.3.2. Sociétés en commandite par actions (KGaA)

L'associé personnellement responsable (commandité) est, en vertu des §§ 278, alinéa 2 AktG, 161, alinéa 2, 114 et suivants HGB, l'organe de direction et de représentation exclusif de la KgaA ; les actionnaires en commandite sont exclus de la gestion (§§ 278, alinéa 2 AktG, 164 HGB). S'il y a plusieurs associés personnellement responsables et si les statuts ne prévoient pas d'autres dispositions, chaque associé personnellement responsable est habilité à représenter individuellement la société (§§ 278, alinéa 2 AktG, 125, alinéa 1 HGB). Pour les autres particularités relatives à la compétence de représentation, on renvoie au point 10.3.2. À la requête des autres associés, le pouvoir de représentation peut être retiré à un commandité par décision judiciaire si une bonne raison le justifie, en particulier le non-respect grave des obligations ou l'incapacité de représenter valablement la société (§§ 161, alinéa 2, 127 HGB).

L'associé personnellement responsable est soumis à la même interdiction de concurrence que les membres du conseil de direction d'une société anonyme (§ 284 AktG; pour les détails, voir au point 11.3.1).

En outre, le § 283 AktG déclare que les obligations du conseil de direction en matière de droit des actions s'appliquent également aux associé personnellement responsables de la KGaA; cela vaut en particulier également pour les obligations de prudence et la responsabilité vis-à-vis de la société, pour l'établissement du bilan annuel et pour les obligations de rapport au comité de surveillance. Pour les autres détails, on renvoie au point 11.3.1.

### 11.3.3. Sociétés à responsabilité limitée (GmbH)

Les gérants d'une GmbH constituent l'organe de direction et de représentation obligatoire de la société (§§ 35, 36 GmbHG). Si plusieurs gérants sont désignés, et si l'acte de société ne contient pas de dispositions contraires, la représentation est collective par tous les gérants (§ 35, alinéa 2, tiret 2 GmbHG) ; généralement, les actes de société contiennent une autre règle: deux gérants ou un gérant et un fondé de pouvoir représentent ensemble la société. Les gérants ne doivent pas nécessairement être associés de la société.

Les gérants de la GmbH sont tenus vis-à-vis de la société aux limitations qui leur sont posées du point de vue de leurs actes de gestion et de représentation par l'acte de société ou les décisions des associés (§ 37, alinéa 1 GmbHG); ils sont également soumis à des directives en matière de représentation. Cependant, ces restrictions n'ont aucun effet vis-à-vis des tiers (§ 37, alinéa 2 GmbHG) ; le pouvoir de représentation vers l'extérieur ne peut donc être limité.

Parmi les obligations et tâches régies par la loi des gérants, on trouve, outre la représentation de la société et de la soumission aux directives, la tenue des livres de la société (§ 41 GmbHG), l'établissement du bilan annuel (§ 264 HGB), la

convocation de l'assemblée des associés (§ 49 GmbHG) et l'obligation de fournir à chaque associé qui le demande des informations sur les affaires de la société et un droit de regard sur les livres et écritures de la société (§ 51 a GmbHG). En outre, les gérants sont obligés, en vertu du § 40 GmbHG, de notifier toute modification de la liste des associés et du montant de leur participation par le biais de l'envoi au registre de commerce d'une nouvelle liste complète. Conformément au § 17 GmbHG, les partages de parts nécessitent l'approbation de la direction pour être efficaces.

Conformément au § 43, alinéa 1 GmbHG, les gérants doivent faire preuve, dans l'exercice de leur fonction, "de la prudence d'un dirigeant ordonné et conscient"; en cas de non-respect de cette obligation, ils sont tenus de dédommager la société pour le préjudice subi (§ 43, alinéa 2 GmbHG).

#### 11.4. Coopératives enregistrées (e.G.)

La loi sur les coopératives (GenG) prévoit comme organe de direction et de représentation obligatoire le conseil de direction (§§ 9, 24, alinéa 1 GenG). Si le conseil de direction compte plusieurs membres, ceux-ci représentent collectivement la coopérative pour autant que les statuts ne prévoient rien d'autre (§ 25, alinéa 1 GenG). Dans la pratique, et comme pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, on trouve souvent des dispositions déviant de cette prescription légale (voir également au point 10.4). À la différence de ce qui se fait pour les AG et GmbH, les membres du conseil de direction d'une e.G. doivent être membres de la coopérative (§ 9, alinéa 2 GenG).

Le conseil de direction doit, conformément au § 27, alinéa 1 GenG, diriger la coopérative "sous sa propre responsabilité". Il doit se tenir aux restrictions fixées par les statuts (§ 27, alinéa 1, tiret 2 GenG); ces limitations n'ont aucun effet juridique vis-à-vis des tiers (§ 27, alinéa 2 GenG); comme pour les AG et GmbH, le pouvoir de représentation du conseil de direction vers l'extérieur ne peut être limité.

