

**UNIVERSITE PARIS II – PANTHEON-ASSAS**

**Mémoire**

**DJCE – DESS de juriste d'affaires**

**RESPONSABILITE DE L'ASSOCIE DOMINANT**

**EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT FRANCAIS**

**Présenté par**

**Claudia Paetzold**

**Sous la direction de**

**M. le Professeur Michel Germain**

**Année universitaire 2001-2002**

# TABLE DES MATIERES

<b>TABLE DES MATIERES</b>	1
<b>INTRODUCTION</b>	7
<b><u>PREMIERE PARTIE</u> RESPONSABILITE AU SEIN DU KONZERN</b>	9
<b><u>CHAPITRE I</u> AKTIENGESELLSCHAFTSKONZERN</b>	9
<b>INTRODUCTION</b>	9
<b>SECTION 1 GROUPE DE DROIT</b>	9
<b>SOUS-SECTION 1 GROUPE CONTRACTUEL (VERTRAGSKONZERN)</b>	10
<b>§ 1 Responsabilité de structure (Strukturhaftung)</b>	10
<b>A. Obligation de compenser les pertes (Verlustausgleichspflicht)</b>	10
1. Fondement	10
2. Périmètre des sociétés concernées	11
3. Montant	13
4. Bénéficiaire	13
<b>B. Obligation de constituer des garanties (Sicherheitsleistung)</b>	13
1. Fondement	14
2. Périmètre des sociétés concernées	14
3. Montant	14
4. Garantie ou paiement ?	15
5. Bénéficiaire	16
<b>§ 2 Responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung)</b>	16
<b>A. Pouvoir de donner des directives (Weisungsbefugnis)</b>	16
1. Périmètre des sociétés concernées	16
2. Contenu	16
3. Limites	17
a) Objet social de la société dominée	17
b) Survie de la société dominée	17
<b>B. Directive fait générateur</b>	18
1. Périmètre des sociétés concernées	18
2. Personnes responsables	19
a) Organes de l'actionnaire dominant	19

b) Actionnaire dominant	19
3. Faute	20
a) Directive directe ou indirecte	20
b) Manquement	21
4. Préjudice et lien de causalité	21
5. Titulaires de l'action	22
a) Société dominée	22
b) Actionnaires minoritaires	22
c) Créanciers	22
6. Responsabilité solidaire des organes de la société dominée	23
<b>SOUS-SECTION 2 GROUPE INTEGRE (EINGLIEDERUNG)</b>	23
<b>§1 Responsabilité de structure (Strukturhaftung)</b>	23
<b>A. Obligation de constituer des garanties (Sicherheitsleistung)</b>	23
1. Fondement	24
2. Périmètre des sociétés concernées	24
3. Montant	24
4. Bénéficiaire	24
<b>B. Obligation de compenser les pertes (Verlustausgleichspflicht)</b>	24
<b>§ 2 Responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung)</b>	25
<b>§ 3 Responsabilité solidaire (Gesamtschuldnerische Haftung)</b>	26
<b>A. Fondement</b>	26
<b>B. Régime</b>	26
1. Contenu	26
2. Défenses	26
3. Recours	26
<b>SECTION 2 GROUPE DE FAIT (FAKTISCHER KONZERN)</b>	26
<b>§ 1 Responsabilité de comportement primaire (primäre Verhaltenshaftung)</b>	28
<b>A. Notion</b>	28
1. Groupe de droit et groupe de fait	28
2. Obligation de compensation et obligation de réparation	29
<b>B. Conditions</b>	29
1. Périmètre des sociétés concernées	29
2. Incitation (Veranlassung)	30
3. Préjudice (Nachteil)	31

a) Existence	31
b) Evaluation	31
4. Lien de causalité	31
<b>C. Régime</b>	32
1. Modalités de compensation	32
2. Absence ou impossibilité de compensation ?	32
<b>§2 Responsabilité de comportement secondaire (sekundäre Verhaltenshaftung)</b>	
<b>A. Définition</b>	33
<b>B. Conditions</b>	33
1. Périmètre des sociétés concernées	33
2. Absence de compensation	33
<b>C. Régime</b>	33
1. Cause exonératoire ?	33
2. Préjudice (Schaden)	33
3. Titulaire de l'action	34
a) Société dépendante	34
b) Actionnaires minoritaires	34
c) Créanciers	34
4. Responsabilité solidaire des organes de la société dépendante	34
<b>CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE</b>	35
<b><u>CHAPITRE II GMBH-KONZERN</u></b>	36
<b>SECTION PRELIMINAIRE UNE REGLEMENTATION HETEROGENE</b>	36
<b>§1 Absence de législation et options méthodologiques</b>	36
<b>§2 Groupe de droit et groupe de fait</b>	36
<b>A Groupe de droit</b>	37
<b>B Groupe de fait</b>	37
<b>SECTION 1 GROUPE DE FAIT</b>	37
<b>§1 Refus d'une analogie avec les §§311 ss. AktG</b>	37
<b>A Rapport sur la dépendance impossible (Abhängigkeitsbericht)</b>	38
<b>B Différences structurelles</b>	38
<b>§ 2 Utilisation abusive de la limitation de responsabilité (Durchgriffshaftung)</b>	39

<b>A Les hypothèses</b>	39
1. Sous-capitalisation (Unterkapitalisierung)	39
2. Confusion de patrimoines (Vermögensvermischung)	40
3. Confusion de sphères d'activité (Sphärenvermischung)	40
4. Abus de la personnalité morale (Institutsmißbrauch)	40
<b>B. Caractère exceptionnel</b>	40
<b>§3 Protection du capital social</b>	41
<b>A. Domaine</b>	41
<b>B. Régime</b>	41
<b>§4 Devoir de loyauté (mitgliedschaftliche Treuepflicht)</b>	42
<b>A. Domaine et contenu</b>	42
1. Domaine	42
2. Contenu	43
<b>B. Régime</b>	43
1. Société dépendante	43
2. Associés minoritaires	44
3. Créanciers	44
<b>SECTION 2 DU GROUPE DE FAIT QUALIFIE (QUALIFIZIERTER FAKTISCHER KONZERN) A LA GARANTIE D'EXISTENCE (BESTANDSSCHUTZ) FONDEE SUR L'INTERET PROPRE</b>	45
<b>§1 Groupe de fait qualifié</b>	45
<b>A. Définition et fondement</b>	45
1. Définition	45
2. Fondement	45
<b>B. Conditions</b>	46
1. Responsabilité de structure (Strukturhaftung)	46
2. Responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung)	47
a) Associé dominant	48
b) Manque de prise en considération des affaires de la société	
c) Réparation individuelle impossible	48
<b>C. Régime</b>	50
<b>D. Critique du fondement</b>	50
<b>§2 Garantie d'existence(Bestandsschutz)fondée sur l'intérêt propre</b>	51
<b>A. Revirement</b>	51

<b>B. Conditions</b>	52
1. Associé dominant	52
2. Mise en danger de l'existence de la société	53
3. Réparation individuelle impossible?	54
<b>C. Régime</b>	54
<b>D. Recherche du fondement</b>	55
1. Responsabilité par analogie avec celle du gérant	55
2. Prolongement du devoir de loyauté	55
<b>CONCLUSION DU DEUXIEME CHAPITRE</b>	55
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</b>	56
<b><u>DEUXIEME PARTIE</u> LA RESPONSABILITE AU SEIN DU GROUPE</b>	58
<b><u>CHAPITRE III</u> GROUPE DE SA ET DE SARL</b>	58
<b>INTRODUCTION</b>	58
<b>SECTION PRELIMINAIRE SOCIETE MERE DIRIGEANT DE SA FILIALE</b>	59
<b>SECTION 1 RESPONSABILITE DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE</b>	62
<b>SOUS-SECTION 1 RESPONSABILITE EN TANT QU'ORGANE</b>	62
<b>§ 1 Action en comblement de passif</b>	62
<b>A Conditions</b>	62
<b>B Régime</b>	62
<b>§2 Mise en redressement ou liquidation judiciaire</b>	63
<b>A Conditions</b>	63
<b>B Régime</b>	64
<b>SOUS-SECTION 2 RESPONSABILITE EN VERTU D'UNE UNITE RECONSTITUEE</b>	64
<b>§ 1 Société fictive</b>	64
<b>§ 2 Confusion de patrimoines</b>	65
<b>§ 3 Entité économique ?</b>	65
<b>SECTION 2 RESPONSABILITE EN DEHORS D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE</b>	66
<b>SOUS-SECTION 1 RESPONSABILITE EN TANT QU'ORGANE</b>	66
<b>§ 1 Dirigeant</b>	66
<b>A Dirigeant de droit</b>	67
<b>B Dirigeant de fait</b>	67
1. Fondement de l'action	67
2. Conséquences	68

a) Personne morale dirigeant de fait d'une SARL ?	68
b) Faute détachable ?	68
c) Action sociale ut singuli ?	68
d) Responsabilité civile sans dirigeant de fait	69
§ 2 Immixtion	69
§ 3 Rupture du lien de causalité	70
§ 4 Abus de majorité	71
<b>SOUS-SECTION 2 RESPONSABILITE EN VERTU D'UNE UNITE RECONSTITUEE</b>	71
§ 1 Société Fictive et Confusion de patrimoines	71
§ 2 Apparence	72
§ 3 Société créée de fait	72
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE</b>	73
<b>ESSAI DE SYSTEMATISATION EN GUISE DE CONCLUSION GENERALE</b>	74
<b>ANNEXE Paragraphes essentiels de l'Aktiengesetz et du GmbH-Gesetz</b>	76
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	88

## INTRODUCTION

Les groupes de sociétés constituent aujourd'hui la forme la plus prisée de la vie économique.<sup>1</sup> Non seulement les avantages structurelles de ce mode d'organisation, mais aussi la limitation de responsabilité dont bénéficient les différentes sociétés qui en font partie sont à l'origine de ce succès. Cette limitation de responsabilité permet en effet une limitation des risques au sein du groupe, puisque chaque société répond uniquement de ses dettes propres et non de celles des autres sociétés.

Dans certaines situations, il peut cependant sembler nécessaire de passer outre cette limitation de responsabilité. En effet, le modèle du législateur en matière de droit des sociétés est l'entreprise indépendante, au sein de laquelle les objectifs du petit associé coïncident avec les objectifs de la société, qui coïncident à leur tour avec les intérêts des créanciers.

Or, lorsqu'un associé majoritaire poursuit des activités commerciales en dehors de la société, il peut être tenté d'user de son influence au détriment de la société dominée pour favoriser ses autres activités commerciales. Il n'y a donc plus convergence des intérêts mais au contraire conflit d'intérêts. Une telle situation est source de dangers pour les créanciers de la société dominée, mais aussi pour les associés minoritaires ainsi que pour la société dominée elle-même.

Dans un tel cas, l'associé dominant ne saurait s'abriter derrière la limitation de responsabilité offerte par la forme sociétaire, et sa responsabilité doit au contraire pouvoir être engagée par les personnes dont les intérêts risquent d'être lésés.

Il s'agit là d'une problématique qui est commune à tous les ordres juridiques. Dès lors, notre étude poursuit un double objectif :

Le groupe de sociétés ayant pour vocation de dépasser les frontières et d'être multinational, il semble tout d'abord utile d'éclairer les participants sur les risques encourus en termes de responsabilité. Les règles du droit privé international conduisent en effet à retenir la loi de la société dominée pour régir la question de la responsabilité de son associé dominant.<sup>2</sup>

L'étude en parallèle du droit allemand et du droit français doit ensuite permettre de montrer les différentes démarches méthodologiques qui ont pu être adoptées pour faire face à cette question.

---

<sup>1</sup> En 2001, il y avait environ 9000 groupes en France (Merle, Droit commercial, Sociétés commerciales, Précis Dalloz, 2001, p.705)

<sup>2</sup> Staudinger, Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, 14. Auflage, Berlin 1994, p.102

Ne seront pas abordées ici les cas dans lesquels l'associé dominant assume de façon volontaire la responsabilité pour les dettes de la société dominée, notamment par le biais de lettres d'intention. L'étude se concentrera au contraire sur les cas où la responsabilité est encourue ipso iure.

Les deux premiers chapitres seront consacrés au droit allemand et feront apparaître la coexistence de deux démarches méthodologiques distinctes au sein d'un même ordre juridique. Ainsi, le premier chapitre portera sur la responsabilité de l'actionnaire dominant au sein du Aktiengesellschaftskonzern (groupe de SA), qui est entièrement régie par l'Aktiengesetz de 1965, tandis que le deuxième chapitre abordera la situation moins connue du GmbH-Konzern (groupe de SARL), où l'absence de législation spécifique a conduit à l'élaboration d'une réglementation hétérogène.

Le troisième chapitre sera consacré au droit français, qui ne distingue pas entre groupe de SA et groupe de SARL. Dès ce chapitre, on procèdera à quelques mises en perspectives avec le droit allemand.

Un essai de systématisation des différents systèmes de responsabilité sera alors présenté en guise de conclusion générale.

# **PREMIERE PARTIE RESPONSABILITE AU SEIN DU KONZERN**

## **CHAPITRE I AKTIENGESELLSCHAFTSKONZERN**

### **INTRODUCTION**

L'Aktengesetz de 1965 (AktG)<sup>3</sup> prévoit trois types de groupes<sup>4</sup> d'AG : il s'agit du groupe de fait (§§311 à 318), du groupe contractuel (§§ 291 à 310) et du groupe intégré (§§ 319 à 327)<sup>5</sup>.

En pratique, l'évolution d'un groupe se fait souvent par étapes, commençant par une prise de participation et un groupe de fait, passant par un groupe contractuel, pour aboutir enfin à un groupe intégré, voire dans certains cas à une fusion qui marque alors la fin du groupe.<sup>6</sup>

Pour la présentation de la responsabilité de l'actionnaire dominant dans les différents types de groupes, c'est cependant un ordre différent qui semble devoir être adopté en raison de la conception même de la législation sur les groupes : c'est en effet le groupe contractuel qui est au cœur de cette législation. Par conséquent, groupe intégré ainsi que groupe de fait ne se comprennent qu'à la lumière du groupe contractuel, le premier pouvant être défini comme un groupe contractuel renforcé, tandis que le deuxième se caractérise justement par l'absence de contrat de domination.

Ainsi, une première section intitulée « groupe de droit », qui exposera successivement groupe contractuel ainsi que groupe intégré, précèdera une deuxième section consacrée au « groupe de fait »

### **SECTION 1 GROUPE DE DROIT**

Le groupe de droit est un terme générique qui englobe deux réalités distinctes : d'une part le groupe contractuel, qui résulte de la conclusion d'un contrat de domination, d'autre part le groupe intégré, qui résulte d'une décision unilatérale.

---

<sup>3</sup> Les paragraphes cités dans le texte sont reproduits in extenso dans l'annexe.

<sup>4</sup> Par souci de simplicité, on utilisera le terme de « groupe » non seulement pour traduire le terme générique de « verbundene Unternehmen » (§ 15 AktG), mais aussi pour traduire le terme de « Konzern » (§17AktG), qui constitue la forme majeure des « verbundene Unternehmen ».

<sup>5</sup> Ces deux derniers groupes peuvent être regroupés sous le terme de « groupe de droit », par opposition au groupe de fait.

<sup>6</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, Konzernrecht, 7. Auflage, C.H.Beck München, 2001, p.158; La plupart des groupes restent cependant au stade du groupe de fait : ainsi, en 1996, la plupart des groupes étaient des groupes de fait, seul 15% des groupes ayant conclu un contrat de domination (Eschenbruch, Konzernhaftung, Düsseldorf, 1996, p.162)

## **SOUS-SECTION 1 GROUPE CONTRACTUEL (VERTRAGSKONZERN)**

L'exercice du pouvoir de domination (Leitungsmacht) qui résulte du contrat de domination peut seulement être admis dans la mesure où les intérêts de la société dominée, de ses actionnaires minoritaires ainsi que de ses créanciers sont garantis. Cette protection repose notamment sur une double responsabilité de l'actionnaire majoritaire : une responsabilité de structure (Strukturhaftung), visant au maintien du patrimoine social de la société dominée d'une part<sup>7</sup>, et une responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung), visant à sanctionner une mauvaise utilisation du pouvoir de domination d'autre part.<sup>8</sup>

### **§ 1 Une responsabilité de structure**

Cette responsabilité de structure revêt des formes différentes selon le moment auquel on se place : *pendant la durée* du contrat de domination ou de transfert de bénéfices (Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag), l'actionnaire dominant est tenu de compenser les pertes annuelles (Verlustausgleichspflicht), alors qu'il lui incombe de fournir des garanties (Sicherheitsleistung) *à la fin du contrat*.

#### **A. Obligation de compenser les pertes (Verlustausgleichspflicht)**

Le § 302 Abs. 1 AktG prévoit qu'en présence d'un contrat de domination ou de transfert de bénéfices, l'actionnaire dominant est tenu de compenser les pertes annuelles de la société dominée dans la mesure où celles-ci ne sont pas couvertes par des réserves constituées pendant la durée du contrat.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Le champ d'application de cette responsabilité de structure est plus large que celui de la responsabilité de comportement dont il sera question au §2. En effet, elle n'est pas conditionnée par l'existence d'un contrat de domination (Beherrschungsvertrag), mais s'applique également en présence d'un contrat de transfert de bénéfices (Gewinnabführungsvertrag).

<sup>8</sup> Le législateur a prévu un système de protection qui repose sur trois piliers : la protection du capital social existant au moment de la conclusion du contrat (§§ 300 à 303 AktG), une indemnisation et un droit de retrait au profit des minoritaires (§§ 304 à 307 AktG) ainsi qu'une responsabilité pour une utilisation abusive du pouvoir de domination (§ 308 à 310 AktG).

La responsabilité de structure (§302 et 303 AktG) est au cœur du premier dispositif, qui prévoit en outre le montant des réserves à constituer (§ 300 AktG) ainsi que le montant maximal des bénéfices pouvant faire l'objet d'un transfert (§301 AktG). La responsabilité de comportement correspond au troisième dispositif. Quant au deuxième dispositif, l'indemnisation des minoritaires peut également s'analyser comme une sorte de responsabilité de structure. La plupart des auteurs traite cependant cet aspect là dans le cadre de la protection des minoritaires et non dans le cadre de la responsabilité de l'actionnaire majoritaire. Ainsi, nous nous limitons ici au premier et au troisième dispositif.

<sup>9</sup> § 302 Abs.1 AktG „Besteht ein Beherrschungs -oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.“

Ainsi, à condition que l'actionnaire dominant soit solvable, une éventuelle insolvabilité de la société dominée peut être exclue dans la mesure où ses pertes seront compensées par l'actionnaire dominant à la clôture de chaque exercice.<sup>10</sup>

Au lieu d'une obligation de réparer chaque préjudice individuel, le législateur instaure ainsi une obligation de compensation globale qui entraîne un transfert du risque économique de la société dominée sur l'actionnaire dominant.<sup>11</sup>

### **1. Le fondement**

Deux raisons principales permettent de justifier cette obligation de compenser les pertes annuelles.