Parmi les obligations et tâches du conseil de direction régies par la loi, on trouve, à côté de la représentation de la coopérative, en particulier la tenue d'une liste des membres (§ 30 GenG), la tenue des livres, y compris l'établissement du bilan annuel et du compte-tendu de la situation (§ 33 GenG), l'obligation de rapport au comité de surveillance (§ 38, alinéa 1 GenG), ainsi que la convocation de l'assemblée générale ou de l'assemblée des représentants (§ 44, alinéa 1 GenG).

Conformément au § 34, alinéa 1 GenG, les membres du conseil de direction doivent faire preuve, dans l'exercice de leur fonction, "de la prudence d'un dirigeant ordonné et conscient". Ils sont tenus au secret pour les informations confidentielles de la coopérative. En cas de non-respect de cette obligation, ils sont tenus de dédommager la coopérative pour le préjudice subi (§ 34, alinéa 2 GenG).

### 11.5. Sociétés d'assurance mutuelle (VVG)

Le conseil de direction est le seul organe de direction et de représentation de la VVG.

Pour ses droits, obligations et compétences, y compris le type de pouvoir de représentation, les dispositions applicables au conseil de direction d'une société anonyme sont en vigueur (§ 34 VAG) ; voir à ce sujet au point 11.3.1.

Pour le conseil de direction d'une "petite association" s'appliquent par contre les dispositions du code civil relatives au conseil de direction d'une association (voir à ce sujet au point 11.2).

### **Question 12 :**

#### **Comment la désignation des directeurs ou représentants des personnes morales est-elle prouvée ?**

Si des personnes morales doivent être inscrites dans un registre public, la preuve de la composition de l'organe de représentation et le type de compétence de représentation doit être apportée au moyen d'un extrait authentifié dudit registre ou d'un acte notarié établi sur la base de la consultation du registre.

Ainsi, au registre des associations, tenu par le tribunal administratif compétent pour le siège de l'association, figurent entre autres les informations suivantes : la capacité juridique de l'association, son nom et son siège, la date de sa constitution, ainsi que les noms et le type de compétence de représentation des membres du conseil de direction.

Pour les sociétés de capital (AG, KGaA et GmbH), ces informations figurent au registre de commerce, tenu par le tribunal administratif compétent pour le siège de la société (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002, le registre de commerce est centralisé, de sorte qu'il n'est plus tenu que par les tribunaux administratifs régionaux et ce, pour toutes les sociétés, § 125 FGG) ; le registre de commerce mentionne en outre l'objet de la société.

Pour les coopératives enregistrées (e.G.), ces informations figurent au registre des coopératives, tenu par le tribunal administratif compétente pour le siège de la coopérative.

La consultation du registre des associations est ouverte à tout le monde (§ 79, alinéa 1, tiret 1 BGB). N'importe qui peut demander un extrait simple ou authentifié du registre des associations (§ 79, alinéa 1, tiret 2 BGB). Il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve d'un intérêt juridique. De même, tout le monde peut demander une attestation du tribunal administratif relative à la composition du conseil de direction (§ 69 BGB).

Tout le monde peut également consulter le registre de commerce et en demander un extrait simple et authentifié sans devoir apporter la preuve d'un intérêt particulier (§ 9, alinéa 1 et 2

HGB). Il en va de même pour le droit d'exiger du tribunal administratif une preuve des relations de représentation d'une société commerciale (§ 9, alinéa 3, tiret 2 HGB). Si le registre de commerce est déjà tenu électroniquement, l'extrait simple ou authentifié est remplacé par l'impression simple ou authentifiée du fichier automatisé (§ 9, alinéa 2, tiret 4 HGB).

Pour la consultation du registre des coopératives et le droit d'obtenir un extrait ou - dans le cas d'un registre électronique - une impression simple ou authentifiée, les principes applicables au registre de commerce sont en vigueur (§§ 156, alinéa 1 GenG, 9 HGB).

En Allemagne, il est accordé une grande signification pratique aux attestations notariales sur les relations juridiques d'une personne morale inscrite au registre (ou d'une autre société commerciale). Conformément au § 21, alinéa 1, tiret 1 de la loi fédérale sur le notariat (BNotO), les notaires sont compétents pour l'établissement :

1. d'attestations sur une autorisation de représentation et
2. d'attestations sur l'existence ou sur le siège d'une personne morale ou société commerciale, sur la modification de la raison sociale, sur la transformation ou sur les circonstances juridiques particulières

si ces circonstances découlent d'une inscription au registre de commerce ou à un registre similaire. Une attestation notariale possède, en vertu du § 21, alinéa 1, tiret 2 BnotO, la même force de preuve qu'une attestation du tribunal. Conformément au § 29, alinéa 2 BnotO, le notaire ne peut établir l'attestation que s'il s'est assuré des informations à certifier en consultant le registre ou un extrait de registre authentifié. Dans son attestation, le notaire doit indiquer la date de consultation du registre ou la date d'établissement de l'extrait ou de l'impression du registre consulté (§ 21, alinéa 2, tiret 2 BNotO).