L'obligation de compenser les pertes annuelles peut tout d'abord être considérée comme étant la contrepartie des pouvoirs et des droits accordés à l'actionnaire dominant.<sup>12</sup>

L'obligation de compenser les pertes annuelles constitue ensuite un substitut des règles visant au maintien du capital social (Kapitalerhaltungsregeln), figurant aux §§57, 58 et 60 AktG, et dont l'efficacité est limitée en présence d'un contrat de domination ou de transfert de bénéfices.<sup>13</sup>

De façon plus générale, certains auteurs rapprochent cette disposition de la gestion des affaires d'autrui (negotiorum gestio) prévue au § 670 BGB<sup>14</sup>, qui entraîne pour celui dont l'affaire est gérée (en l'espèce l'actionnaire dominant) l'obligation d'indemniser le gérant (en l'espèce la société dominée qui à compter du contrat de domination ou de transfert de bénéfices doit être considérée comme agissant dans l'intérêt de l'actionnaire dominant).<sup>15</sup>

### **2. Périmètre des sociétés concernées**

Dans un groupe à plusieurs degrés (mehrstufiger Konzern), la société dominée (Tochtergesellschaft) domine elle-même une (ou plusieurs) autre(s) sociétés (Enkelgesellschaft(en)) sur la/lesquelles l'actionnaire dominant peut exercer une influence indirecte. Se pose alors la question si, nonobstant l'absence d'un contrat entre l'actionnaire dominant et cette/ces société(s), il est néanmoins tenu de compenser les pertes annuelles par

---

<sup>10</sup>Emmerich, Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2.Auflage, 2001,p.291

<sup>11</sup>Lutter, Holding-Handbuch, 2000, p.247

<sup>12</sup>Begründung zum Regierungsentwurf bei Kropff, Aktiengesetz, 1965, p.391 "Wer die Geschicke der Gesellschaft bestimmen kann oder ihren ganzen Gewinn erhält, muß auch für Verluste einstehen"

<sup>13</sup>§291 Abs.3 AktG „Leistungen der Gesellschaft aufgrund eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrages gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60“ „ Des paiements de la société en vertu d'un contrat de domination ou de transfert de bénéfices ne sont pas considérés comme contraires aux §§ 57, 58 et 60"

<sup>14</sup>Code civil allemand

<sup>15</sup>Altmeppen in Münchner Kommentar, 2.Auflage, 2000, p.546

analogie avec le §302 AktG en raison de l'influence qu'il peut exercer à travers la société dominée (Tochtergesellschaft) sur la société que celle-ci domine (Enkelgesellschaft).

Deux hypothèses doivent être distinguées :<sup>16</sup>

*a) Seule société dominée (Tochtergesellschaft) et la société qu'elle domine (Enkelgesellschaft) sont liées par un contrat*

La doctrine majoritaire refuse une extension des dispositions du § 302 AktG au rapport entre actionnaire dominant et « Enkelgesellschaft ». La raison de ce refus semble résider dans l'applicabilité des dispositions des §§ 311 ss. AktG<sup>17</sup> aux rapports entre actionnaire dominant et société dominée, qui protégerait de façon suffisante la société dominée (Tochtergesellschaft) et partant la société par elle dominée.<sup>18</sup>

*b) Non seulement la société dominée (Tochtergesellschaft) et la société qu'elle domine (Enkelgesellschaft), mais aussi la société dominée et l'actionnaire dominant sont liés par un contrat (Durchlaufende Beherrschungs-oder Gewinnabführungsverträge)*

La doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une application par analogie du § 302 AktG entre actionnaire dominant et « Enkelgesellschaft », en ce qu'une domination dans les faits serait suffisante pour fonder l'obligation de compensation des pertes.<sup>19</sup>

Un autre auteur défend la thèse contraire, sans donner de raison.<sup>20</sup> Il nous semble que cette position est la bonne, pour la raison suivante : Dans une telle chaîne de contrats (Durchlaufende Beherrschungs-oder Gewinnabführungsverträge), la société dominée est tenue de compenser les pertes de la société par elle-même dominée. Or, seule l'insolvabilité de la société dominée pourrait nécessiter la recherche d'un débiteur supplémentaire de l'obligation de compenser les pertes. Or, une telle insolvabilité de la société dominée est exclue dans la mesure où elle-même est créancière d'une obligation de compensation des pertes à l'égard de l'actionnaire dominant. Ainsi, la société dominée sera en principe à même d'assumer l'obligation de compenser les pertes de la société qu'elle domine, sauf insolvabilité de l'actionnaire dominant. Mais dans cette hypothèse, qu'il ait une obligation à l'égard de la « Enkelgesellschaft » ou non, sa responsabilité sera recherchée en vain.

---

<sup>16</sup> La question ne se pose pas si la Enkelgesellschaft n'est pas partie à un contrat avec la Tochtergesellschaft.

<sup>17</sup> Pour le fonctionnement du mécanisme instauré par les §§ 311ss. AktG, voir section 2

<sup>18</sup> Pentz, Rechtsstellung der Enkel-AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung, p.49

<sup>19</sup> Pentz, ibidem ; S.Görling, Die Konzernhaftung in mehrstufigen Unternehmensverbindungen, 1998, p.122ss.; Cette thèse est proche de l'idée qui soutient le concept du « groupe de fait qualifié »: l'exercice d'un pouvoir de domination dans les faits entraîne l'application des § 302 et 303 AktG (cf. chapitre II, section 2, § 1)

<sup>20</sup> Altmeppen, in Münchener Kommentar, 2.Auflage, München, C.H.Beck, 2000, §302, p.564

### **3.Montant**

L'actionnaire dominant est tenu de compenser les pertes annuelles que la société dominée aurait dû supporter en l'absence d'obligation de compensation<sup>21</sup>, à l'exception des pertes couvertes par des réserves (Gewinnrücklagen) constituées après la conclusion du contrat.<sup>22</sup>

Ces pertes sont déterminées à l'aide d'un bilan provisoire. Le danger d'une influence de l'actionnaire sur l'établissement du bilan provisoire afin de diminuer le montant à compenser est pallié par un contrôle de conformité de la comptabilité.<sup>23</sup>

L'obligation s'étend à toutes les pertes, quelque soit leur origine. L'actionnaire dominant ne saurait s'exonérer en démontrant qu'elles ne sont pas dues à son intervention.<sup>24</sup> Le risque économique de la société dominée pèse ainsi entièrement sur l'actionnaire dominant.

### **4. Bénéficiaire**

Le bénéficiaire de l'obligation de compensation des pertes annuelles (Verlustausgleichspflicht) est la société dominée, qui doit faire valoir ses droits à la fin de l'exercice.

En cas d'inaction de la société dominée, les actionnaires minoritaires ne disposent d'aucune action expressément prévue. La doctrine majoritaire considère cependant qu'ils peuvent agir par analogie avec les §§ 309 Abs.4 S.1 et S.2 ainsi que §317 Abs.4 AktG.<sup>25</sup>

Quant aux créanciers, ils ne disposent d'aucune action directe. Ils peuvent cependant procéder à la saisie des droits de la société dominée à l'encontre de l'actionnaire dominant.<sup>26</sup>

### **B. Obligation de constituer des garanties (Sicherheitsleistung)**

Le § 303 AktG met à la charge de l'actionnaire dominant l'obligation de constituer des garanties au profit des créanciers de la société dominée à la fin du contrat de domination ou de transfert de bénéfices.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> § 302 AktG « sonst entstehender Jahresfehlbetrag »

<sup>22</sup> Dans le groupe intégré, l'obligation de compensation est plus limitée. (cf. Sous-section 2, § 1B)

<sup>23</sup> voir l'arrêt fondateur du BGH in BGHZ 142,382 (385ss.) = NJW 2000, 210=JuS 200,382 n°12

<sup>24</sup> BGHZ 116, 37 (41ss.) =NJW 1992, 505 = JuS, 437 n°9 arrêt « Stromlieferung »

<sup>25</sup> voir notamment Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.296; Le §309 Abs.4 S.1 et S.2 AktG prévoit une action des actionnaires minoritaires pour faire valoir les droits de la société dominée lorsque dans un groupe contractuel l'actionnaire dominant a dépassé ses pouvoirs (Weisungsbefugnis) . Le § 317 Abs.4 AktG, applicable à l'action en responsabilité dans un groupe de fait, renvoie au § 309 Abs.4 AktG.

<sup>26</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack,, op.cit., p.296; La saisie intervient sur le fondement des §§ 829, 835 ZPO (code de procédure civile)

<sup>27</sup> § 303 AktG « Endet ein Beherrschungs-oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft...Sicherheit zu leisten »

## 1. Fondement

A la fin du contrat, l'obligation de compenser les pertes annuelles du § 302 AktG prend également fin<sup>28</sup>, de sorte que c'est à nouveau le seul capital social de la société dominée qui répond de ses dettes.

Or, la viabilité de la société dominée après la fin du contrat n'est nullement garantie. Car si le respect des dispositions du § 302 AktG permet de garantir la solvabilité de la société dominée pendant la durée du contrat, il ne garantit pas pour autant que la société dominée, agissant seule une fois le contrat terminé, pourra encore affronter la concurrence et maintenir sa solvabilité.<sup>29</sup>

Le § 303 AktG a ainsi pour fonction de combler cette lacune dans la protection des créanciers.

## 2. Périmètre des sociétés concernées

Lorsque la société dominée (Tochtergesellschaft) domine elle-même une autre société (Enkelgesellschaft), la question d'une extension de l'obligation de fournir des garanties à l'actionnaire dominant à la fin d'un contrat entre la société dominée (Tochtergesellschaft) et la société par elle-même dominée (Enkelgesellschaft) se pose dans les mêmes termes que concernant l'obligation de compenser les pertes annuelles.

A nouveau il convient de distinguer deux hypothèses :

*a) Seule société dominée (Tochtergesellschaft) et la société qu'elle domine (Enkelgesellschaft) sont liées par un contrat*

Une extension de l'obligation est exclue, tout comme pour l'obligation de compenser les pertes annuelles.

*b) Non seulement la société dominée (Tochtergesellschaft) et la société qu'elle domine (Enkelgesellschaft), mais aussi la société dominée et l'actionnaire dominant sont liés par un contrat (Durchlaufende Beherrschungs-oder Gewinnabführungsverträge)*

Il convient de distinguer deux sous-hypothèses :

*(1) Fin du contrat entre société dominée et société qu'elle domine*

La doctrine n'envisage pas cette hypothèse. Une extension semble cependant exclue pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus à propos de l'obligation de compenser les pertes

---

<sup>28</sup> § 302 « Besteht ein Beherrschungs-oder ein Gewinnabführungsvertrag... »

<sup>29</sup> Altmeppen, op.cit., p.566 ;Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op. cit.,p.281 et 297; Le grand public a pu prendre conscience de ce problème début 1997, lorsqu'après la fin du contrat avec Philipps, Grundig était à nouveau seul, avec tous les risques en résultant pour sa survie. En 2000, on a pu observer la même chose à propos de BMW et Rover.

annuelles : la société dominée continue à bénéficier du § 302 AktG à l'égard de l'actionnaire dominant. Ainsi, sauf en cas d'insolvabilité de celui-ci, elle sera à même de satisfaire à l'obligation de constituer des garanties.

#### *(2) Fin du contrat entre actionnaire dominant et société dominée*

Se pose alors la question si les créanciers de la « Enkelgesellschaft » peuvent exiger la constitution de garanties de la part de l'actionnaire dominant. La doctrine est cette fois-ci unanime pour exclure une extension de l'obligation de fournir des garanties.<sup>30</sup>

Il est vrai que les créanciers de la « Enkelgesellschaft » sont indirectement concernées dans la mesure où la « Tochtergesellschaft », cocontractant de la « Enkelgesellschaft », ne bénéficiera plus du § 302 AktG. Mais cet impact indirect ne saurait suffire pour justifier l'application du §303 AktG. Un raisonnement par l'absurde permet d'appuyer cette thèse : si l'on admettait l'application du §303 AktG, l'actionnaire dominant serait tenu de fournir des garanties aux créanciers de toutes les sociétés du groupe lorsqu'un contrat avec l'une d'elles se termine.<sup>31</sup>

### **3. Montant**

L'actionnaire dominant doit constituer une garantie pour toutes les créances certaines (begründet) avant la publication de la fin du contrat au registre du commerce et des sociétés (Handelsregister).<sup>32</sup>

### **4. Garantie ou paiement ?**

La simple constitution de garanties est dépourvue de sens lorsqu'il est certain que la société dominée ne pourra honorer ses engagements. Par analogie avec le § 322 AktG<sup>33</sup>, l'obligation de constituer des garanties se transforme alors en obligation de désintéresser les créanciers (Ausfallhaftung). Cette « Ausfallhaftung » est cependant limitée au cas où il n'y a pas de redressement possible, ou lorsqu'il est certain que les créances faisant l'objet de l'obligation de garantie ne seront pas honorées dans le cadre du redressement.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Altmeppen, op.cit.,p.572, note 66 qui cite plusieurs auteurs en ce sens; Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit. p.298, qui disent que « la question est ouverte » ; Aucun auteur ne défend la thèse contraire.

<sup>31</sup> Altmeppen, op.cit., p.573; L'auteur évoque cependant une autre question qui selon lui n'a pas été suffisamment prise en compte : il s'agit du fait de savoir si la « Enkelgesellschaft » elle-même peut, en vertu de ses propres droits à l'égard de la « Tochtergesellschaft » qu'elle tient du § 302 AktG, exiger la constitution de garanties par l'actionnaire dominant. L'auteur se prononce en faveur de la reconnaissance d'un tel droit.

<sup>32</sup> §303 AktG « ...Forderungen die begründet sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrages in das Handelsregister...als bekanntgemacht gilt. »

<sup>33</sup> Ce paragraphe, qui s'applique au groupe intégré, fonde une responsabilité solidaire de l'actionnaire dominant pour toutes obligations de la société intégrée. Cf. section 1, sous-section 2

<sup>34</sup> Cette application par analogie du § 322 AktG résulte de la jurisprudence du BGH concernant le « groupe de fait qualifié » de GmbH, qui entraîne l'application des §§ 302 et 303 AktG. voir BGHZ 95, 330 (347) =NJW 1986,188=JuS 1986, 236n°12 Autokran. La doctrine se prononce majoritairement pour une transposition de cette

## 5. Bénéficiaire

Bénéficiaire de cette obligation de constituer des garanties tous les créanciers de la société dominée, à l'exception de ceux dont la créance bénéficie déjà d'une garantie suffisante.<sup>35</sup>

Les créanciers sont tenus de faire valoir leurs droits dans un délai de six mois à compter de la publication de la fin du contrat au registre du commerce et des sociétés (Handelsregister).<sup>36</sup>

### § 2 Une responsabilité de comportement

A la différence de la responsabilité de structure, la responsabilité de comportement est uniquement susceptible de s'appliquer en présence d'un contrat de domination. Cette responsabilité prévue au § 309 AktG sanctionne une utilisation abusive du pouvoir de donner des directives (Weisungsbefugnis) qui est défini par le § 308 AktG.

#### A. Pouvoir de donner des directives (Weisungsbefugnis)

La directive (Weisung) constitue aux yeux du législateur le moyen privilégié d'une domination uniforme (einheitliche Leitung) de la société dominée.<sup>37</sup> Constitue une telle directive tout ordre donné par l'actionnaire dominant au directoire (Vorstand) de la société dominée et qui lie ce dernier. De simples propositions ou avis ne sont pas concernés.<sup>38</sup>

#### 1. Périmètre des sociétés concernées

Pour être investi du pouvoir de donner des directives, il faut être directement partie à un contrat de domination. Cette règle vaut même au sein d'un groupe à plusieurs degrés (mehrstufiger Konzern), lorsque non seulement actionnaire dominant et société dominée, mais aussi la société dominée (Tochtergesellschaft) et la société qu'elle domine (Enkelgesellschaft) sont liées par un contrat de domination. L'actionnaire dominant ne possède dans ce cas aucun pouvoir formel de donner des directives à la

---

solution au groupe contractuel d'AG. Pour une critique de cette « Ausfallhaftung » voir Altmeyden, op.cit., p.574

<sup>35</sup> §303 Abs.2 AktG « Das Recht, Sicherheit zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist. »

<sup>36</sup> §303 Abs. 1AktG « Gläubiger...die sich binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. »

<sup>37</sup> Outre la directive donnée directement au directoire de la société dominée (Weisung), d'autres moyens permettent à l'actionnaire dominant d'assurer une domination uniforme. Il s'agit *premièrement* de double-mandats (Vorstandsdoppelmandate), c'est à dire de l'hypothèse dans laquelle les directoires de l'actionnaire dominant et de la société dominée sont composés des mêmes personnes. On peut alors présumer l'existence de « directives » à l'attention de la société dominée qui suivra les décisions de son directoire. Il s'agit *deuxièmement* d'une influence exercée à travers le conseil de surveillance ou l'assemblée générale de la société dominée, qui sera plus difficilement qualifiée de directive (voir Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit.,p.363) Sur l'applicabilité des § 308 et 309 AktG dans ces cas voir §2 B

« Enkelgesellschaft ». <sup>39</sup> Il peut uniquement donner des directives à la société dominée afin que celle-ci donne elle-même des directives à la société qu'elle domine. <sup>40</sup>

## **2. Contenu**

Le contenu du pouvoir de donner des directives résulte principalement du contrat de domination. A titre supplétif, le § 308 Abs.1 AktG prévoit que l'actionnaire dominant peut même donner des directives qui sont préjudiciables (nachteilig) <sup>41</sup> pour la société dominée, dès lors qu'elles servent l'intérêt de l'actionnaire dominant ou d'une autre société du groupe. <sup>42</sup>

## **3. Limites**

### **a) Objet social de la société dominée**

Des limites au pouvoir de donner des directives peuvent tout d'abord résulter de l'objet social de la société tel qu'il est défini dans les statuts. Etant donné que seule l'assemblée générale est compétente pour modifier les statuts <sup>43</sup>, le directoire ne pourra suivre des directives l'incitant à exercer des activités en dehors de l'objet social ou qui auraient pour conséquence de rendre son accomplissement impossible. <sup>44</sup>

### **b) Survie de la société dominée**

La doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une limitation du pouvoir de donner des directives (Weisungsbefugnis) de l'actionnaire dominant par l'exigence de garantir la survie de la société dominée, non seulement pendant la durée du contrat mais aussi au delà. <sup>45</sup>

L'argument principal en ce sens constitue l'intention du législateur de garantir la survie de la société dominée qui apparaît clairement à travers des dispositions des §§ 302 et 303 AktG. Dit autrement, l'intérêt du groupe, quel qu'il soit, ne saurait justifier le sacrifice de certains de ses membres. <sup>46</sup>

---

<sup>38</sup> Altmeyden, op.cit., p.694, selon qui cette analyse résulte de la rédaction du § 308 AktG qui parle d'une „obligation“ (Verpflichtung) de suivre les ordres de l'actionnaire dominant

<sup>39</sup> Pentz, op.cit., p.114

<sup>40</sup> Pour la question de la responsabilité dans cette hypothèse, voir B 1.

<sup>41</sup> Le terme de préjudiciable (nachteilig) a la même signification que dans les §§ 311 et 317 Abs.2 AktG et se définit ainsi comme « une mesure qu'un « bon dirigeant de famille » qui ne prend en considération que l'intérêt de sa société n'aurait pas prise » (cf. section 2)

<sup>42</sup> §308 Abs.1 AktG « Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen.

<sup>43</sup> § 179 Abs.1 AktG « Jede Satzungsänderung bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung »

<sup>44</sup> Eschenbruch, op.cit., p.196

<sup>45</sup> voir notamment Eschenbruch, op.cit., p.198; Hüffer, Aktiengesetz, C.H.Beck 2002, p.1445; pour la thèse contraire voir l'opinion isolée de Koppensteiner, in Kölner Kommentar, 2.Auflage 1987, § 308

## **B. Directive fait générateur <sup>47</sup>**

Le pouvoir de donner des directives du § 308 AktG a pour conséquence qu'à la direction de la société par son directoire (Vorstand) se substitue une direction par l'actionnaire dominant et ses organes. Parallèlement, le § 309 Abs.1 AktG<sup>48</sup> met à la charge des organes de l'actionnaire dominant ( et à la charge de l'actionnaire dominant lui-même) l'obligation d'agir comme « un bon dirigeant de famille » (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer)<sup>49</sup>, et le § 309 Abs.2 AktG prévoit la responsabilité en cas de manquement à leurs obligations.<sup>50</sup>

### **1.Périmètre des sociétés concernées**

Dans un groupe à plusieurs degrés, si la détermination des sociétés concernées ne soulève aucune difficulté majeure quant au pouvoir de donner des directives, elle est d'autant plus difficile quant à la responsabilité.

#### *a) Contrat entre actionnaire dominant et « Einzelgesellschaft »*

En effet, la seule hypothèse qui ne soulève aucune difficulté est la situation dans laquelle actionnaire majoritaire et « Einzelgesellschaft » sont liées par un contrat de domination, puisque dans ce cas pouvoir de donner des directives et responsabilité coïncident.<sup>51</sup>

#### *b) Contrat entre actionnaire dominant et « Tochtergesellschaft » ainsi qu'entre « Tochtergesellschaft » et « Einzelgesellschaft » (durchlaufende Beherrschungsverträge)*

Dans cette hypothèse, l'actionnaire dominant ne dispose pas directement du pouvoir de donner des directives à la « Einzelgesellschaft », mais il peut donner des directives à la « Tochtergesellschaft » afin que celle-ci donne des directives à la « Einzelgesellschaft ». Dans ce cas, la responsabilité de l'actionnaire dominant s'ajoute à celle de la « Tochtergesellschaft ».<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.370

<sup>47</sup> Le § 309 AktG comporte les volets suivants :

Abs. 1 met à la charge des représentants de l'actionnaire dominant l'obligation de se comporter comme un bon dirigeant de famille

Abs. 2 prévoit la responsabilité des représentants en cas de violation de leurs obligations

Abs.3-5 prévoient les modalités de l'action en responsabilité

<sup>48</sup> Malgré sa place centrale dans le système législatif de responsabilité, la portée pratique du §309 semble minime. Ainsi, aucune décision d'application n'est connue à ce jour. Les raisons de cette évolution sont inconnues. (voir Kropff, in Festschrift für Bezenberger, Der konzernrechtliche Ersatzanspruch, ein zahnloser Tiger ?, p.236ss.) Selon Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.374 cette évolution pourrait être due à la difficile preuve du préjudice de la société dominée et du lien de causalité entre préjudice et directive.

<sup>49</sup> Cette obligation fait écho à celle qui pèse sur le directoire (Vorstand) d'une société indépendante en vertu du § 93 AktG.

<sup>50</sup> Nous verrons que les obligations dont le non-respect est susceptible d'une sanction sont plus larges que celle définie à l'Abs.1.

<sup>51</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.374

c) *Contrat entre « Tochtergesellschaft » et « Einzelgesellschaft »*

Dans ce cas, la responsabilité de l'actionnaire dominant à l'égard de la « Einzelgesellschaft » se fonde sur les règles relatives au groupe de fait.<sup>53</sup>

d) *Contrat entre actionnaire dominant et « Tochtergesellschaft »*

La responsabilité de l'actionnaire dominant est ici également régie par les règles relatives au groupe de fait.<sup>54</sup>

## **2. Personnes responsables<sup>55</sup>**

Outre les organes de l'actionnaire dominant, l'actionnaire dominant peut lui-même être responsable.

### **a) Organes de l'actionnaire dominant**

Le § 309 prévoit uniquement la responsabilité des organes de l'actionnaire dominant.<sup>56</sup>

### **b) Actionnaire dominant**

Le § 309 ne prévoit pas directement la responsabilité de l'actionnaire dominant lui-même. Le législateur avait justifié cette absence d'une responsabilité spécifique par le fait que l'actionnaire dominant répondait déjà des directives fautives sur le « fondement des principes de droit commun en vertu du contrat ».<sup>57</sup>

Or, si au vu des travaux législatifs il apparaît que la responsabilité de l'actionnaire dominant pourra être engagée, le fondement précis de cette responsabilité est discutée en doctrine. Certains auteurs proposent une application par analogie du § 309<sup>58</sup>, d'autres une application du § 309 en liaison avec le § 31 BGB<sup>59</sup>, d'autres enfin une responsabilité pour violation des obligations contractuelles.<sup>60</sup>

En faveur des deux premières solutions, qui rattachent la responsabilité de l'actionnaire dominant au § 309 AktG, plaide le fait que les dispositions qui prévoient les modalités de l'action en responsabilité contre les organes de l'actionnaire dominant s'appliquent -selon

---

<sup>52</sup> Pentz, op.cit., p.151

<sup>53</sup> Pentz, op.cit., p.151

<sup>54</sup> Pentz, op.cit., p.151

<sup>55</sup> Le directoire (Vorstand) de la société dominée ainsi que son conseil de surveillance (Aufsichtsrat) sont solidairement responsables dans les conditions du § 310 AktG, et notamment lorsque des directives non légitimes ont été suivies, par exemple des directives préjudiciables pour la société dominée et qui ne sont pas justifiées par l'intérêt de l'actionnaire dominant ou d'une autre société du groupe.

<sup>56</sup> § 309 AktG « Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens »

<sup>57</sup> Begründung zum Regierungsentwurf bei Kropff, AktG, 1965 p.404 « Das herrschende Unternehmen haftet nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufgrund des Vertrags; eine besondere aktienrechtliche Regelung ist daher nicht erforderlich. »

<sup>58</sup> Ulmer, Festschrift für Stimpel, 1985, p.705 et 712; l'actionnaire dominant serait ainsi considéré comme un organe de la société dominée (« ein Fall ungeschriebener Organhaftung »)

<sup>59</sup> § 31 BGB (code civil allemand) prévoit que le comportement des organes d'une personne morale lui est imputable

<sup>60</sup> Altmepfen, op.cit., p.751; Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.377

l'opinion unanime- également à l'action contre l'actionnaire dominant. Ainsi, par souci d'homogénéité, il serait opportun de chercher aussi le fondement de la responsabilité de l'actionnaire dominant dans ce paragraphe.<sup>61</sup>

En faveur du fondement contractuel de la responsabilité plaide le fait que les travaux préparatoires avaient précisément renvoyé au droit commun.<sup>62</sup>

La portée pratique de cette controverse est cependant limitée dans la mesure où, quelque soit le fondement retenu, l'actionnaire dominant sera responsable dès lors que les conditions du §309 AktG sont réunies à l'encontre de ses organes, et l'action suivra le régime du § 309 AktG comme il a été dit plus haut.<sup>63</sup>

### 3. Faute

#### a) Directive directe ou indirecte

Le § 309 Abs.1 AktG met à la charge des organes de l'actionnaire dominant l'obligation de se comporter comme un « bon dirigeant de famille »<sup>64</sup> lorsqu'ils donnent des directives au directoire de la société dominée.

Quid alors de la responsabilité lorsque l'influence sur la société dominée n'est pas exercée par le biais de directives mais par d'autres voies ?

S'agissant de l'existence de doubles-mandats, c'est à dire de l'hypothèse dans laquelle les *directoires* de l'actionnaire dominant et de la société dominée sont composées des mêmes personnes, la doctrine admet majoritairement la présomption d'une directive au sens du §308 AktG et partant une responsabilité sur le fondement du §309 AktG.<sup>65</sup>

S'agissant de la participation de représentants légaux de l'actionnaire dominant au *conseil de surveillance* ou à *l'assemblée générale* de la société dominée, la doctrine majoritaire semble refuser la présomption d'une directive qui par essence s'adresse au directoire de la société dominée et non pas à d'autres organes.<sup>66</sup> Le BGH s'est prononcé dans le même sens.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Hüffer, op.cit., p.1455

<sup>62</sup> Altmeyden, op.cit., p.751; Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.377

<sup>63</sup> Les auteurs ne se prononcent pas sur le rapport entre la responsabilité des organes et de l'actionnaire dominant lui-même. En l'absence de toute remarque sur une éventuelle subsidiarité de l'une par rapport à l'autre et étant donné que la responsabilité peut être engagée dans les deux cas dans les mêmes conditions, il semblerait qu'il s'agisse d'une responsabilité solidaire.

<sup>64</sup> §309 Abs.1 AktG « ...die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters »

<sup>65</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.377; Koppensteiner, in Kölner Kommentar, 2.Auflage 1987, Rn 27; Eschenbruch, op.cit., p.191 qui parle dans ce cas d'une « directive globale » (Globalweisung)

contra Altmeyden, op.cit., p.752, qui admet dans cette hypothèse une responsabilité de l'actionnaire majoritaire mais sur un fondement différent: il s'agirait d'un acte préjudiciable d'un organe de l'actionnaire dominant que ce dernier a envoyé dans la société dominée et qui lui est imputable en vertu du § 31 BGB. Selon cette analyse, il n'y aurait pas lieu de présumer l'existence d'une directive.

<sup>66</sup> Voir notamment Eschenbruch, op.cit., p.191

Une telle analyse est cependant critiquable car purement formaliste et devrait être rejetée, ne serait ce que pour éviter que les dispositions des § 308 et 309 AktG ne soient contournées.<sup>68</sup>

#### **b) Manquement**

Deux sortes de directives peuvent constituer le fait générateur de la responsabilité :

Il s'agit *premièrement* de directives qui dépassent le cadre fixé au § 308 AktG.<sup>69</sup>

Il s'agit *deuxièmement* de directives qui témoignent d'une négligence (Sorgfaltswidrigkeit) au sens du § 309 Abs.1 AktG. Pour l'application du § 309 Abs.1 AktG, une liberté relativement grande (Ermessensspielraum) doit être accordée à l'auteur des directives en raison des incertitudes inhérentes à la vie économique.<sup>70</sup> Ainsi, seules des directives dépourvues de toute justification et contraires aux règles les plus élémentaires seront susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur.<sup>71</sup>

#### **4. Préjudice et lien de causalité**

Pour que la responsabilité de l'auteur des directives soit engagée, il faut enfin un préjudice ainsi qu'un lien de causalité entre directive et préjudice. La principale difficulté réside ici dans l'évaluation du préjudice.

*(1) Prise en compte de compensation des pertes et de transfert de bénéfices ?*

On peut se demander si pour chiffrer le préjudice, il y a lieu de prendre en compte les droits de la société dominée à l'égard de l'actionnaire dominant tels qu'ils résultent du § 302 AktG, ainsi que le montant maximal des bénéfices destinés à être transférés dans le cadre d'un contrat de transfert de bénéfices. En effet, le préjudice subi par la société dominée a pour conséquence une augmentation des pertes que l'actionnaire dominé est tenu de compenser ou une diminution des bénéfices susceptibles de faire l'objet d'un transfert.

Certains auteurs affirment alors que le préjudice de la société dominée serait inexistant.<sup>72</sup>

La majorité des auteurs pensent cependant qu'une telle analyse ne saurait être retenue dans la mesure où les auteurs du préjudice ne sauraient se prévaloir des avantages qui découlent du

---

<sup>67</sup>Le BGH dans sa décision « BuM/WestLB » (BGHZ 90, 381, 397ss.=NJW 1984, 1893) a refusé d'appliquer le § 309 AktG dans une situation où un membre du directoire de la société dominante faisait partie du conseil de surveillance de la société dominée.

<sup>68</sup> Voir en ce sens Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.363 et 367

<sup>69</sup> Une interprétation étroite de l'Abs.2 du § 309, qui consisterait à considérer que seules des directives contraires à l'obligation définie à l'Abs.1 du même paragraphe seraient sanctionnées par la responsabilité de leur auteur, serait contraire à la formule large employée à l'Abs.2 qui prévoit la responsabilité en cas de violation *des* obligations, et donc notamment de celles qui résultent du § 308. en ce sens Emmerich/Scholz/Habersack, Konzernrecht,op.cit., p.378

<sup>70</sup> Ce refus par les tribunaux d'opérer un contrôle étroit des décisions est comparable à la « business judgment rule » du droit américain.

<sup>71</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.379; Eschenbruch, op.cit., p.193/194

<sup>72</sup> Koppensteiner, in Kölner Kommentar, 2.Auflage 1987, Rdnr 14

contrat pour s'exonérer de leur responsabilité. Une telle exonération serait contraire à l'esprit du §309 (Normzweck), voire le viderait de toute portée.<sup>73</sup> En outre, le décalage dans le temps entre le droit à réparation résultant du § 309 AktG, qui naît dès la prise d'effet de la directive préjudiciable, et la compensation des pertes ou le transfert de bénéfices, qui n'ont lieu qu'en fin d'exercice, semble interdire cette analyse.<sup>74</sup>

#### *(2) Prise en compte d'avantages pour le groupe ? (Konzernvorteile)*

On peut aussi se demander si pour l'évaluation du préjudice subi par la société dominée, il n'y a pas lieu de prendre en compte les avantages que la directive a pu procurer au groupe entier et donc indirectement aussi à la société dominée. La réponse est relativement simple : soit la directive a été conforme au § 308 Abs.1 AktG, qui admet des directives préjudiciables pour une société dès lors qu'elle procurent un avantage aux autres sociétés du groupe, et il n'y a pas responsabilité au sens du § 309 Abs.2 AktG et donc pas non plus obligation de réparer un préjudice quelconque ; soit la directive n'est pas conforme au § 308 Abs.1 AktG, en ce qu'elle est préjudiciable à la société dominée sans procurer un avantage aux autres sociétés du groupe, et le préjudice doit alors faire l'objet d'une réparation intégrale.<sup>75</sup>

### **5. Titulaires de l'action en responsabilité**

#### **a) Société dominée**

L'Abs.3 du § 309 AktG prévoit tout d'abord la société dominée elle-même comme titulaire de l'action qui en vertu du § 78 Abs.1 AktG sera intentée par son directoire.<sup>76</sup>

#### **b) Actionnaires minoritaires**

L'Abs.4 S.1 du § 309 AktG prévoit ensuite la possibilité pour chaque actionnaire de faire valoir les droits de la société à l'égard de l'auteur de la directive. Cette *actio pro societate* ouverte à tout actionnaire quelque soit sa participation constitue une exception remarquable au § 147 AktG qui exige une décision de l'assemblée générale avec une majorité simple ou un groupe de minoritaires détenant ensemble au moins dix pourcent des droits de vote pour toute action au nom de la société. Cette exception s'explique par l'importante influence que l'actionnaire dominant exerce habituellement au sein de l'assemblée générale de la société.<sup>77</sup>

#### **c) Créanciers**

Témoignant d'un grand pragmatisme, le législateur a également ouvert l'action aux créanciers de la société, cependant seulement dans la mesure où la société dominée n'est pas à même

---

<sup>73</sup> Altmeppen, op.cit., p.741; Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.380;

<sup>74</sup> Hüffer, op.cit., p.1452

<sup>75</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p. 381; voir aussi Altmeppen op.cit., p.743ss., qui au terme d'une longue analyse arrive au même résultat

<sup>76</sup> § 78 Abs.1 AktG « Der Vorstand vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich »

d'honorer ses dettes.<sup>78</sup> Dans ce cas, l'auteur de la directive, au lieu d'indemniser la société, est tenu de désintéresser directement les créanciers.<sup>79</sup>

## **6. Responsabilité solidaire des organes de la société dominée**

Le § 310 AktG prévoit la responsabilité solidaire des organes de la société dominée lorsqu'ils auraient dû s'opposer à la directive.<sup>80</sup>

### **SOUS-SECTION 2 GROUPE INTEGRE (EINGLIEDERUNG)**

Le groupe intégré prévu aux § 319 ss. AktG réalise le lien le plus étroit qui puisse exister entre deux sociétés juridiquement distinctes. Il se caractérise d'une part par l'absence d'actionnaires minoritaires<sup>81</sup>, d'autre part par une protection renforcée des créanciers.<sup>82</sup>

On retrouve ici une responsabilité de structure comparable à celle exposée ci-dessus à propos du groupe contractuel ainsi qu'une responsabilité de comportement réglée en grande partie par le biais d'un renvoi aux dispositions applicables au groupe contractuel<sup>83</sup>. Mais c'est une responsabilité solidaire de l'actionnaire dominant pour toutes les obligations de la société dominée qui constitue la pierre angulaire du système de responsabilité.

#### **§1 Responsabilité de structure**

Comme pour le groupe contractuel, cette responsabilité de structure comporte deux volets mais qui s'articulent différemment, puisque l'obligation de constituer des garanties naît non pas à la fin mais au début de la relation entre actionnaire dominant et société dominée.

#### **A. Obligation de constituer des garanties (Sicherheitsleistung)**

Le § 321 Abs.1 AktG prévoit l'obligation de constituer des garanties pour les créances qui existent à l'égard de la société dominée au moment de la publication de l'intégration au

---

<sup>77</sup> Begründung zum Regierungsentwurf, in Kropff, Aktiengesetz1965, p.405

<sup>78</sup> §309 Abs.4 S.3 AktG « Der Ersatzanspruch kann ferner von Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. »

<sup>79</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit.,p.383

<sup>80</sup> § 310 AktG « Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft haften...gesamtschuldnerisch... »

<sup>81</sup> Le groupe intégré peut être constitué de deux façons : premièrement par l'intégration d'une société détenue à 100% (§ 319 AktG). Dans cette hypothèse le groupe intégré est d'emblée caractérisé par l'absence de minoritaires. Deuxièmement par une décision majoritaire de l'assemblée générale d'une société détenue à 95% (§ 320 AktG ). Dans cette hypothèse le § 320a AktG prévoit l'exclusion des minoritaires dès la prise d'effet de l'intégration.

<sup>82</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.149

<sup>83</sup> Ainsi, les développements concernant responsabilité de structure et responsabilité de comportement montreront surtout les différences par rapport au groupe contractuel.

registre du commerce et des sociétés (Handelsregister). La société dominée<sup>84</sup> et l'actionnaire dominant<sup>85</sup> répondent solidairement de cette obligation.

### **1. Fondement**

Le fondement de cette obligation de garantie est semblable à celui de l'obligation de constituer des garanties en fin de contrat. Or, si dans le groupe contractuel le législateur a considéré que la viabilité de la société dominée est surtout menacée à la fin du contrat, ce danger se situe dans le cas de l'intégration lors de sa prise d'effet.<sup>86</sup>

### **2. Périmètre des sociétés concernées**

Les auteurs n'envisagent pas l'extension du régime du groupe intégré à des sociétés que dominerait la société dominée, sans doute en raison de son caractère extrêmement contraignant tant en ce qui concerne sa constitution qu'en ce qui concerne son régime.

### **3. Montant**

Quant au montant, l'obligation de garantie couvre toutes les créances certaines (begründet) au moment de la publication de l'intégration.

### **4. Bénéficiaire**

Bénéficiaire de cette obligation de constituer des garanties tous les créanciers de la société dominée, à l'exception de ceux dont la créance bénéficie déjà d'une garantie suffisante.<sup>87</sup>

Les créanciers sont tenus de faire valoir leurs droits dans un délai de six mois à compter de la publication de la fin du contrat au registre du commerce et des sociétés.<sup>88</sup>

### **B. L'obligation de compenser les pertes (Verlustausgleichspflicht)**

L'obligation de compenser les pertes prévue au § 324 Abs.3 AktG est presque identique à celle qui existe dans le cadre du groupe contractuel.

---

<sup>84</sup> A la différence du § 303 AktG, qui met l'obligation de constituer des garanties à la charge de l'actionnaire dominant, le § 321 AktG n'énonce pas expressément le débiteur de l'obligation de garantie. Selon la doctrine majoritaire il s'agit –en application des principes de droit commun- du débiteur de l'obligation faisant l'objet de la garantie, c'est à dire de la société dominée. (voir en ce sens Emmerich, Sonnenschein, Habersack, C.H.Beck, p.145)

<sup>85</sup> L'obligation de constituer des garanties est couverte par la responsabilité solidaire de l'actionnaire dominant prévu au § 322. voir § 3

<sup>86</sup> Ceci s'explique notamment par le pouvoir de donner des directives (Weisungsbefugnis) qui dans le cadre d'une intégration dépasse largement celui dans le groupe contractuel. Voir § 2

<sup>87</sup> §321 Abs.2 AktG « Das Recht, Sicherheit zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist. »

<sup>88</sup> §321 Abs.1 AktG « Gläubiger...die sich binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. »

Deux différences méritent cependant d'être soulignées :

Premièrement la question du périmètre des sociétés concernées ne se pose pas dans le cadre du groupe intégré, ce pour les mêmes raisons que concernant l'obligation de constituer des garanties.

Deuxièmement l'obligation est plus limitée, dans la mesure où seul le montant qui dépasse les « réserves de capital » (Kapitalrücklagen)<sup>89</sup> ainsi que l'ensemble des réserves (Gewinnrücklagen), dont celles constituées avant l'intégration, fait l'objet d'une compensation.