Étant donné qu'il n'existe pas de registre (fédéral) des fondations et que les annuaires tenus dans certains länder ne sont pas des registres au sens juridique du terme et ne jouissent donc pas de la protection de la confiance légitime, la preuve des relations de représentation ne peut être apportée pour une fondation ni par un extrait de registre ni par une attestation notariale. Dans la pratique, les autorités régionales compétentes pour la surveillance des fondations délivrent sur demande une attestation de représentation si le requérant prouve un intérêt justifié; certains länder l'ont prévu dans leurs lois en la matière.

Pour les associations économiques ou étrangères également, la preuve de la représentation ne peut être fournie que par une attestation des autorités régionales compétentes pour la reconnaissance des associations économiques. Les prescriptions légales à ce sujet ne sont pas claires. Il en va de même pour les sociétés d'assurance mutuelle (VVG), qui ne doivent pas être inscrites au registre de commerce (voir à ce sujet aux points 4.5 et 6.5).

### Troisième partie

Pour les personnes morales, en particulier pour les sociétés commerciales, étrangères, l'existence et le pouvoir de représentation sont généralement difficiles à prouver. Souvent, il se pose la question de savoir si la société existe et qui doit intervenir pour qu'une déclaration juridique de la personne soit efficace. Dans le contexte de l'internationalisation et de la mondialisation, le commerce juridique international serait grandement simplifié s'il y avait une compétence générale des notaires pour la délivrance d'un certificat de capacité, d'existence et de représentation uniforme, utilisable à l'étranger, relatives aux personnes morales de droit privé, en particulier aux sociétés commerciales nationales.

Le droit allemand prévoit explicitement de telles attestations notariales au § 21, alinéa 1 BNotO. La loi confère à ces attestations la même force de preuve qu'une attestation du tribunal.

Dans la pratique juridique allemande, même s'il n'existe pas de prescriptions en la matière, les avis d'expertise juridiques établis par des notaires étrangers jouissent d'une large reconnaissance, qu'ils reposent sur une inscription dans un registre étranger ou - en l'absence de registre - d'autres sources de connaissance (voir Schippel/Reithmann, BNotO, § 21, note 11, et Reithmann, DNotZ 1995, 360/367). Une telle attestation d'un notaire étranger - le cas échéant avec l'aide juridique d'un notaire allemand - assurerait également au client plus de transparence et une meilleure compréhension, qu'un extrait de registre étranger n'en fournit généralement. La valeur ajoutée de l'activité notariale dans le commerce juridique international serait évidente et considérable.

L'attestation d'un notaire étranger relative à l'existence et la représentation d'une personne morale étrangère de droit privé devrait, pour pouvoir être utilisée en Allemagne, contenir au moins les informations essentielles suivantes :

1. confirmation de l'existence juridique de la personne morale ;
2. raison sociale ;
3. siège ;
4. forme juridique ;
5. nom, date de naissance et domicile du ou des représentant(s) légal(ux)/fondé(s) de pouvoir ;
6. type de pouvoir de représentation du ou des représentant(s) légal(ux)/fondé(s) de pouvoir (p. ex. représentation individuelle ou collective) ;
7. le cas échéant, indication de l'habilitation du (des) représentant(s) à contracter avec soi-même, ce qui est important, par exemple si la personne agissant pour le compte de la personne morale étrangère veut se nommer elle-même au poste d'un gérant ou au conseil de direction d'une filiale allemande ou si la personne morale étrangère fonde en Allemagne une filiale à laquelle la personne agissant en son nom compte participer en tant qu'associée ;
8. le cas échéant, indication des restrictions au pouvoir de représentation (selon l'objet, le montant, etc.) ;

9. date à laquelle et manière dont le notaire étranger a pris connaissance des faits et relations juridiques qu'il certifie (p. ex. consultation d'un registre public - comme p. ex. le registre de commerce ou des sociétés - ou d'un extrait de registre authentifié ou visualisation des données dans un registre électronique, etc.) ;
10. pour les attestations sur la base de la consultation d'un registre :
  - lieu où le registre est tenu,
  - numéro de registre sous lequel la personne morale est inscrite.