## **§ 2 Responsabilité de comportement**

Le § 323 AktG régissant le pouvoir de donner des directives ainsi que la responsabilité de leur auteur renvoie aux § 308 à 310 AktG applicables au groupe contractuel.<sup>90</sup>

Deux précisions s'imposent cependant :

Premièrement, tout comme pour la responsabilité de structure, la question du périmètre des sociétés concernées ne se pose pas.

Deuxièmement, le droit de donner des directives est défini de façon beaucoup plus large que dans le groupe contractuel. En effet, le renvoi n'inclut pas l'Abs.1 du § 308 AktG qui interdit des directives qui sont préjudiciables à la société dominée sans procurer des avantages à l'actionnaire dominant ou à d'autres sociétés du groupe. Par conséquent, de telles directives sont permises dans un groupe intégré et n'engagent pas la responsabilité de leur auteur. La doctrine va même plus loin en admettant des directives qui menaceraient la survie de la société intégrée.<sup>91</sup>

## **§ 3 Responsabilité solidaire**

En vertu du § 322 AktG, l'actionnaire dominant répond solidairement de toutes les dettes de la société intégrée.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Les « réserves de capital » (Kapitalrücklagen) définies au § 272 Abs.2 HGB (code de commerce allemand) comprennent tous les gains liés au capital social, et notamment les primes d'émission.

<sup>90</sup> On se reportera donc aux développements de la première sous-section.

<sup>91</sup> Emmerich, Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, §323, Rdnr2; Koppensteiner in Kölner Kommentar, § 323 Rdnr 4

<sup>92</sup> § 322 AktG « Von der Eingliederung an haftet die Hauptgesellschaft ...den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft gesamtschuldnerisch... »

## **A. Fondement**

Le législateur a justifié cette responsabilité solidaire systématique de l'actionnaire dominant, qui revient à écarter la limitation de responsabilité du §1 AktG<sup>93</sup>, par le caractère exorbitant de ses pouvoirs à l'égard de la société dominée.<sup>94</sup>

## **B. Régime**

Si le contenu de la responsabilité solidaire est large, l'actionnaire dominant n'en dispose pas moins de certaines défenses ainsi que d'un droit de recours.

### **1. Contenu**

La responsabilité solidaire couvre tant les obligations que la société dominée a contractées avant l'intégration que celles contractées après.<sup>95</sup>

### **2. Défenses**

L'actionnaire dominant peut soulever ses défenses propres ainsi que les défenses appartenant à la société dominée.<sup>96</sup>

### **3. Recours**

Bien que la loi ne prévoit rien en ce sens, la doctrine majoritaire considère que l'actionnaire dominant dispose d'un droit de recours à l'encontre de la société dominée, dont le fondement est cependant incertain.<sup>97</sup>

## **SECTION 2 GROUPE DE FAIT (FAKTISCHER KONZERN)<sup>98</sup>**

Le groupe de fait se caractérise par l'existence d'un rapport de dépendance au sens du § 17 AktG<sup>99</sup> d'une part, ainsi que par l'absence de contrat de domination ou de décision d'intégration d'autre part.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> § 1 Abs.1 S 2 « Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. »

<sup>94</sup> Begründung zum Regierungsentwurf, in Kropff, AktG 1965, p.246 ; Il s'agit notamment du pouvoir de donner des directives préjudiciables sans qu'il y ait un avantage pour l'actionnaire dominant ou les autres sociétés du groupe, ainsi que du pouvoir de disposer du patrimoine de la société intégrée.

<sup>95</sup> § 322 Abs.1 « Von der Eingliederung an haftet die Hauptgesellschaft für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft...Die gleiche Haftung trifft sie für alle Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft, die nach der Eingliederung begründet werden. »

<sup>96</sup> § 322 Abs. 2 « Die Hauptgesellschaft...kann Einwendungen...geltend machen, die von der eingegliederten Gesellschaft erhoben werden können »

<sup>97</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.148

<sup>98</sup> Le terme de « groupe de fait » est en réalité imprécis : car comme le fait apparaître la définition, les règles du §§ 311 et ss. AktG s'appliquent dès qu'il y a « rapport de dépendance » au sens du § 17 AktG, et non seulement lorsqu'il y a existence « d'un groupe » au sens du § 18 AktG. Ainsi, il faudrait plutôt parler de « dépendance de fait ». (en ce sens voir Kropff, in Münchner Kommentar, 2.Auflage 2000, p.767) ;

Sur la question si les règles relatives au groupe de fait constituent plus qu'un simple fondement de responsabilité et consacrent au contraire la légitimité du groupe de fait en tant que forme de groupe à part entière à côté du groupe de droit, voir Kropff, ibidem, qui y répond par l'affirmative.

Dans un tel groupe, l'exercice d'un pouvoir de domination par l'actionnaire dominant repose uniquement sur sa participation majoritaire, sans tenir sa légitimité d'un contrat de domination (Beherrschungsvertrag)<sup>101</sup>

Par conséquent, la législation régissant le groupe de fait est empreinte de l'idée que l'actionnaire dominant doit s'abstenir d'exercer toute influence qui pourrait être préjudiciable pour la société dépendante.

Ainsi, le § 311 Abs.1 AktG interdit l'exercice d'une influence préjudiciable, sauf si le préjudice est compensé selon les modalités prévues au § 311 Abs.2 AktG.<sup>102</sup>

Le § 317 AktG constitue le relais de cette obligation de compensation (Ausgleichspflicht), en ce qu'il prévoit qu'à défaut de compensation, l'actionnaire majoritaire sera tenu d'une obligation de réparation (Schadensersatzpflicht).<sup>103</sup>

Au préalable, il convient d'apporter une précision concernant les domaines d'application respectifs des dispositions relatives au groupe contractuel et de celles relatives au groupe de fait :

En effet, l'applicabilité des §§ 311 ss. AktG est conditionnée par l'absence d'un contrat de domination, mais n'exclut pas –à contrario- l'existence d'un contrat de transfert de bénéfices.

---

<sup>99</sup> Il convient de distinguer le « rapport de dépendance » (Abhängigkeitsverhältnis) au sens du § 17 AktG de l'existence « d'un groupe » (Konzernatbestand) au sens du § 18 Abs 1 S.1 AktG. Tandis que le premier exige uniquement l'existence d'une influence déterminante (beherrschender Einfluß), le second exige l'exercice d'une domination uniforme (einheitliche Leitung). En présence d'un rapport de dépendance, l'existence d'un groupe est cependant présumée en vertu du § 18 Abs.1 S.2 AktG. Un rapport de dépendance est à son tour présumé en présence d'une participation majoritaire en vertu du § 17 Abs.2 AktG. Une analyse détaillée des différentes notions dépasserait le cadre de notre analyse qui se concentre sur la question de la responsabilité. A cette fin, il suffit de comprendre qu'il s'agit d'une question de degré plus que d'une question de nature.

<sup>100</sup> Ces deux caractéristiques résultent d'une part du § 311 Abs.1 AktG, qui marque le début des dispositions relatives au groupe de fait et qui prévoit un rapport de dépendance (« abhängige Gesellschaft ») ainsi que l'absence de contrat de domination (« kein Beherrschungsvertrag »), d'autre part du § 323 AktG relatif au groupe intégré (« Eingliederung »), qui exclut expressément l'application des dispositions relatives au groupe de fait.

<sup>101</sup> Vogel, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Bern, 1997, p.111

<sup>102</sup> La formulation du § 311 AktG montre bien le rapport de principe à exception : « Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Gesellschaft zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden. » « En l'absence d'un contrat de domination, il est interdit à l'actionnaire dominant d'exercer son influence pour inciter la société dépendante à procéder à des opérations/mesures préjudiciables, à moins que le préjudice ne soit compensé. »

<sup>103</sup> Les § 312 à 316 AktG prévoient l'obligation d'établir un rapport sur la relation de dépendance avec l'actionnaire dominant (Abhängigkeitsbericht) (§ 312), l'examen de ce rapport par un commissaire aux comptes (Abschlußprüfer) (§ 313) ainsi que par le conseil de surveillance (Aufsichtsrat) (§ 314), enfin une sorte d'expertise de gestion (Sonderprüfung) (§ 315) ainsi que l'inapplicabilité des § 312 à 315 en présence d'un contrat de transfert de bénéfices (§ 316). Ces dispositions sont notamment destinées à permettre de chiffrer l'obligation de compensation ainsi que l'obligation de réparation. Le § 318 AktG prévoit quant à lui la responsabilité solidaire du directoire en cas de responsabilité de l'actionnaire dominant sur le fondement du § 317 AktG.

Ainsi, en présence d'un contrat de transfert de bénéfices, nous sommes face à un système de responsabilité hybride.

D'une part sont applicables certaines dispositions relatives au groupe contractuel. En effet, si les § 309 ss AktG <sup>104</sup> relatifs à la responsabilité de comportement au sein du groupe contractuel s'appliquent exclusivement en présence d'un contrat de domination, les §§ 302 et 303 AktG qui régissent la responsabilité de structure au sein du groupe contractuel, peuvent s'appliquer en présence d'un simple contrat de transfert de bénéfices<sup>105</sup>.

D'autre part sont applicables les dispositions des § 311 ss. AktG relatives à la responsabilité de comportement dans le groupe de fait, car seule l'existence d'un contrat de domination est exclusif de leur application, et non l'existence d'un contrat de transfert de bénéfices<sup>106</sup>, sous réserve toutefois des dispositions des §§ 312 à 315 relatives au rapport sur la dépendance qui sont expressément écartées en présence d'un contrat de transfert de bénéfices.<sup>107</sup>

### **§ 1 Responsabilité de comportement «primaire» («primäre»Verhaltenshaftung)**

L'Abs. 1 du § 311 AktG prévoit le principe d'une responsabilité qui donne lieu à une obligation de compensation en cas d'incitation à une opération préjudiciable, tandis que l'Abs. 2 en régit les modalités.

#### **A. Notion**

L'obligation de compensation au sein du groupe de fait doit non seulement être distinguée de l'obligation de compensation au sein du groupe de droit, mais aussi de l'obligation de réparation au sein du groupe de fait.

#### **1. Groupe de droit et groupe de fait**

Tout comme pour le groupe de droit, l'obligation de compensation constitue la contrepartie d'un certain pouvoir sur la société dont bénéficie l'actionnaire dominant.

Obligation de compensation au sein du groupe de droit et obligation de compensation au sein du groupe de fait reposent cependant sur des conceptions entièrement différentes :

Tandis que dans le groupe contractuel l'actionnaire dominant, qui dispose d'un pouvoir de domination étendu sur le fondement du contrat de domination, est tenu d'une obligation de

---

<sup>104</sup> § 309 Abs.1 AktG « Besteht ein *Beherrschungsvertrag*... »

<sup>105</sup> § 302 AktG « Besteht ein *Beherrschungs-oder ein Gewinnabführungsvertrag* ... » ; § 303 AktG « Endet ein *Beherrschungs-oder ein Gewinnabführungsvertrag*... »

<sup>106</sup> § 311 AktG « Besteht *kein Beherrschungsvertrag*... »

<sup>107</sup> § 316 AktG « §§ 312 bis 315 *gelten nicht*, wenn zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen ein *Gewinnabführungsvertrag* besteht »

compensation globale et générale des pertes de la société dominée<sup>108</sup>, indépendamment de l'exercice effectif de son pouvoir, l'obligation de compensation dans le groupe de fait est ponctuelle (Einzelausgleich) et résulte uniquement de l'exercice effectif d'une influence préjudiciable.<sup>109</sup>

Par conséquent, on ne saurait qualifier cette responsabilité de responsabilité de structure (Strukturhaftung), puisqu'elle ne résulte pas de la seule existence du lien de dépendance entre actionnaire dominant et société dominée. Il s'agit au contraire d'une responsabilité de comportement qui est liée à une intervention précise et déterminée de l'actionnaire dominant. L'adjectif «primaire» doit exprimer qu'il s'agit de la première étape d'un système de responsabilité à double détente : en effet, c'est seulement si l'obligation de compensation qui découle de cette responsabilité primaire n'a pas été honorée que la deuxième étape du système, une responsabilité de comportement «secondaire» donnant lieu à une obligation de réparation, jouera.<sup>110</sup>

## **2. Obligation de compensation et obligation de réparation**

Dans un premier temps, l'obligation de compensation du § 311 AktG a été analysée comme une anticipation de l'obligation de réparation résultant du § 317 AktG.<sup>111</sup>

Or, cette analyse n'a pas été convaincante dans la mesure où contenu et montant de l'obligation de compensation et de l'obligation de réparation peuvent être différents, ainsi que dans la mesure où l'obligation de réparation ne naît qu'une fois l'obligation de compensation violée.<sup>112</sup>

Ainsi, la doctrine plus récente considère l'obligation qui résulte du § 311 AktG comme une obligation de compensation sui generis.<sup>113</sup>

### **B. Conditions**

L'obligation de compensation naît lorsque l'actionnaire dominant incite la société dépendante à effectuer des opérations<sup>114</sup> qui lui sont préjudiciables.

---

<sup>108</sup> § 302 AktG « Verlustausgleichspflicht »

<sup>109</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.401

<sup>110</sup> Dans la terminologie officielle, les termes « responsabilité de comportement » et « responsabilité de structure » sont uniquement employés en rapport avec le groupe de droit (chapitre I. section 1), pour montrer la coexistence de deux systèmes de responsabilité distincts, ainsi qu'en rapport avec le groupe de fait qualifié (chapitre II, section 2), pour illustrer l'évolution jurisprudentielle marquée par le passage d'un système à l'autre. Il nous a cependant paru utile d'étendre cette terminologie au groupe de fait pour faciliter la comparaison des différents systèmes.

<sup>111</sup> Würdinger in Großkommentar, § 311 Anm 5,6,9 ; Bälz, Festschrift für Raiser,1974, p.287, 308

<sup>112</sup> Hüffer,op.cit., p.1469

<sup>113</sup> Hüffer, ibidem; Koppensteiner in Kölner Kommentar, 2.Auflage 1987, § 311, Rdnr 74; Kropff, in Münchner Kommentar, § 311, Rdnr 222;Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit. p.415

## 1. Périmètre des sociétés concernées

Dans un groupe à plusieurs degrés, les §§ 311 ss. AktG s'appliquent tant aux rapports de dépendance directs – c'est à dire au rapport entre actionnaire dominant et « Tochtergesellschaft » – qu'aux rapports de dépendance indirects – c'est à dire au rapport entre actionnaire dominant et « Enkelgesellschaft », à condition que les sociétés concernées ne soient pas directement liées par un contrat de domination.

La seule exception constitue l'hypothèse des « durchlaufende Beherrschungsverträge », qui écarte l'application des §§ 311 ss. AktG au profit des règles relatives au groupe contractuel dans les relations entre actionnaire dominant et « Enkelgesellschaft ». <sup>115</sup>

## 2. Incitation (Veranlassung)

L'incitation suppose que l'actionnaire dominant tente d'influencer le comportement de la société dominée. <sup>116</sup>

La notion se distingue doublement de celle de directive (Weisung), qui constitue la voie privilégiée de l'exercice d'une influence au sein du groupe de droit : <sup>117</sup>

Premièrement, le terme même d'incitation illustre bien qu'il s'agit non pas de l'exercice d'un pouvoir doté d'une légitimité à priori <sup>118</sup>, mais au contraire d'une prise d'influence qui ne deviendra légitime qu'à posteriori, une fois le préjudice compensé.

Deuxièmement, la notion d'incitation est plus large que celle de directive, quant à sa forme ainsi que quant à ses destinataires. Ainsi, de simples propositions et conseils, s'ils ne sauraient constituer des directives, peuvent être qualifiés d'incitation. <sup>119</sup> Et il n'est pas nécessaire que l'incitation s'adresse au directoire : ainsi, outre l'hypothèse des doubles-mandats (Vorstandsdoppelmandate), qui est largement admise en matière de directive, on admet également qu'il y a incitation lorsque l'influence de l'actionnaire majoritaire s'exerce au sein du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale de la société dépendante. <sup>120</sup>

---

<sup>114</sup> Le § 311 Abs.1 parle « d'actes juridiques » (Rechtsgeschäfte) ainsi que d'« autres mesures ou de leur omission » (sonstige Maßnahmen und deren Unterlassung). Par souci de simplicité, les deux termes sont ici regroupés sous le terme « d'opération ».

<sup>115</sup> Pour une analyse détaillée voir ci-dessus, section 1, sous-section 1, § 2

<sup>116</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.401

<sup>117</sup> voir section 1

<sup>118</sup> Comme il a été montré plus haut, le § 308 Abs.1 AktG autorise des directives préjudiciables pour la société dominée lorsqu'elles servent les intérêts de l'actionnaire dominant ou des autres sociétés du groupe, sans exiger une compensation au sein de la société dominée elle-même.

<sup>119</sup> Kropff, in Münchner Kommentar, 2.Auflage 2000, p.810 qui utilise la métaphore d'« une conversation autour d'un feu de cheminée » (Kamingsgespräch) ; Hüffer, op.cit., p.1463

<sup>120</sup> Kropff, ibidem, p. 812; Hüffer, op.cit., p.1464

### **3. Préjudice (Nachteil)**

Il y a uniquement obligation de compensation si la société dépendante est incitée à effectuer une opération qui lui est préjudiciable.

#### **a) Existence**

Est constitutif d'un préjudice toute opération ayant un impact négatif sur le patrimoine social ou la capacité de générer des bénéfices (Beeinträchtigung der Vermögens-oder Ertragslage) de la société dépendante.<sup>121</sup>

Le rapport sur la relation de dépendance (Abhängigkeitsbericht), prévu au § 312 AktG, qui contient des informations concernant toutes les opérations de la société dépendante avec l'actionnaire dominant ou à la suite d'une incitation (Veranlassung) de sa part, doit faciliter la détection d'opérations préjudiciables.<sup>122</sup>

Pour déterminer s'il y a préjudice, il convient d'opérer une comparaison avec la situation telle qu'elle aurait résulté du comportement d'un « bon dirigeant de famille » (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter)<sup>123</sup> d'une société juridiquement indépendante, mais par ailleurs placée dans les mêmes conditions que la société dépendante.

#### **b) Evaluation**

Pour l'évaluation du préjudice, il faut se placer au moment de l'opération. Ainsi, si au moment de l'opération celle-ci n'a pas été préjudiciable pour la société dépendante, elle ne le sera pas non plus si un changement des circonstances entraîne par la suite un impact négatif sur le patrimoine social ou la capacité de générer les bénéfices. Inversement, une opération initialement préjudiciable ne change pas de nature en cas d'évolution favorable.<sup>124</sup>

### **4. Lien de causalité**

Il faut enfin un lien de causalité entre l'incitation et l'opération préjudiciable. Il suffit cependant que l'incitation par l'actionnaire dominant soit une des causes de l'opération préjudiciable (Mitursächlichkeit).<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.405; Hüffer, op.cit., p.1466

<sup>122</sup> Le rapport sur la relation de dépendance, qui est au cœur du dispositif de compensation, a longtemps été l'objet de vives critiques, notamment parce qu'il est élaboré par le directoire de la société dépendante ainsi que parce qu'il ne fait pas l'objet d'une publication. Depuis quelques années, on commence cependant à lui reconnaître une fonction préventive. Pour de plus amples développements voir Lutter, ZHR 151 (1987), 444 (459ss), Hommelhoff, Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover 1992, p.16ss.

<sup>123</sup> BGHZ 141, 79 (84)=NJW 1999,1706 ; Ainsi, le standard du « bon dirigeant de famille » intervient dès la détermination du préjudice dans le cadre de la responsabilité de comportement « primaire », et non seulement comme cause exonératoire dans le cadre de la responsabilité de comportement « secondaire », voir § 2 C

<sup>124</sup> Emmerich/Habersack, Aktien-und GmbH Konzernrecht, C.H.Beck, 2.Auflage, 2001, Rdnr.44

<sup>125</sup> Koppensteiner, in Kölner Kommentar, 2.Auflage 1987, § 311, Rdnr 4 ; Hüffer, op.cit., p.1465

## **C. Régime**

Le § 311 Abs.2 prévoit les modalités de compensation. Selon la situation, l'absence d'une compensation peut entraîner des conséquences différentes.

### **1. Modalités de compensation**

La compensation doit avoir lieu au plus tard à la fin de l'exercice social de la société dépendante . Le législateur prévoit deux modalités distinctes de compensation . Il peut s'agir d'une compensation effective (tatsächlicher Nachteilsausgleich) ou bien de la constatation d'une créance en vue d'une compensation ultérieure (Rechtsanspruch auf Nachteilsausgleich).

### **2. Absence ou impossibilité de compensation**

Si l'actionnaire dominant omet de satisfaire à l'obligation de compensation qui lui incombe en vertu du § 311 AktG, il sera tenu d'une obligation de réparation en vertu du § 317 AktG.

Or, lorsque l'actionnaire dominant exerce une influence telle qu'il n'est plus possible d'isoler les incitations ou de mesurer leur impact préjudiciable, le système de compensation et de réparation individuelle prévu aux §§ 311 et 317 AktG risque d'être mis en échec et seule une compensation ou réparation globale semble envisageable. Dans une telle hypothèse, la doctrine majoritaire considère que le concept du « groupe de fait qualifié », élaboré par la jurisprudence au sujet de la GmbH et qui entraîne l'application des § 302 et 303 AktG (Verlustausgleichspflicht und Sicherheitsleistung), pourrait également s'appliquer en matière d'AG.<sup>126</sup> Cette même doctrine admet cependant que la jurisprudence n'a encore jamais appliqué ce concept à l'AG. Avec l'abandon du « groupe de fait qualifié » en matière de GmbH, une application de ce concept à l'AG semble plus improbable que jamais et ne fera par conséquent pas l'objet d'un développement distinct.<sup>127</sup>

Une solution législative permettant un traitement adéquat de cette situation ne semble jusqu'ici pas envisageable.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup>Emmerich,Habersack, Aktien-und GmbH Konzernrecht, C.H.Beck München, 2001, p.522

<sup>127</sup> Au sujet de l'émergence et de l'abandon du concept en matière de GmbH, voir chapitre II, section 2

<sup>128</sup> Hommelhoff, Gutachten zum 59. deutschen Juristentag in Hannover 1992, p.41; Karsten Schmidt, JZ 1992, 856 et 860; plus nuancé Hüffer, op.cit., p. 1462, qui se montre favorable à une solution législative, à condition toutefois que les conditions (Tatbestand) qui donneraient lieu à une obligation de compensation ou de réparation globale soient définis de façon très précise. Il convient de souligner que toutes ces positions ont été formulées avant l'arrêt « Bremer Vulkan » qui marque l'abandon du « groupe de fait qualifié » en matière de GmbH.

## **§ 2 Responsabilité de comportement secondaire ( sekundäre Verhaltenshaftung)**

Le non-accomplissement de l'obligation de compensation prévue au § 311 AktG est sanctionné par une obligation de réparation prévue au § 317 AktG.

### **A. Définition**

L'obligation de réparation constitue une responsabilité de comportement qui peut être qualifiée de « secondaire », en ce qu'elle sanctionne le non-accomplissement d'une première obligation.

### **B. Conditions**

#### **1. Périmètre des sociétés concernées**

Quant au périmètre des sociétés concernées, il est identique à celui concerné par l'obligation de compensation.

#### **2. Absence de compensation**

L'absence de compensation selon les modalités prévues au § 311 Abs. 2 AktG entraîne mécaniquement l'obligation de réparation du § 317 AktG.

### **C. Régime**

#### **1. Cause exonératoire ?**

L'Abs.2 du § 317 AktG prévoit qu'il n'y a pas d'obligation de réparation si un « bon dirigeant de famille » ( ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer) d'une société indépendante aurait agi de la même façon.

Or, cette même analyse doit déjà être faite pour déterminer s'il y a préjudice (Nachteil) et partant obligation de compensation au sens du § 311 AktG<sup>129</sup>. Par conséquent, si le « bon dirigeant de famille » d'une société aurait agi de la même façon, il n'y a ni obligation de compensation au sens du § 311 AktG, ni obligation de réparation pour la violation d'une prétendue obligation de compensation.

Ainsi, une doctrine autorisée considère que l'on ne peut pas véritablement parler de cause exonératoire.<sup>130</sup>

#### **2. Préjudice (Schaden)**

Le préjudice « secondaire » (Schaden) qui résulte pour la société dépendante de l'absence de compensation doit être distingué du préjudice « primaire » (Nachteil) qui aurait dû faire l'objet d'une compensation.

---

<sup>129</sup> Voir ci-dessus, § 1 B

<sup>130</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.434

En effet, le préjudice « primaire » est évalué au moment de l'opération préjudiciable, sans tenir compte de l'évolution postérieure, alors que le préjudice « secondaire » est évalué postérieurement à l'opération, une fois que le non-accomplissement de l'obligation de compensation a été constaté.

Ainsi, le préjudice « secondaire » peut donc en théorie être plus ou au contraire moins élevé que le préjudice « primaire », voire être inexistant. Dans ces deux dernières hypothèses, l'actionnaire dominant sera néanmoins tenu d'une obligation de réparation minimale égale au préjudice « primaire ».<sup>131</sup>

### **3. Titulaire de l'action**

#### **a) Société dépendante**

L'Abs. 1 S.1 du § 317 AktG prévoit que c'est la société dépendante qui est titulaire de l'action à l'encontre de l'actionnaire dominant.

#### **b) Actionnaires minoritaires**

##### *(1) action au nom de la société*

L'Abs. 4 du § 317 AktG comporte un renvoi au § 309 Abs.4 AktG qui prévoit la possibilité pour les actionnaires minoritaires d'agir au nom de la société.<sup>132</sup>

##### *(2) action en réparation de leur préjudice propre*

L'Abs. 1 S. 2 du § 317 AktG prévoit une action au profit des actionnaires minoritaires en réparation d'un préjudice distinct du préjudice par ricochet qui résulte de la diminution du patrimoine social ou de la capacité de générer des bénéfices.

#### **c) Créanciers**

En vertu du renvoi au § 309 Abs. 4 AktG, les créanciers peuvent également faire valoir les droits de la société dépendante.<sup>133</sup>

### **4. Responsabilité solidaire des organes de la société dépendante**

Enfin, en vertu du § 318 AktG, les organes de la société dépendante répondent solidairement du dommage, s'ils n'ont pas respecté les obligations qui leur incombent dans l'élaboration et l'examen du rapport sur la dépendance (Abhängigkeitsbericht).<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, Konzernrecht, op.cit., p.407; les auteurs soulignent l'importance de cette règle pour éviter des spéculations irresponsables ( unverantwortliche Risikogeschäfte) aux dépens de la société dépendante.

<sup>132</sup> Voir ci-dessus, section 1 § 2

<sup>133</sup> L'importance pratique du § 317 AktG semble relativement faible, ce qui est attribué au fait que créanciers ainsi qu'actionnaires minoritaires hésitent à faire valoir les droits de la société en raison des coûts et des risques liés à une telle action en responsabilité. Ainsi, des propositions de réforme portent principalement sur les modalités de l'action. Voir notamment Hommelhoff, in 59.Deutscher Juristentag, 1992, p.67 ; Ulmer, ZHR 163(1999) ,p.329ss.et 338 ss ; Baums in 63.Deutscher Juristentag, 2000, p.245ss.; Krieger, ZHR 163 (1999),p. 344ss.

L'action à leur rencontre est régie par les mêmes règles que celles qui régissent l'action à l'encontre de l'actionnaire dominant.

#### **CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE**

L'étude des Aktiengesellschaftskonzerne révèle ainsi une corrélation étroite entre pouvoir et responsabilité de l'actionnaire dominant : plus la loi accorde de pouvoir à l'actionnaire dominant, plus il sera facile de rechercher sa responsabilité. Chaque type de groupe présente ainsi un système de responsabilité originel qui va de la responsabilité de comportement du groupe de fait, à la coexistence d'une responsabilité de comportement et d'une responsabilité de structure au sein du groupe contractuel, jusqu'à une responsabilité solidaire systématique, forme la plus sévère de responsabilité, au sein du groupe intégré.

---

<sup>134</sup> § 318 Abs.1 « Die Mitglieder des Vorstandes haften ...als Gesamtschuldner... » ; §318 Abs.2 « Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften...als Gesamtschuldner »

## CHAPITRE II DER GMBH - KONZERN<sup>135</sup>

### SECTION PRELIMINAIRE UNE REGLEMENTATION HETEROGENE

#### **§1 Absence de législation et options méthodologiques**

A la différence de la loi sur les AG (Aktiengesetz), la loi sur les GmbH (GmbH-Gesetz) ne contient pas de réglementation expresse et globale concernant les groupes. Et rares sont les dispositions législatives en matière de droit des groupes qui sont directement applicables à la GmbH. Notamment les deux objectifs principaux du droit des groupes que sont la protection des minoritaires ainsi que celle des créanciers ne sont pas assurés par la législation du droit des groupes directement applicable à la GmbH.<sup>136</sup>

Sur un plan méthodologique, trois voies principales peuvent permettre d'assurer une telle protection<sup>137</sup> :

1. Une application par analogie de la protection du droit des groupes des AG (Konzernrecht der Aktiengesellschaft)
2. Une application extensive des mécanismes généraux de protection des minoritaires et des créanciers issus du droit de la GmbH
3. Un renforcement du devoir de loyauté (Treuepflicht) dans le cadre du groupe

Si initialement la première voie semblait être privilégiée<sup>138</sup>, la doctrine récente se prononce pour une coexistence des trois voies en fonction du problème concerné.<sup>139</sup>

#### **§2 Groupe de droit et groupe de fait**

L'absence de législation spécifique n'empêche pas que les groupes comprenant une GmbH en tant que société dominée sont très répandus. A nouveau, comme pour les AG, il convient de distinguer entre groupes de droit et groupes de fait.

---

<sup>135</sup> Lorsque la GmbH assume le rôle de la société dominante et que la société dominée est une AG, les règles développées dans le premier chapitre s'appliquent sans réserve. Par conséquent ce deuxième chapitre traitera uniquement des questions liées à la domination d'une GmbH par une autre société.

<sup>136</sup> Il s'agit notamment des §§ 15 à 19 AktG qui définissent la notion de « groupe ».

<sup>137</sup> Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbH Gesetz, C.H.Beck München, 17.Auflage 2000, p.1588

<sup>138</sup> Arbeitskreis GmbH Reform, Thesen und Vorschläge, tome 21 p. 47ss.

<sup>139</sup> Zöllner in op.cit. p.1589; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbH Gesetz Kommentar, Dr. Otto Schmidt Köln, 15.Auflage 2000

## **A. Groupe de droit**

Les règles des §§319 ss. Aktg. concernant le groupe intégré (Eingliederung) s'appliquent exclusivement aux relations entre deux AG.<sup>140</sup> Ainsi, seuls peuvent exister des groupes contractuels (Vertragskonzern) au sens des §§291 ss. Aktg. La majorité des dispositions des §§291 ss. Aktg. sont applicables par analogie<sup>141</sup>, dont celles concernant la responsabilité de l'actionnaire dominant.<sup>142</sup>

## **B. Groupe de fait**

La plupart des groupes de GmbH (GmbH-Konzerne) sont des *groupes de fait* (faktischer Konzern).<sup>143</sup>

L'insuffisance des mécanismes légaux de protection des créanciers dans certains groupes de fait de GmbH a amené le BGH à élaborer un cas de responsabilité (Haftungstatbestand) appelé « *groupe de fait qualifié* » (qualifizierter faktischer Konzern) qui entraîne l'application par analogie des §§302 ss AktG. Un arrêt récent du BGH marque cependant l'abandon de cette construction en faveur du droit commun des sociétés.

Groupe de fait et groupe de fait qualifié seront au centre des développements consacrés à la responsabilité de l'actionnaire dominant dans le groupe de SARL, tant en raison de leur importance pratique qu'en raison de leur intérêt d'un point de vue méthodologique.

## **SECTION 1 GROUPE DE FAIT**

La responsabilité au sein du groupe de fait est marquée à la fois par le refus d'appliquer les règles régissant le groupe de fait de l'AG et par une protection fondée sur le droit commun des sociétés.

### **§1 Refus d'une analogie avec les §§311 ss. AktG**

Doctrine et jurisprudence refusent une application par analogie des §§311 ss. AktG en raison de la nécessité d'un rapport sur la dépendance ainsi qu'en raison des différences structurelles entre l'AG et la GmbH.

---

<sup>140</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack Konzernrecht, op.cit., p.447

<sup>141</sup> Emmerich, Habersack, Aktien- und GmbH Konzernrecht, C.H.Beck München 2001; voir également les décisions « Supermarkt » BGH 105, 324 et « Siemens » BGH GmbHR 1992, 253

<sup>142</sup> Il convient de se référer au premier chapitre.

<sup>143</sup> Eschenbruch, op.cit., p.259

## **A. Rapport sur la dépendance (Abhängigkeitsbericht) impossible**

*Une première approche* conclut à l'impossibilité d'une application par analogie des §§311ss. AktG pour la bonne et simple raison que l'application des §§ 312 à 315 et 318 de AktG nécessite la présence de certains organes, c'est à dire d'un dirigeant indépendant (nicht weisungsgebundener Geschäftsführer) ainsi que d'un conseil de surveillance requis pour l'examen du rapport sur la dépendance (Abhängigkeitsbericht).<sup>144</sup> Par conséquent, les §§ 311 et 317 AktG, qui autorisent l'exercice d'une influence préjudiciable ordinairement prohibée à condition que les préjudices soient compensés- ce qui est contrôlé à travers le rapport de dépendance- ne peuvent pas non plus s'appliquer.

## **B. Différences structurelles**

*Une autre approche* conclut à cette même impossibilité pour des raisons plus fondamentales : en effet, la particularité de la GmbH par rapport à l'AG réside justement dans le fait que l'assemblée des associés est l'organe suprême de la GmbH. En vertu du § 37 Abs.1 GmbHG, elle a d'emblée le droit donner des directives aux gérants (Weisungsbefugnis) et partant d'exercer une influence.<sup>145</sup> Ce droit comprend également le droit de donner des directives préjudiciables, droit qui est cependant tempéré par le devoir de loyauté.<sup>146</sup>

La jurisprudence s'est également prononcée dans le sens d'un refus d'une analogie.<sup>147</sup>

## **§ 2 Utilisation abusive de la limitation de responsabilité (Durchgriffshaftung)<sup>148</sup>**

Le §13 Abs.2 GmbHG prévoit que l'actif social répond seul des obligations envers les créanciers sociaux<sup>149</sup> qui ne sauraient alors atteindre le patrimoine privé des associés. C'est le *principe de la limitation de la responsabilité* de l'associé (beschränkte Haftung oder Haftungsprivileg), encore appelé *principe de séparation* (Trennungsprinzip).<sup>150</sup>

---

<sup>144</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.446

<sup>145</sup> Lutter, Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, Dr. Otto Schmidt Köln, 15. Auflage 2000 p.243ss.; Altmeppen, Roth GmbHG, C.H Beck München, 3. Auflage 1997 p.403;

Ce droit résulte de la lecture combinée du § 37 Abs.1 « Les gérants sont tenus envers la société de respecter les limitations imposées à leur pouvoir de représentation par le contrat de société ou, sauf stipulation contraire, *par résolution des associés* » et des § 6 Abs.3, 38 Abs.1, 46 n°5 et 6 qui prévoient que la *nomination et la révocation* des gérants ainsi que le *contrôle de gestion* relèvent de la compétence de l'assemblée des actionnaires.

<sup>146</sup> Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH Recht, in Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.92; pour le devoir de loyauté voir § 4

<sup>147</sup> BGHZ 65, 15 (18) = NJW 1976, 191 « ITT » ; BGHZ 95, 330 (340) = NJW 1986, 188 « Autokran »;

<sup>148</sup> La Durchgriffshaftung s'applique également en matière d'AG, où elle aboutit à écarter la limitation de responsabilité prévue au § 1 Abs. 1 « Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen ». Elle n'a cependant pas la même portée pratique au sein de l'AG où la responsabilité de l'actionnaire dominant est en premier lieu régie par les §§ 311 ss.

<sup>149</sup> GmbHG § 13 Abs.2 « Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen. »

<sup>150</sup> Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.229

Or, lorsqu'il y a utilisation abusive de la limitation de la responsabilité, la possibilité d'action des créanciers n'est plus limitée au seul patrimoine social mais ils peuvent au contraire poursuivre le patrimoine personnel des actionnaires qui perdent alors le bénéfice de la protection par l'écran de la personnalité morale. Ce mécanisme est désignée par le terme de « Durchgriffshaftung »<sup>151</sup>, qui exprime une idée proche du concept de « piercing the corporate veil » issu du droit anglo-saxon. Il recouvre quatre hypothèses principales.

## **A. Quatre hypothèses<sup>152</sup>**

### **1. Sous-capitalisation ( Unterkapitalisierung)**

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle il y a une disproportion anormale entre le volume des affaires dans la société et le capital social dont elle dispose. Ainsi, le capital social n'assume plus le rôle d'un « coussin destiné à amortir les risques », d'une mesure de protection minimale de la société.<sup>153</sup>

La jurisprudence s'est montrée réservée à l'égard de cette hypothèse, ce qui est sans doute avant tout dû au fait qu'il semble difficile, voire impossible d'élaborer des standards économiques permettant de constater de façon objective l'insuffisance du capital social.<sup>154</sup>

Ainsi, le BGH refuse de considérer la sous-capitalisation comme fondement autonome de la responsabilité de l'actionnaire dominant et exige en plus de l'élément matériel un élément intentionnel pour caractériser un délit au sens du § 826 BGB.<sup>155</sup>

### **2. Confusion de patrimoines ( Vermögensvermischung)**

Une gestion de la société qui ne fait pas apparaître l'existence de deux patrimoines distincts met en échec le principe de séparation (Trennungsprinzip) conformément à l'adage « venire contra factum proprium » : en effet, celui qui ne respecte pas le principe de séparation ne peut ensuite l'invoquer à l'égard des créanciers.<sup>156</sup>

Pour caractériser une telle confusion de patrimoines il suffit que la comptabilité manque de transparence.<sup>157</sup> Une telle analyse semble être justifiée dans la mesure où une comptabilité insuffisante rend impossible le contrôle du respect des règles relatives au capital social.<sup>158</sup>

---

<sup>151</sup> Lutter/Hommelhoff, op.cit., p.230;Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbH Gesetz, C.H.Beck München 17. Auflage 2000 p.1618 ;Lutter, La responsabilité civile dans le groupe de sociétés, Rev.soc.1981 p.701

<sup>152</sup> Une partie de la doctrine considère que le concept de « groupe fait qualifié » se rattache à la « Durchgriffshaftung » et constitue ainsi une cinquième hypothèse. (Roth,Altmeppen,op.cit., p.146) Il y a certes des similitudes. Mais le concept de groupe de fait qualifié présente par ailleurs des spécificités telles que la majorité de la doctrine le considère comme un concept autonome. (Scholz,Emmerich, GmbHG, 9.Auflage 2000,p.2010) Il sera présenté dans la deuxième section de ce chapitre.

<sup>153</sup> Lutter, ibidem, p.702

<sup>154</sup> Roth,Altmeppen, op.cit., p.144

<sup>155</sup> BGH NJW-RR1988,1181 ; BGH WM 1992, 735-736

<sup>156</sup> Lutter, La responsabilité civile dans le groupe de sociétés, Rev.soc.1981, p.704

<sup>157</sup> BGH NJW 1994, 1801

A la différence de la sous-capitalisation, le BGH reconnaît la confusion de patrimoines comme fondement autonome de responsabilité et n'exige par conséquent pas d'élément intentionnel.<sup>159</sup>

### **3. Confusion de sphères d'activité ( Sphärenvermischung)**

A la différence de l'hypothèse précédente, il s'agit non plus de la confusion des patrimoines mais des activités de l'associé et de la société, par exemple par l'utilisation de la même raison sociale, du même siège et des mêmes locaux.<sup>160</sup>

Comme la confusion de patrimoines, la confusion de sphères d'activité constitue un fondement autonome de responsabilité.<sup>161</sup>

### **4. Abus de la personnalité morale (Institutsmißbrauch)**

Lorsque la limitation de responsabilité est utilisée de façon intentionnelle pour nuire aux créanciers et lorsque aucune des trois hypothèses précédentes n'est caractérisée, il y a responsabilité pour l'abus de la personnalité morale et de la limitation de responsabilité qu'elle permet.<sup>162</sup>

Un tel abus a notamment été retenu dans l'hypothèse où l'associé s'était attribué toutes les chances de profit en laissant tous les risques à la charge de la société.<sup>163</sup>

### **B. Caractère exceptionnel**

Il convient cependant de souligner le caractère exceptionnel de cette responsabilité. Souvent les hypothèses de la « Durchgriffshaftung » constituent simultanément un délit au sens du §826 BGB.<sup>164</sup> Par ailleurs, le BGH prend soin de souligner le caractère exceptionnel de la « Durchgriffshaftung ».<sup>165</sup>

Ainsi, ce fondement ne saurait constituer une protection suffisante des créanciers d'une GmbH faisant partie d'un groupe de sociétés et dans la plupart des cas la responsabilité de l'associé dominant résultera plutôt des règles relatives au capital social, et surtout de celles relatives au devoir de loyauté.