L'attestation du notaire étranger doit être revêtue de la date de son établissement, ainsi que de la signature et du cachet du notaire. En outre, les dispositions en matière de légalisation de l'acte (le cas échéant, l'apostille) doivent être respectées.

L'attestation notariale pourrait être fournie sous forme générale (i. e. sans relation directe avec une opération ou un acte), mais aussi, p. ex. dans le cadre de l'authentification d'un mandat conféré par la personne morale, sous forme spéciale (i. e. en relation directe avec une opération ou un acte), et ainsi garantir la sécurité juridique nécessaire pour les questions relatives à l'existence et à la représentation de la personne morale (voir à ce sujet également les propositions de formulations en plusieurs langues citées dans *Notarius International*, cahier 1-2/2002, pp. 96 et suivantes).

Une attestation générale de l'existence et de la représentation d'une société à responsabilité limitée (GmbH) allemande pourrait se présenter comme suit :

#### **Attestation d'existence et de représentation**

Sur la base de la consultation le (*date*) du registre de commerce du tribunal administratif de (*localité*) sous le numéro *B 1234*, je soussigné, *A. B.*, notaire dont l'étude est établie à (*localité*), certifie que :

- la société à responsabilité *XY* est une personne morale de droit allemand existante et possédant la capacité juridique ;
- la raison sociale de la société est *XY-GmbH* ;
- le siège de la société est établi à (*adresse*) ;
- sa forme juridique est la société à responsabilité limitée ;
- les représentants légaux (avec indication à chaque fois du prénom, nom, date de naissance, adresse et fonction, p. ex. gérant, fondé de pouvoir, etc.) :
  - *Mme DE*
  - *M. FG*
  - *M. HJ* ;

- la société est valablement représentée collectivement par deux gérants (ou: individuellement par chaque gérant) ;
- les limitations du pouvoir de représentation : (p. ex. aucune, ou uniquement pour les affaires d'une valeur n'excédant pas ... €, ou aucune aliénation ou hypothèque de terrains) ;
- les représentants légaux sont habilités à représenter la société dans les affaires avec eux-mêmes en nom propre et en tant que représentant d'un tiers ;
- la société *XY-GmbH* est inscrite au registre de commerce du tribunal de première instance de (*localité*) sous le numéro *B 1234*.

(*Localité*), le.....

(*A. B.*, notaire)

*Cachet du notaire*

Lors de l'utilisation de cette attestation à l'étranger, il faut suivre la procédure de légalisation obligatoire, le cas échéant par l'apposition de l'apostille.

Les travaux préparatoires à l'établissement et à la formulation d'attestations notariales de représentation en vue d'une utilisation à l'étranger ont déjà été menés en 1996 par une sous-commission de la *Commission des affaires de l'Union européenne* (CAUE), dans le cadre de l'UINL. Les résultats de la recherche, notamment avec des propositions de formulations dans différentes langues, ont été publiés en 1996 dans un rapport final intitulé *Certificat d'identité et de capacité des sociétés immatriculées au registre de commerce* par la Fondation néerlandaise pour la promotion de la science notariale (Amsterdam), en collaboration avec l'Institut allemand des notaires (Würzburg).

L'activité notariale pourrait bénéficier d'une valeur ajoutée supplémentaire si, en relation avec la constitution d'une personne morale, en particulier d'une société de capital, elle revêtait une signification décisive. Dans le cadre de la constitution, diverses exigences concourent selon le point de vue et les intérêts. D'une part, la procédure doit être la plus simple, la plus rapide et la plus économique possible; de l'autre, on crée par la constitution d'une personne morale une entité reposant sur le rapprochement de plusieurs personnes et instaurant des relations juridiques d'une grande importance. Cela plaide pour la consultation des fondateurs, pour l'examen de leur volonté et pour la création d'un contexte juridique tenant compte de manière équilibrée des intérêts éventuellement différents des fondateurs, mais aussi de la protection du commerce juridique, en particulier des créanciers, et garantissant la sécurité juridique, la légitimité et la conformité à la loi.

Pour les principales personnes morales de droit commercial - la société à responsabilité limitée (GmbH) et la société anonyme (AG) -, le droit allemand prévoit obligatoirement une certification notariale de l'acte constitutif. Dans sa fonction officielle, le notaire peut remplir les exigences exposées plus haut. Les frais découlant de son intervention en constituent en droit allemand qu'une fraction des coûts de la consultation juridique correspondante, tandis que la rapidité de la naissance de la personne morale sur la base de l'enregistrement constitutif généralement obligatoire apparaît souvent comme prenant beaucoup de temps. La *de lege ferenda* pourrait ici constituer un changement en ce sens que l'effet constitutif découle déjà de l'acte notarié, apporterait un remède et conférerait une valeur ajoutée substantielle à l'activité notariale. La naissance de la personne morale pourrait donc prendre moins de temps.