---

<sup>158</sup> Roth, Altmeyden, op.cit., p.143

<sup>159</sup> BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801

<sup>160</sup> Lutter, La responsabilité civile dans le groupe de sociétés, Rev.soc.1981, p.704

<sup>161</sup> BGH, WM 1958, 463

<sup>162</sup> Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.233

<sup>163</sup> BGH WM 1979, 229 ; BGH ZIP 1992, 694

<sup>164</sup> Roth, Altmeyden, op.cit., p.143

<sup>165</sup> Voir par exemple BGHZ 61, 380 = NJW 1974, 134 ; « La personnalité morale ne saurait être écartée trop facilement »

### **§3 Protection du capital social**

Les §§ 30 ss. GmbHG instaurent des règles visant à la protection du patrimoine social de la GmbH et dont la violation entraîne la responsabilité de l'associé dominant.

#### **A. Domaine**

Le § 30 GmbHG prévoit que l'actif social nécessaire à la conservation du capital social ne peut être distribué aux associés.<sup>166</sup> Sont considérés comme faisant partie du capital social et sont par conséquent soumis à cette même règle des prêts que les associés ont pu consentir à la société dans des situations de crise en vertu du § 32 a GmbHG.

Pour que la responsabilité de l'associé dominant puisse être retenue, il faut que les agissements de l'associé majoritaire puissent être qualifiés de versements de bénéfices ou de remboursements de prêts consentis en situation de crise.

Une telle qualification s'applique non seulement à des versements de sommes d'argent, mais aussi à tout autre avantage indu ayant une certaine valeur.<sup>167</sup>

#### **B. Régime**

Le § 31 GmbHG prévoit qu'en cas de violation des dispositions du § 30, le bénéficiaire de l'avantage indu doit procéder à son remboursement.<sup>168</sup> Le bénéficiaire du remboursement est la société elle-même.

Quant aux créanciers, si dans un premier temps la doctrine s'est montrée favorable à la reconnaissance d'une action<sup>169</sup>, elle semble désormais plutôt hostile, parce qu'elle craint une compétition des créanciers (« Windhundrennen », comparable au concept français « du prix de la course »), alors que le but des §§ 30 ss. GmbHG est justement la reconstitution d'un fonds permettant de désintéresser tous les créanciers dans les mêmes conditions.<sup>170</sup>

Ce dispositif, s'il permet certes une protection de base de la société dominée à l'égard de son associé dominant, ne saurait cependant suffire comme fondement de responsabilité dans le cadre du groupe de fait de GmbH.

---

<sup>166</sup> § 31 GmbHG « Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden »

<sup>167</sup> Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.183

<sup>168</sup> § 31 Abs.1 « Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden »

<sup>169</sup> Soit sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile prévu au § 823 BGB (code civil allemand), soit par une saisie des droits de la société à l'égard du bénéficiaire de la saisie

<sup>170</sup> Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.185

Car d'une part il ne joue que lorsque l'actif social descend en dessous du capital social. Et d'autre part il se borne à assurer la préservation de l'équilibre du bilan de la société, sans rendre compte de l'impact réel de certains actes.<sup>171</sup>

#### **§4 Devoir de loyauté (mitgliedschaftliche Treuepflicht)**

Le principal fondement de la responsabilité de l'associé dominant dans le groupe de GmbH est le devoir de loyauté (mitgliedschaftliche Treuepflicht) que la jurisprudence met à la charge de chaque associé.

Il ne s'agit pas d'un fondement de responsabilité propre au groupe de société, mais d'une obligation générale de l'associé de la GmbH qui vient tempérer l'influence dont il dispose en vertu du § 37 Abs. 1 GmbHG (Weisungsbefugnis).

Or, la doctrine s'accorde pour dire que le devoir de loyauté revêt une importance particulière dans le contexte du groupe, lorsque l'associé dominant ne dispose non seulement d'une grande influence mais lorsqu'il poursuit en plus des activités économiques en dehors de la société.<sup>172</sup>

#### **A. Domaine et contenu**

##### **1. Domaine**

Dans son arrêt fondateur « ITT » de 1975<sup>173</sup>, le BGH a consacré un devoir de loyauté dont est tenu chaque associé à l'égard non seulement de la société mais aussi des autres associés et qui entraîne l'interdiction de toute prise d'influence préjudiciable. (Schädigungsverbot).

La protection ainsi instaurée bénéficie non seulement à la société et aux associés minoritaires, mais aussi - de façon indirecte ou par ricochet (reflexartig) - aux créanciers.<sup>174</sup>

Le devoir de loyauté et l'interdiction de nuire qui en résulte se heurtent cependant à une limite importante : lorsque tous les associés minoritaires consentent à la mesure préjudiciable ou lorsqu'il n'y a pas d'actionnaires minoritaires, le devoir de loyauté et avec lui l'interdiction d'exercer un influence préjudiciable n'ont pas lieu d'être.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Röhrich, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.93; l'auteur donne comme exemple la situation où l'associé dominant s'approprie des immobilisations essentielles de la société dominée, ce qui au niveau du bilan ne sera reflété que par la perte de la valeur du bien amorti, alors qu'économiquement cela aura des conséquences sur la capacité de générer des bénéfices, voir sur la capacité de survie de la société

<sup>172</sup> Voir notamment Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.450

<sup>173</sup> BGHZ 65, 15 (18 ss.) = NJW 1976, 191

<sup>174</sup> Zöllner, op.cit., p.1621 qui parle de protection indirecte (mittelbarer Gläubigerschutz) et Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.451 qui parlent de protection par ricochet (reflexartiger Gläubigerschutz)

<sup>175</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.453 qui ne donnent aucune raison; et Zöllner, op.cit., p.1622 qui explique l'absence de devoir de loyauté dans ces hypothèses avec l'absence d'un intérêt social distinct de l'intérêt des actionnaires. L'arrêt du BGH du 17 septembre 2001 (cf. section 2 § 2) a cependant consacré

## 2. Contenu

Pour déterminer dans quels cas la prise d'influence est préjudiciable pour la société, il convient de se référer au standard utilisé pour l'application des §§ 311 et 317 AktG, alors même qu'une analogie directe avec ces textes est exclue.<sup>176</sup>

Il s'agit alors de déterminer si le « bon gérant de famille » (der pflichtbewußte und ordentliche Geschäftsführer) d'une société indépendante, qui prend uniquement en compte l'intérêt social, aurait pris la même décision.

A titre d'exemple de mesures préjudiciables on peut citer le fait de faire supporter à la société des coûts non justifiés<sup>177</sup>, la facturation de prix non-appropriés<sup>178</sup> ainsi que le fait de privilégier une filiale au détriment d'une autre.<sup>179</sup>

### B. Régime

Si la société est le titulaire principal de l'action en responsabilité, les associés minoritaires ainsi que les créanciers peuvent également agir dans certaines hypothèses.

#### 1. Société dominée

En cas d'acte préjudiciable, la société a le droit d'obtenir la réparation intégrale du dommage qui en résulte en application du droit commun de la responsabilité.<sup>180</sup> L'action doit être intentée par le gérant et nécessite en vertu du § 46 n°8 GmbHG une décision de l'assemblée des associés.<sup>181</sup> Conformément au § 47 Abs.4 GmbHG, l'associé dominant est exclu du vote.<sup>182</sup>

La société peut également agir en cessation d'un acte préjudiciable immanent.<sup>183</sup>

---

l'existence d'un intérêt propre (Eigeninteresse) même en l'absence d'associés minoritaires/d'opposition de la part des associés minoritaires existants, qui entraîne l'obligation de garantir l'existence de la société qui peut être définie comme l'obligation de mettre la société en mesure de satisfaire à ses obligations à l'égard des créanciers. Cet intérêt propre prend le relais des hypothèses autrefois couvertes par la notion de groupe de fait qualifié et qui se caractérisent par l'exercice d'une influence préjudiciable grave.

<sup>176</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.454; le même standard se retrouve au § 43 Abs.1 GmbHG concernant le gérant « Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. »

<sup>177</sup> Tel qu'il était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt « ITT »

<sup>178</sup> BGHZ 124, 111(118ss.) = NJW 1994, 520 = AG 1994, 124

<sup>179</sup> OGH, GesRZ 1982, p.256ss. pour d'autres exemples voir Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.455ss.

<sup>180</sup> § 249 ss. BGB (code civil)

<sup>181</sup> § 46 n°8 GmbHG „Der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen :... 8. die Geltendmachung von Ersatzansprüchen... welche der Gesellschaft gegen Gesellschafter zustehen“

<sup>182</sup> § 47 Abs. 4 GmbHG « Ein Gesellschafter hat keinerlei Stimmrecht. bei einer Beschlußfassung, welche... die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter betrifft »

<sup>183</sup> Emmerich, Scholz, GmbHG 9. Auflage 2000, p.2005

## 2. Associés minoritaires

Etant donné le rapport de dépendance entre la société et son associé dominant, il est probable que la société renoncera à l'exercice de son action. Pour garantir l'efficacité de la protection, la jurisprudence accorde aux associés minoritaires une *actio pro societate* afin de faire valoir les droits de la société dont les conditions sont discutées.<sup>184</sup>

## 3. Créanciers

Les créanciers peuvent procéder à la saisie des droits de la société à l'encontre de l'actionnaire dominant à hauteur du montant de leur créance.<sup>185</sup>

Ils peuvent également agir directement contre l'associé dominant par analogie avec les §§317 Abs.4, 309 Abs.4 S.3. AktG.<sup>186</sup>

## **SECTION 2 DU GROUPE DE FAIT QUALIFIE(QUALIFIZIERTER FAKTISCHER KONZERN)A LA GARANTIE D'EXISTENCE(BESTANDSSCHUTZ) FONDEE SUR L'INTERET PROPRE**

Dans certaines hypothèses, le système de responsabilité dans le groupe de fait de GmbH qui a été présenté dans la première section ne suffit plus à fournir une protection suffisante à la société, aux minoritaires et aux créanciers. Tel est le cas lorsque l'associé dominant agit de telle sorte que les actes préjudiciables ne peuvent plus être isolés ou que leurs conséquences ne peuvent plus être chiffrées avec précision.

C'est pour rendre compte de ces hypothèses que le BGH a élaboré dans les années 80/90 le concept de « groupe de fait qualifié », fondement de responsabilité qui entraîne l'application par analogie des §§ 302 et 303 AktG. qui régissent la responsabilité de l'actionnaire dominant dans le groupe contractuel.

Or, un arrêt du BGH du 17 septembre 2001, « Bremer Vulkan », semble marquer l'abandon de cette construction au profit d'un système de protection en deux étapes, qui serait fondé d'une part sur les règles concernant la protection du capital social et d'autre part sur la garantie de l'existence de la GmbH qui résulte de la reconnaissance d'une sorte d'intérêt social minimal.

---

<sup>184</sup>Emmerich,Scholz, op.cit., p.2006 avec de nombreuses références bibliographiques

<sup>185</sup> Emmerich,Sonnenschein,Habersack, op.cit., p.457

<sup>186</sup> BGHZ 95, 330 (340) =NJW 1986,188 ; il y a uniquement analogie quant à la possibilité d'une action directe et non pas quant au fondement de l'action.

## §1 Groupe de fait qualifié

Le groupe de fait qualifié, considéré par une grande partie de la doctrine allemande comme *le* sujet du droit des sociétés de la fin du vingtième siècle,<sup>187</sup> a également suscité de l'intérêt en France, non seulement en raison du risque de voir engagée la responsabilité d'une société française associée dominante d'une GmbH allemande, mais également en raison de la démarche prétorienne qui pouvait éventuellement fournir une inspiration au droit des groupes français.<sup>188</sup>

### A. Définition et fondement

#### 1. Définition

La notion de groupe de fait qualifié (*qualifizierter faktischer Konzern*) ne correspond pas à un type de groupe déterminé. Il s'agit au contraire d'un fondement de responsabilité qui s'applique au sein du groupe de fait<sup>189</sup> en raison d'un certain comportement de l'associé dominant.<sup>190</sup>

En effet, le concept du groupe de fait qualifié, qui entraîne une obligation globale de réparation par analogie avec les §§302 et 303 AktG, joue lorsque l'associé dominant exerce une influence telle que le système de responsabilité fondé sur la réparation d'actes ou de conséquences identifiables et mesurables (*Einzelausgleichssystem*) est voué à l'échec.<sup>191</sup>

#### 2. Fondement

L'idée qui sous-tend le concept de groupe de fait qualifié qui entraîne l'application par analogie des §§ 302 et 303 AktG est relativement simple: puisque l'associé dominant exerce une influence que seul un contrat de domination saurait légitimer, ses actes doivent entraîner les mêmes conséquences que s'il y avait un contrat de domination.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> Altmeppen, *Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH*, NJW 2002, p.324

<sup>188</sup> De l'intérêt porté au droit allemand des groupes en ce qui concerne la question de la responsabilité de l'associé dominant témoignent d'une part les rapports de Marcus Lutter et de Dominique Schmidt à l'occasion de la XXVIIe rencontre de l'Association des Juristes Français et Allemands consacrés de manière générale à la question de la responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés publiés dans la revue des sociétés (*Rev.soc.*1981 p.697-738), et d'autre part une série d'articles qui retracent l'évolution du groupe de fait qualifié en Allemagne également publiés dans la revue des sociétés (*Recq, Schröder, La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne, Rev.soc. 1992, p.707 ; Weil, Responsabilité de la société mère vis à vis des engagements d'une SARL filiale, Rev.soc. 1993, p.767 ; Recq, Schröder, La responsabilité de l'associé unique ou majoritaire en Allemagne : Suite et Fin ?, Rev.soc.1994, p.43*

<sup>189</sup> L'applicabilité du concept du « groupe de fait qualifié » au groupe d'AG est affirmée en doctrine, mais qui n'a jamais été confirmée par la jurisprudence. Avec la nouvelle jurisprudence du BGH qui semble marquer l'abandon du concept de « groupe de fait qualifié », une application de ce concept à l'AG semble plus lointaine que jamais et n'est par conséquent pas envisagée ici.

<sup>190</sup> Zöllner, *op.cit.*, p. 1625; l'auteur propose de parler plutôt de « comportement qualifié dans le groupe de fait » (*qualifiziertes Konzernverhalten im Nichtvertragskonzern*) que de « groupe de fait qualifié »

<sup>191</sup> Zöllner, *ibidem*, p.1624; Emmerich, *Sonnenschein, Habersack, op.cit.*, p.437;

<sup>192</sup> Zöllner, *ibidem*, p.1625

La notion de groupe de fait qualifié apparaît pour la première fois dans les travaux du Arbeitskreis GmbH en 1972.<sup>193</sup> La nouvelle loi sur la GmbH de 1980 (GmbH Novelle) a cependant renoncé à codifier un droit des groupes de GmbH (GmbH Konzernrecht) et s'est limitée à poser des règles concernant la GmbH indépendante.<sup>194</sup> Or, cela ne signifiait nullement que le législateur s'opposait à une application par analogie des règles issues du droit des groupes d'AG aux GmbH par la jurisprudence.<sup>195</sup>

La notion de groupe de fait qualifié a ensuite été reprise par le BGH pour fonder une « double analogie » (doppelter Analogieschluß) avec le droit des groupes d'AG : il y a premièrement transposition d'une norme du droit des groupes d'AG au droit des groupes de GmbH, et deuxièmement transposition d'une norme du groupe contractuel au groupe de fait.<sup>196</sup>

## **B. Conditions**

L'évolution de la notion de groupe de fait qualifié est marquée par le passage d'une responsabilité de structure (Strukturhaftung) à une responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung). Cette évolution aboutit non seulement à une plus grande sécurité juridique en ce qu'elle met fin à une responsabilité sans faute et quasi-automatique, mais elle éloigne aussi le concept de groupe de fait qualifié d'une responsabilité spécifique au groupe de sociétés (konzernspezifischer Haftungstatbestand) pour le rapprocher davantage d'une responsabilité de droit commun.<sup>197</sup>

### **1. Responsabilité de structure ( Strukturhaftung)**

Dans les décisions Autokran du 16 septembre 1985<sup>198</sup>, Tiefbau du 20 février 1989<sup>199</sup> et Vidéo du 23 septembre 1991<sup>200</sup>, le fondement de la responsabilité de l'associé dominant était la « *direction permanente et durable* » des affaires de la GmbH.

Le raisonnement était le suivant : l'exercice permanent et étendu du pouvoir de domination (Leitungsmacht) par l'associé dominant entraînait la présomption que ce pouvoir avait été exercé au détriment de la société dominée, présomption qui entraînait elle-même la

---

<sup>193</sup> Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform Tome II 1972, p.49ss.

<sup>194</sup> Emmerich, Sonnenschein, Habersack, op.cit., p.7

<sup>195</sup> Au sujet de la controverse concernant la légitimité d'une création prétorienne (richterliche Rechtsfortbildung) d'un droit de groupes de GmbH après la renonciation par le législateur voir Kleinert, in Festschrift für Helmrich, 1994, p. 667 qui considère que la renonciation par le législateur s'y oppose et Boujong, in Festschrift für Brandner, 1996, p.23 qui défend la thèse contraire.

<sup>196</sup> Büscher, Die qualifizierte faktische Konzernierung, eine gelungene Fortbildung des Rechts der GmbH ?, Bochum, 1999, p.2; concernant le §§ 303 AktG il y a même triple analogie puisque le droit du créancier qui en résulte n'est pas la possibilité d'exiger la constitution de garanties mais une action en paiement.

<sup>197</sup> Altmeyden, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen Konzern » und zum Gläubigerschutz in der Einmann GmbH, ZIP 2001, p.1837 ; Ulmer, Von « TBB » zu « Bremer Vulkan »-Revolution oder Evolution?, ZIP 2001, p.2021

<sup>198</sup> BGHZ, 95, 330

<sup>199</sup> BGHZ, 107, 7

présomption que l'exercice de ce pouvoir avait entraîné l'insolvabilité de la société (Vermutungskaskade= cascade de présomptions).<sup>201</sup>

Seule la preuve de ce que les pertes reposent sur des circonstances non imputables à l'exercice de la « Leitungsmacht » permettait de faire échec à l'action du créancier, preuve qu'il était en pratique souvent impossible de rapporter<sup>202</sup>

Cette jurisprudence a soulevé un véritable tollé en doctrine, en raison de la présomption de responsabilité qu'elle a instaurée et en raison de la quasi-impossibilité de la preuve contraire. Certains auteurs reprochaient au BGH d'avoir voulu une renaissance de la SNC sur la base de la loi sur les GmbH<sup>203</sup>, d'autres lui reprochaient même l'abolition pure et simple de la limitation de responsabilité dans la GmbH.<sup>204</sup>

Or, la Cour constitutionnelle saisie d'un recours a considéré que cette jurisprudence était compatible avec la constitution allemande.<sup>205</sup>

## **2.Responsabilité de comportement ( Verhaltenshaftung)**

Suite aux critiques incessantes, le BGH a cependant modifié sa jurisprudence par l'arrêt « TBB » du 29 mars 1993<sup>206</sup>, en substituant à une responsabilité de structure (Strukturhaftung), fondée uniquement sur *l'exercice* du pouvoir de domination (Leitungsmacht), une responsabilité de comportement (Verhaltenshaftung), qui repose sur un *abus objectif* de ce pouvoir.

Désormais, les deux conditions requises pour caractériser le groupe de fait qualifié sont l'exercice du pouvoir de domination sans considération suffisante pour les affaires (Belange) de la société d'une part, ainsi que l'impossibilité de réparer le préjudice par des mesures de compensation individuelles (Einzelausgleich) d'autre part.<sup>207</sup>

Avant de les exposer, il convient cependant d'apporter une précision concernant la qualité d'associé dominant.

---

<sup>200</sup> BGHZ, 115,187

<sup>201</sup> Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH Recht, in Festschrift 50 Jahre BGH,2000, p.85

<sup>202</sup> Weil, Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une Sarl filiale, Rev.soc.1993, p.775

<sup>203</sup> Mertens, Aktiengesellschaft, 1991

<sup>204</sup> Altmeppen, Grenzenlose Vermutungen im Recht der GmbH, Der Berater, 1991, p.2228

<sup>205</sup> BVerfG, NJW 1993, 2600=AG 1993, 513 « Video »

<sup>206</sup> BGHZ 122, 123=NJW 1993, 1200 ;

« Der eine GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter haftet...wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe »

« L'actionnaire dominant d'une GmbH voit sa responsabilité engagée lorsqu'il exerce le pouvoir de domination d'une façon qui *ne prend pas assez en considération les affaires de la société, sans que* le préjudice pourrait être réparée par des *mesures isolées* »

### **a) Associé dominant**

Tout d'abord il convient de préciser que la qualité d'associé dominant suppose conformément au § 15 AktG que l'associé soit une entreprise.<sup>208</sup> Il n'est cependant pas nécessaire qu'il ait la forme sociétaire, il peut au contraire s'agir d'un entrepreneur individuel<sup>209</sup>. Le critère essentiel est celui de la poursuite d'une activité et partant d'intérêts économiques distincts de ceux de la société dominée.

S'il est nécessaire que l'associé dominant exerce un pouvoir de domination uniforme (einheitliche Leitung) au sens du § 18 AktG, ou s'il suffit qu'une influence dominante (herrschender Einfluß) au sens du § 17 AktG soit exercée, est controversé en doctrine.<sup>210</sup>

### **b) Manque de prise en considération des affaires de la société dominée**

Pour que le concept du groupe de fait s'applique, il faut que l'associé dominant ait exercé son pouvoir de domination sans prendre suffisamment en compte les affaires (Belange) de la société dominée, autrement dit qu'il lui ait fait subir des désavantages sans mesure (unangemessene Beeinträchtigung) et sans qu'il y ait de contrepartie par ailleurs.<sup>211</sup>

Peuvent notamment être constitutifs d'un tel manque de considération certaines méthodes de restructuration, l'arrêt ou le transfert de productions bénéficiaires, le fait de priver la société dominée des liquidités nécessaires ainsi que la reprise de personnel hautement qualifié de la société dominée par l'associé dominant.<sup>212</sup>

### **c) Impossibilité d'une réparation individuelle (Einzelausgleich)**

Cette condition marque surtout le caractère subsidiaire de la responsabilité de l'associé dominant sur le fondement du groupe de fait qualifié par rapport à celle fondée sur son devoir de loyauté : en effet, seul dans les hypothèses où l'obligation de réparation qui résulte d'une violation du devoir de loyauté n'est plus à même de neutraliser le préjudice subi par la société

---

<sup>207</sup> Cette deuxième condition, qui constitue la raison même d'être du groupe de fait qualifié, était présente dès le départ.

<sup>208</sup> § 15 AktG « Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§16), abhängige und herrschende Unternehmen (§17), Konzernunternehmen (§18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§291, 292) sind. » Il s'agit d'une des dispositions concernant les groupes d'Aktiengesellschaften qui sont directement applicables aux GmbH.

<sup>209</sup> Begründung zur Regierungserklärung, Kropff, Aktiengesetz, 1965, p.27 « ein Unternehmen kann alle Rechtsformen haben, auch die des Einzelkaufmanns »

<sup>210</sup> Voir références chez Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1838

<sup>211</sup> Zöllner, op.cit., p.1627; Lutter/Hommelhoff, op.cit., p.250

<sup>212</sup> Pour une analyse détaillée des différentes mesures (Eingriffe) pouvant être constitutives d'un abus, voir Emmerich, Scholz, GmbHG, 9.Auflage 2000, p.2015ss.

dominée, une responsabilité globale (Globalhaftung) de l'associé dominant sur le fondement du groupe de fait qualifié prendra le relais.<sup>213</sup>

Une telle impossibilité résultera notamment de deux situations :

(1) « *Le panier de linge* » (*Waschkorbblage*)<sup>214</sup>

Cette image est utilisée par la doctrine pour désigner la situation dans laquelle l'associé dominant a constamment agi au détriment de la société dominée, sans que ces différents actes puissent être retracés, étant donné que factures, reçus et autres documents se trouvent pêle-mêle dans un « panier de linge » et qu'une comptabilité adéquate fait défaut.<sup>215</sup>

Ainsi, cette situation se caractérise par la *quantité* des mesures prises au détriment de la société. L'associé dominant peut cependant échapper à une responsabilité globale si grâce à une comptabilité scrupuleusement tenue ces différentes mesures et leurs conséquences pour la société peuvent être isolées et chiffrées.<sup>216</sup>

(2) *La détérioration de la société dominée (Bestandsgefährdung und Existenzvernichtung)*

A la différence de la première hypothèse, cette hypothèse se caractérise non pas par la quantité mais par la *qualité* des mesures prises au détriment de la société dominée. Il s'agit de mesures d'une ampleur telle qu'elles menacent la continuité, voire l'existence de la société dominée.

Cette hypothèse correspond principalement à deux situations :

Il s'agit premièrement de la « succession de GmbH » (GmbH-Staffette), situation dans laquelle des activités ou des liquidités de la GmbH sont transférés à d'autres sociétés dominées existantes ou constituées exprès dans ce but.

Il s'agit ensuite de la « GmbH cendrillon » (Aschenputtel-GmbH), situation dans laquelle tous les risques sont d'emblée concentrées au sein de la GmbH, tandis que toutes les chances de profit se situent au sein d'autres entreprises.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> Emmerich, Scholz, GmbHGesetz, 9. Auflage 2000, p.2017 ; Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.251

<sup>214</sup> Cette hypothèse se rapproche de celle de la confusion de patrimoines, qui constitue une des quatre hypothèses sur lesquelles se fonde la Durchgriffshaftung. Elle doit cependant en être distinguée pour différentes raisons. Pour une analyse détaillée de cette problématique, voir Schramm, Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern, München 1991, et Drax, Durchgriffs- und Konzernhaftung der GmbH Gesellschafter, München 1992

<sup>215</sup> Decher, Bemerkungen aus der Sicht der Praxis, in Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern- verbleibende Relevanz nach dem TBB Urteil ?, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, p.37; Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH-Recht, Festschrift 50 Jahre GmbH, 2000, p.89

<sup>216</sup> Lutter, Hommelhoff, GmbHGesetz Kommentar, op.cit., p.251

<sup>217</sup> BGH, BB 1994, 303=WM 1994, 203,204; BGH, BB 1994, 2303=ZIP 1994, 1690, 1693

### **C. Régime**

Lorsque le groupe de fait qualifié est caractérisé, ce sont les §§ 302 et 303 AktG qui s'appliquent par analogie.<sup>218</sup>

Ainsi, tant que le groupe de fait qualifié existe, l'associé dominant sera tenu de procéder au remboursement des pertes annuelles conformément au § 302 AktG. Le bénéficiaire de cette obligation est la société dominée. En cas d'inaction de sa part, les associés minoritaires peuvent agir à sa place et les créanciers peuvent procéder à une saisie des droits à l'encontre de l'associé dominé.<sup>219</sup>

Lorsque le groupe de fait qualifié prend fin, ce qui est non seulement le cas lorsque l'associé dominant cesse d'abuser de son pouvoir de domination, mais aussi lorsque la société dominée est dissoute ou fait l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire,<sup>220</sup> c'est le § 303 AktG mettant à la charge de l'associé l'obligation de constituer des garanties qui s'applique par analogie, avec deux particularités :

D'une part, le délai de 6 mois à compter de la publication de la fin du contrat de domination qui est imparti aux créanciers en matière de groupe contractuel d'AG ne saurait s'appliquer ici puisque ni le début ni la fin de la domination dans le groupe de fait qualifié de GmbH ne font l'objet d'une mention au registre du commerce et des sociétés (Handelsregister).

D'autre part, ce qui est plus fondamental, à l'obligation de constituer des garanties se substituera presque systématiquement l'obligation de désintéresser les créanciers par analogie avec le § 322 AktG, étant donné que la société dominée sera dans la plupart des cas vidée de sa substance.<sup>221</sup>

### **D. Critique du fondement**

Le concept du groupe de fait qualifié a fait l'objet de multiples critiques, et ce même après l'arrêt TBB qui avait rétabli une certaine sécurité juridique.

Les critiques peuvent se résumer ainsi :

D'une part, le droit commun des sociétés offrait dès l'origine des ressources suffisantes pour fournir un fondement pour la responsabilité de l'associé majoritaire dans les situations évoquées ci-dessus.<sup>222</sup>

D'autre part, dès lors qu'avec l'arrêt TBB le BGH s'était éloigné des conditions spécifiques au groupe (konzernspezifischer Tatbestand), en ce qu'au lieu du seul exercice du pouvoir de

---

<sup>218</sup> Pour une analyse détaillée de ces dispositions dans leur contexte d'origine, voir chapitre I, section 1

<sup>219</sup> Scholz, Emmerich, GmbHG 9. Auflage 2000, p.2029

<sup>220</sup> Zöllner, op.cit., p.1629

<sup>221</sup> Lutter, Hommelhoff, op.cit., p.251

<sup>222</sup> Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH-Recht, 50 Jahre BGH, 2000, p.103

domination uniforme (einheitliche Leitungsmacht), il fallait désormais des agissements au détriment de la société dominée, il semblait peu cohérent de maintenir des conséquences (Rechtsfolge) spécifiques au groupe.<sup>223</sup>

Dès lors, plusieurs auteurs s'étaient prononcés en faveur de l'abandon définitif du concept de groupe de fait qualifié, et partant de la responsabilité par analogie avec les §§ 302 et 303 AktG.<sup>224</sup>

## **§2 Garantie de l'existence(Bestandsschutz)fondée sur l'intérêt propre(Eigeninteresse)**

C'est l'arrêt « Bremer Vulkan » du 17 septembre 2001<sup>225</sup> qui a franchi le pas décisif, car dans l'arrêt TBB, si le BGH s'était éloigné d'une conception spécifique au groupe quant aux conditions de la responsabilité de l'associé dominant, il n'en avait pas moins conservé des conséquences empruntées au droit des groupes en maintenant l'analogie avec les §§ 302 et 303 AktG.

### **A. Le revirement**

Dans son premier attendu de principe, l'arrêt marque la rupture définitive avec la responsabilité empruntée au droit des groupes d'AG, et donne naissance à un nouveau concept dont le rattachement précis demeure encore incertain.

« La protection d'une GmbH dépendante contre des mesures préjudiciables de son associé unique ne suit pas le régime de responsabilité applicable aux groupes d'AG (§§291ss., §§ 311ss.), mais se fonde sur la protection de son capital social et *la garantie de son existence*, qui requiert une prise en considération de son *intérêt propre*.

Une telle prise en compte de son intérêt propre fait défaut lorsque la GmbH, à la suite des mesures préjudiciables prises par son associé unique, n'est plus en mesure *d'honorer ses engagements*. »<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1838 ; Ulmer, Von « TBB » zu « Bremer Vulkan », Revolution oder Evolution ?, ZIP 2001, 2021 ; les deux auteurs soulignent que dès l'arrêt TBB, l'accent n'est plus mis sur l'existence d'un « pouvoir de domination uniforme » caractéristique pour l'existence d'un groupe (Konzernatbestand), mais sur l'existence de mesures préjudiciables de la part de l'associé dominant. Dès lors, on pouvait se demander dès cet arrêt dans quelle mesure la responsabilité se rattachait encore à l'existence d'un groupe, et dans quelle mesure la première étape vers l'abandon de ce système de responsabilité spécifique au groupe était déjà franchie.

<sup>224</sup> Il s'agit notamment d'Altmeppen (qui dès 1991 (!) avait publié un ouvrage intitulé « L'abandon du groupe de fait qualifié » et qui a continué à œuvrer en ce sens), de Ulmer et de Röhrich.

<sup>225</sup> ZIP 2001, 1874

<sup>226</sup> Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts ( §§ 291 ss., §§ 311ss.), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt, der eine angemessene

Les faits de l'espèce ne correspondaient pas aux situations qui avaient classiquement entraîné l'application du concept de groupe de fait qualifié. En effet, l'action n'était pas intentée à l'encontre de l'associé dominant qui en l'espèce était une Aktiengesellschaft, mais à l'encontre du directoire de cette Aktiengesellschaft. Par conséquent, l'attendu de principe constitue en réalité un obiter dictum, ce qui signifie que la solution nouvelle possède une importance qui dépasse largement le cas d'espèce, voire que le BGH avait attendu de saisir la première occasion qui se présentait pour opérer un revirement en ce domaine.<sup>227</sup> .

Une réserve doit néanmoins être émise. En l'espèce, il s'agissait d'une GmbH à associé unique.<sup>228</sup> Ainsi, il ne peut être exclu qu'à l'avenir le concept de groupe de fait qualifié puisse encore être appliquée à une GmbH avec plusieurs associés.<sup>229</sup>

## **B. Conditions<sup>230</sup>**

Le BGH abandonne explicitement le rattachement de la responsabilité de l'associé majoritaire au droit des groupes en écartant l'application des §§ 291ss. ainsi que des §§ 311 ss.<sup>231</sup>, pour ensuite jeter les bases d'une nouvelle responsabilité dont le rattachement reste encore incertain.

### **1. Associé dominant**

Avec l'abandon du rattachement de la responsabilité de l'associé dominant au droit des groupes, il n'est plus nécessaire que l'associé ait la qualité d'entreprise, mais il peut au contraire s'agir d'une personne privée (Privatgesellschafter).

---

Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH fordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. »

<sup>227</sup> Voir en ce sens, Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1839 ; Ulmer, Von « TBB » zu « Bremer Vulkan », Revolution oder Evolution ?, ZIP 2001, 2022 ; contra K. Schmidt, Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH, NJW 2001, 3581 avec l'argument peu convaincant que déjà dans le passé le BGH s'était prononcé par la voie de obiter dicta qui ensuite auraient été remis en cause ; en faveur d'un revirement plaide par ailleurs le fait qu'un membre du BGH, Volker Röhrich, avait quelques mois seulement avant l'arrêt publié un article à l'occasion du 50<sup>ème</sup> anniversaire du BGH, dans lequel il avait procédé à une analyse critique de l'arrêt TBB et s'était prononcé en faveur d'une orientation nouvelle (Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH Recht, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.83)

<sup>228</sup>A la GmbH à associé unique est assimilée la GmbH avec des associés minoritaires qui consentent aux décisions de l'associé majoritaire.

<sup>229</sup>K. Schmidt, Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH, NJW 2001, p.3581 ; Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001,p.1838, qui souligne cependant que le groupe de fait qualifié n'avait eu de réelle importance qu'en matière de GmbH à associé unique.

<sup>230</sup> Il sera uniquement question du nouveau concept de « Bestandsschutz », et non des règles relatives à la protection du « Stammkapital » qui ont été développées dans la première section relative au groupe de fait de GmbH. La référence à ces règles plutôt qu'à celles relatives au devoir de loyauté s'explique par le fait qu'il s'agissait d'une GmbH à associé unique à laquelle on assimile une GmbH avec des associés minoritaires qui consentent aux décisions de l'associé majoritaire.

<sup>231</sup> La référence aux §§ 311 ss. signifie que les dispositions régissant le groupe de fait d'AG ne sont pas applicables au groupe fait d'AG, ce qui correspond à une jurisprudence constante. (cf. section 1, § 1). C'est la référence aux §§ 291 ss. relatifs au groupe contractuel qui marque l'abandon du groupe de fait qualifié.

Cet élargissement du domaine de la responsabilité quant aux personnes concernées avait été au préalable souhaité par la doctrine au nom d'un plus grand réalisme. La législation allemande est empreinte de l'idée qu'un conflit entre les intérêts de la société et ceux de ses associés risque surtout de naître lorsque l'associé est une entreprise, poursuivant une activité économique propre<sup>232</sup> Or, comme il a été souligné avec raison, la naissance d'un conflit d'intérêts est tout autant possible lorsque l'associé utilise la société non pas pour promouvoir d'autres activités économiques mais à des fins privées.<sup>233</sup>

Il ne faut cependant pas se tromper sur la portée pratique de cet élargissement. Si le conflit peut se poser en présence d'un associé personne privée, il n'en reste pas moins qu'il se posera beaucoup plus souvent en présence d'un associé entreprise.<sup>234</sup>

Le débat antérieur sur l'exigence d'un pouvoir de domination unique (einheitliche Leitungsmacht) ou d'une simple influence dominante (herrschender Einfluß) n'a plus lieu d'être.

## **2. Mise en danger de l'existence de la GmbH**

C'est dans cette reconnaissance de la garantie de l'existence de la GmbH, fondée sur le respect de son intérêt propre, distinct de l'intérêt de son associé unique, que réside l'originalité de l'arrêt Bremer Vulkan.

L'existence d'un tel intérêt propre avait auparavant été reconnue par la doctrine, qui le déduisait du fait que la liquidation de la GmbH devait obéir à des règles précises, constituant une limite à la liberté de l'associé unique face à sa société.<sup>235</sup>

Or, le contenu de cet intérêt propre de la société désormais reconnu par la jurisprudence semble se limiter à la garantie de son existence en vue de permettre le désintéressement des créanciers.<sup>236</sup> L'assimilation de l'intérêt de la société à celui de son associé unique cède ainsi

---

<sup>232</sup> Kropff, Begründung zur Regierungserklärung, p.42 « Der Gesetzgeber geht davon aus, daß beim Unternehmer-Gesellschafter die Gefahr bestehe, daß ...die Rechte aus der Beteiligung zum Nachteil der Gesellschaft für seine unternehmerischen Interessen ausgenutzt werden, während dies bei einem Gesellschafter, der kein Unternehmen ist, nicht in gleicher Weise zu befürchten ist. »

<sup>233</sup> Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH-Recht, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.120 qui exprime cette idée par l'image suivante « Man sollte keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter einer GmbH die zu ihrem Leben benötigte Liquidität deshalb entzieht, um ein Liebesnest für seine privaten Freuden zu erwerben oder um Löcher in einem anderen von ihm betriebenen Unternehmen zu stopfen. » ; voir aussi Bayer, in Münchner Kommentar, 2.Auflage 2000, p.324

<sup>234</sup> Decher, Konzernhaftung im Lichte von Bremer Vulkan, ZinsO-Praxis, 3/2002, p.114

<sup>235</sup> Röhrich, Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH-Recht, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.103

<sup>236</sup> Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1840

sa place à l'assimilation de l'intérêt de la société à celui de ses créanciers, sans que soit reconnu un intérêt propre qui serait distinct des intérêts gravitant autour de la société.<sup>237</sup>

### **3. Impossibilité de réparation individuelle?**

Le BGH ne se réfère plus explicitement à l'échec des mesures de réparation individuelles. Or, cette condition persiste à travers la condition précédente : en effet, la nouvelle responsabilité ne s'appliquera que lorsque les mesures de l'associé majoritaire atteindront un certain degré de gravité, id est lorsqu'elles mettront en danger l'existence même de la société.<sup>238</sup>

Ainsi, cette responsabilité s'appliquera dans les mêmes hypothèses dans lesquelles s'appliquait auparavant le concept de groupe de fait qualifié.

#### **C. Le régime**

Le BGH n'a pas dû se prononcer sur les conséquences précises de cette nouvelle responsabilité, étant donné qu'en l'espèce ce n'était pas la responsabilité de l'associé majoritaire qui avait été recherchée.

On peut cependant supposer que cette responsabilité n'entraînera plus l'obligation pour l'associé de rembourser les pertes annuelles de la société, qui semble être une obligation trop spécifique au droit des groupes pour être maintenue sous l'empire de la nouvelle jurisprudence. En pratique, elle n'avait de toute manière pas d'importance dans la mesure où la responsabilité de l'associé majoritaire était rarement recherchée avant la cessation du « groupe de fait qualifié ».<sup>239</sup>

L'associé majoritaire sera donc uniquement tenu de désintéresser les créanciers, comme c'était auparavant le cas lorsque le « groupe de fait qualifié » prenait fin.

#### **D. La recherche du fondement**

Le fondement précis de cette nouvelle responsabilité a été laissé ouvert par le BGH, ce qui a suscité un nombre infini de spéculations en doctrine.<sup>240</sup>

On peut cependant distinguer deux tendances principales :

---

<sup>237</sup> Cette conception de l'intérêt social telle qu'elle ressort de l'arrêt se rapproche de celle proposée par Wiedemann, in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd.II, 2000, p.353 qui avait soutenu que « l'intérêt propre de la GmbH n'était rien d'autre que la somme des intérêts de ses salariés et des autres créanciers »

<sup>238</sup> Decher, Konzernhaftung im Lichte von Bremer Vulkan, ZinsO-Praxis, 3/2002, p.114

<sup>239</sup> Decher, Konzernhaftung im Lichte von Bremer Vulkan, ZinsO-Praxis, 3/2002, p.115

<sup>240</sup> Non moins de 20 articles ont paru à la suite de l'arrêt du BGH, et un auteur a usé d'une sorte de droit de réponse en publiant un deuxième article à la suite des réactions face à son premier article. ( Altmeppen, Grundlegend Neues zum « qualifizierten faktischen Konzern » und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP, 2001, p.1837 ; Altmeppen, Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH », NJW, 2002, p.321)

## **1. Une responsabilité par analogie avec la responsabilité du gérant**

Cette thèse est notamment défendue par le professeur Altmeppen<sup>241</sup> et se fonde sur le raisonnement suivant :

L'associé majoritaire de la GmbH doit être considéré comme étant le gérant de l'affaire d'autrui, puisque le patrimoine social n'est pas à sa disposition en ce qu'il est principalement affecté au désintéressement des créanciers.

Par conséquent, il doit répondre de ses agissements au détriment de la société sur le même fondement que le gérant d'une société, c'est à dire en matière de GmbH sur le fondement du § 43 GmbHG.

## **2. Un prolongement du devoir de loyauté**

Selon les professeurs Ulmer<sup>242</sup> et Schmidt<sup>243</sup>, il s'agirait plutôt d'un prolongement du devoir de loyauté de l'associé à l'égard de la société qui a été reconnu par l'arrêt ITT de 1975. CE prolongement serait double : d'une part, le devoir de loyauté serait désormais reconnu en l'absence d'associés minoritaires ou en présence d'associés minoritaires consentants, d'autre part, il constituerait désormais non plus uniquement le fondement d'une obligation de réparation individuelle mais également d'une obligation de réparation globale.

## **CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE**

Quelque soit le fondement sur lequel le BGH décidera d'asseoir la responsabilité de l'associé dominant, on peut dès à présent constater que malgré la grande attention qu'a pu susciter l'arrêt du BGH, les changements *en pratique* restent plutôt mineurs au regard des nouvelles conditions de responsabilité.

C'est donc surtout *d'un point de vue méthodologique* que cette évolution présente un grand intérêt, puisque après avoir forgé un système de responsabilité qui empruntait tant ses conditions que ses conséquences au droit des groupes des Aktiengesellschaften, le BGH s'en est dans un premier temps éloigné dans son arrêt TBB, pour abandonner désormais toute référence au droit des groupes d'AG et créer une responsabilité sur le fondement de notions issues du droit commun des sociétés.

---

<sup>241</sup>voir les deux articles précités

<sup>242</sup> Ulmer, Von « TBB » zu « Bremer Vulkan », Evolution oder Revolution ?, ZIP, 2001, p.2021

<sup>243</sup> Schmidt, Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH, NJW, 2001, p.3577

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

A côté du système législatif de responsabilité applicable en matière de groupes d'Aktiengesellschaften, qui tant en ce qui concerne les groupes de droit qu'en ce qui concerne les groupes de fait n'a pas subi d'évolution majeure depuis l'Aktiengesetz de 1965, la responsabilité en matière de groupes de GmbH n'a cessé d'être en mouvement.

Si dans un premier temps, tout semblait plaider pour une transposition pure et simple des règles applicables en matière d'Aktiengesellschaften, soit par voie législative, soit par analogie, c'est peu à peu une conception plus différenciée qui l'a emporté.

Ainsi, désormais seul le groupe contractuel de GmbH est soumis par analogie aux mêmes règles que le groupe contractuel d'Aktiengesellschaft. Etant donné que le nombre de groupes contractuels de GmbH est encore plus faible que celui de groupes contractuels d'AG, il s'agit là presque d'une donnée négligeable. Quant au groupe de fait, une application par analogie des règles relatifs au groupe de fait d'AG avait été exclu pour les raisons que l'on sait. Restait le concept du groupe de fait qualifié qui entraînait dans certaines situations l'application redoutable au groupe de fait de GmbH de dispositions relatives au groupe contractuel d'Aktiengesellschaft.

Cette construction avait non seulement fait l'objet de critiques sur le plan du pur droit interne, mais avait également suscité un grand scepticisme sur le plan du droit comparé. Ainsi, avait été déploré que cette jurisprudence contribuait à isoler le droit allemand en ce qu'elle accentuait encore la tendance d'adopter des règles spécifiques au droit des groupes (konzernspezifisch) là où le même résultat pouvait être obtenu par la mobilisation de ressources du droit des obligations ou du droit des sociétés.<sup>244</sup>

Ainsi, l'abandon définitif du « groupe de fait qualifié » présente non seulement un intérêt sur le plan du droit interne, mais aussi sur le plan du droit comparé, en ce qu'il rapproche la démarche du droit allemand en matière de groupe de GmbH des méthodes utilisées dans d'autres ordres juridiques et notamment en droit français, où la responsabilité de l'associé dominant ainsi que les autres questions du droit des groupes ont été en grande partie résolues par l'adaptation de ressources du droit commun.

---

<sup>244</sup> Erich Schanze, Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze, in Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, p.476 ; voir en ce sens aussi l'étude de Becker, Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im deutschen Recht, in Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, p.419ss.

Et cette évolution ne se limitera peut être pas au groupe de GmbH, puisque des voix s'élèvent pour dire qu'en matière de groupe de fait d'Aktiengesellschaft, étant donné que le BGH a tout comme en matière de GmbH reconnu un devoir de loyauté à la charge de l'actionnaire<sup>245</sup>, la responsabilité de l'actionnaire pourrait à l'avenir être régie par ce biais-là.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup>BGHZ, 103,184 = NJW 1988, 1579 « Linotype » ; BGHZ 129,136 = NJW 1995, 1739 « Girmes » ;BGH, ZIP 1999, 1444 « Hilgers »

<sup>246</sup>Emmerich/Sonnenschein/Habersack, Konzernrecht, C.H.Beck München, 7.Auflage 2001, p.392 « Mit Anerkennung weitreichender mitgliedschaftlicher Treupflichten des Aktionärs gegenüber der AG und den Mitaktionären hat sich inzwischen allerdings die Ausgangslage ganz entscheidend verändert : nunmehr wäre es, wie das Beispiel der abhängigen GmbH zeigt, durchaus möglich, den Schutz der abhängigen GmbH und ihrer Außenseiter unter Rückgriff auf die Treupflicht zu besorgen. »

## **DEUXIEME PARTIE RESPONSABILITE AU SEIN DU GROUPE**

### **CHAPITRE III GROUPE DE SA ET DE SARL**

#### **INTRODUCTION**

A la différence du droit allemand, la législation française ne régit pas de façon globale le phénomène du groupe de sociétés, ni en matière de SA, ni en matière de SARL.

La situation de départ est ainsi entièrement différente de celle qui se présente en matière de Aktiengesellschaften, au sein desquelles la responsabilité de l'actionnaire dominant est entièrement régie par l'Aktiengesetz. Elle se distingue également de celle en matière de GmbH, pour lesquelles une des options pour régler la responsabilité de l'associé dominant a été de procéder par analogie avec les solutions proposées par l'Aktiengesetz, option qui désormais ne vaut plus que pour le groupe de droit.

Or, le conflit entre les intérêts que poursuit la société mère et les intérêts de la filiale se pose exactement dans les mêmes termes<sup>247</sup>. La filiale elle-même, ainsi que ses associés minoritaires et ses créanciers risquent d'être les victimes directes de la politique de groupe poursuivie et doivent donc en contrepartie pouvoir engager la responsabilité de la société mère.<sup>248</sup>

Conception et application d'une telle responsabilité risquent cependant de se heurter à des obstacles considérables, tels les principes d'autonomie de la personnalité morale et de son patrimoine, le principe de la limitation de responsabilité des associés ainsi que le principe de la relativité des conventions.<sup>249</sup>

Ainsi, la solution de principe en droit français demeure celle de l'absence de responsabilité de la société mère à l'égard des créanciers de sa filiale, même si la participation dans le capital de la filiale est très importante.<sup>250</sup> Il en va de même de sa responsabilité à l'égard de sa filiale ainsi qu'à l'égard des minoritaires.

Or, le droit français n'en dispose pas moins de ressources, tant prétorienne que législatives, qui dans certaines situations caractérisées permettent d'engager la responsabilité de la société mère.

---

<sup>247</sup> Dans ce chapitre consacré au droit français, les termes société mère et filiale se substituent à ceux d'actionnaire dominant et société dominée/société dépendante étant donné qu'il s'agit des termes usuels du droit des groupes français.

<sup>248</sup> Martin Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England, Heymann, 1995, p.2

<sup>249</sup> Dominique Schmidt, La responsabilité civile dans les groupes de sociétés, Rev.sociétés, 1981, p.726

L'ambition de cette partie est tout d'abord de donner une impression de la diversité des fondements permettant d'engager la responsabilité de la société mère qui se sont développées en l'absence de législation spécifique<sup>251</sup>, et non de procéder à une présentation détaillée de chacun des fondements, sans doute fastidieux pour le lecteur français.

Par ailleurs, cette partie reste imprégnée de l'expérience allemande des deux premiers chapitres grâce à des mises-en perspectives qui ne prétendent nullement d'être exhaustives, étant donné qu'une systématisation des différents concepts de responsabilité utilisés dans les deux pays sera proposé en guise de conclusion générale.

On distinguera d'une part les fondements de responsabilité applicables en cas de procédure collective de la filiale, et d'autre part les fondements applicables lorsque la filiale est in bonis.

## **SECTION PREALABLE LA SOCIETE MERE DIRIGEANT DE SA FILIALE**

A la différence d'autres ordres juridiques, et notamment à la différence du droit allemand<sup>252</sup>, le droit français admet qu'une personne morale peut tout comme une personne physique être dirigeant d'une société. Cette possibilité est cependant limitée à la qualité d'administrateur de SA. Le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeur généraux délégués de la SA ainsi que le gérant de la SARL doivent être des personnes physiques<sup>253</sup>.

La société mère, lorsque outre sa qualité d'associé<sup>254</sup> majoritaire elle possède la qualité de dirigeant, peut alors voir sa responsabilité engagée sur le fondement des dispositions applicables aux dirigeants.

---

<sup>250</sup> Paris, 15 mai 1990, Bull.Joly, 1990, p.879

<sup>251</sup> Cette impression de diversité prévaut chez la plupart des auteurs allemands, voir notamment Wolf, Konzernhaftung in Frankreich und England, Heymann 1995 qui parle de « la coexistence de multiples fondements » et Lübking, in Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, Nomos Verlag, 2000, qui parle de « voies diverses, dont le champ d'application est souvent difficile à délimiter »

<sup>252</sup> En effet, en Allemagne une personne morale ne saurait être membre du directoire ni du conseil de surveillance. Ceci résulte pour le directoire du § 76 Abs. 3 AktG « Mitglied des Vorstandes kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein » et pour le conseil de surveillance du § 100 AktG « Mitglied des Aufsichtsrats kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein ». La même interdiction s'applique en Suisse ainsi qu'aux Etats Unis. Les raisons de cette interdiction sont d'une part un souci de transparence et de responsabilisation personnelle, d'autre part des considérations concernant la capacité limitée (Handlungsunfähigkeit) des personnes morales.

Au contraire, la Grande Bretagne, les pays du Benelux ainsi que le Lichtenstein admettent qu'une personne morale peut revêtir des fonctions dirigeantes.

<sup>253</sup> Pour la SA L225-47 « personne physique... président du conseil d'administration », L225-51-1 « la direction générale de la société est assumée soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique » ; L225-53 « une ou plusieurs personnes physiques avec le titre de directeur général délégué » ; et pour la SARL L223-18 « La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. »

<sup>254</sup> Le terme associé est utilisé en tant que terme générique, susceptible d'englober les porteurs de parts de SARL ainsi que les propriétaires d'actions de SA.

## **§1 Dirigeants communs**

Dans un groupe de sociétés, les liens financiers se doublent souvent de liens personnels et société mère et filiale ont souvent des dirigeants communs.

On a vu qu'en droit allemand, l'existence de doubles-mandats (Vorstandsdoppelmandate) permettait de faire présumer l'existence de « directives » au sein du groupe de droit et d' « incitations » au sein du groupe de fait. Ainsi, si l'associé dominant ne saurait directement revêtir des fonctions dirigeantes au sein de sa filiale, le droit allemand n'en témoigne pas moins d'un grand réalisme en admettant la présomption de l'exercice d'un pouvoir de domination en présence de dirigeants communs.

En droit français il n'est pas certain qu'en présence de dirigeants communs, on puisse présumer que les dirigeants au sein de la filiale interviennent au titre d'un mandat de la société mère, en tant que représentants légaux de celle-ci.<sup>255</sup>

## **§2 Dirigeant salarié de la société mère**

On sait que la jurisprudence admet qu'une même personne puisse cumuler les qualités de dirigeant d'une filiale et de salarié de la société mère.<sup>256</sup> Une doctrine autorisée souligne qu'une telle pratique peut être de nature à favoriser la reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait de la société mère.<sup>257</sup>

## **§3 Dirigeant de droit**

Souvent la société mère sera formellement investi d'un mandat d'administrateur au sein de sa filiale qu'elle exercera à travers son représentant permanent expressément désigné.

## **§4 Dirigeant de fait<sup>258</sup>**

Il n'est cependant pas nécessaire que la société mère soit dirigeant de droit de sa filiale pour que sa responsabilité soit engagée, il suffit qu'elle puisse être qualifiée de dirigeant de fait<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> Voir en ce sens un arrêt de la chambre commerciale du 3 oct. 2000, Dr.sociétés 2001, n°79, J.P Legros, qui insiste sur la nécessité de désigner expressément le représentant légal d'une société comme représentant permanent pour que cette qualité lui soit reconnue

<sup>256</sup> Soc. 2 oct. 1991, RJS 11/91 n°1252

<sup>257</sup> Mercadal et Janin, Mémento Lefebvre, Groupes de sociétés, 2001-2002, §15223 ; pour la qualité de dirigeant de fait voir ci-dessus, 4.

<sup>258</sup> En l'absence de décision en sens contraire, il semble que la qualité de dirigeant de fait puisse être reconnue indifféremment aux personnes physiques et aux personnes morales. Ainsi, si la société mère ne saurait être dirigeant de droit d'une SARL, elle pourra néanmoins voir sa responsabilité engagée en tant que dirigeant de fait.

<sup>259</sup> L'article L624-3 C.com (ancien article 180 de la loi du 25 janvier 1985) relatif à l'action en comblement de passif ainsi que l'article L624-5 C.com (ancien article 182 de la loi du 25 janvier 1985) qui prévoit l'ouverture

La situation de fait peut se définir comme une sorte « d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi », mais à laquelle manque « l'une des conditions légales pour accéder (...) à la vie du droit. »<sup>260</sup>

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris fournit une définition à la fois complète et concise de la qualité de dirigeant de fait, qui est caractérisée par « l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de la société, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause. »<sup>261</sup>

Quiconque s'immisce dans la gestion de la société mérite donc cette qualité. On observe cependant que le dirigeant de fait n'est pratiquement jamais une personne totalement étrangère à la société.<sup>262</sup>

La société mère en sa qualité d'associé majoritaire semble être la plus susceptible de participer activement à la direction de la filiale. La position majoritaire ne présume cependant pas l'ingérence et l'associé majoritaire qui s'est borné à exercer le droit de contrôle et d'intervention attaché à ses titres ne saurait être tenu pour un dirigeant de fait.<sup>263</sup>

On peut noter que ce type d'immixtion concerne fréquemment les SARL en raison du caractère hybride de ces sociétés. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que la qualité de dirigeant de fait risque d'être « fréquemment attribuée » à l'associé unique lorsque la société est dirigée par un tiers, dirigeant en titre<sup>264</sup>, position qui se rapproche de celle adoptée par le BGH avant l'arrêt TBB.<sup>265</sup>

Mais il peut tout autant se rencontrer en matière de SA, comme en témoigne un arrêt récent qui a qualifié une société mère de dirigeant de fait pour avoir « accordé à sa filiale une autonomie que pour les actes de gestion courante » et pour l'avoir « contrainte, notamment, à modifier ses comptes, à changer de politique salariale, à verser des excédents de trésorerie au profit d'autres sociétés sœurs en violation de ses statuts et à procéder, contre l'avis de son dirigeant, à sa liquidation amiable ainsi qu'à la fermeture de son établissement ». <sup>266</sup>

---

d'une procédure collective à titre de sanction, s'appliquent tant aux dirigeants de droit qu'aux dirigeants de fait de la société faisant l'objet d'une procédure collective.

<sup>260</sup> Roger Houin, Rapport général sur les situations de fait, Travaux de l'association Henri Capitant, t.XI, 1957, p.322

<sup>261</sup> Paris, 11 juin 1987, Bull.Joly 1987, p.719 ; pour une analyse plus détaillée des critères de la direction de fait, voir les études de D.Tricot, Les critères de la gestion de fait, Droit et Patrimoine, janv.1996 p.24

<sup>262</sup> N.Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev.sociétés, 1997, p.499

<sup>263</sup> Cozian, Viandier, Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 14<sup>ème</sup> édition, 2001,p.140 ; voir notamment Paris, 7 mai 1975, D.1975, somm.121 ; Paris, 10 mai 1989, JCP E, 1989.II.15558 ; Paris,19 sept.1995, RJDA, p.1051, n°1368

<sup>264</sup> N. Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev.sociétés, 1997, p.508

<sup>265</sup> Voir chapitre II, section 2 ;

## **SECTION 1 LA RESPONSABILITE DANS LE CADRE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE**

En vertu du principe de l'autonomie des patrimoines, une procédure collective ouverte à l'encontre d'une filiale devrait rester sans conséquences pour la société mère.

Or, la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives, codifiée aux articles L620-1ss. C.com, prévoit la responsabilité des dirigeants de la société faisant l'objet d'une procédure collective. En outre, la jurisprudence, faisant preuve d'un grand pragmatisme, a forgé des concepts permettant l'extension de la procédure initiale à d'autres sociétés, et notamment à la société mère.

### **SOUS-SECTION 1 RESPONSABILITE EN TANT QU'ORGANE**

#### **§ 1 L'action en comblement de passif**

L'action en comblement de passif prévu à l'article L 624-3 C.com évince toute action sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil<sup>267</sup> ainsi que sur le fondement des articles L 223-22 et L225-251 du code de commerce<sup>268</sup> et n'est ouverte qu'à un cercle restreint de personnes.

#### **A. Conditions**

L'action en comblement de passif nécessite premièrement une insuffisance d'actif, condition qui se trouve pratiquement toujours remplie lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de la société<sup>269</sup>, deuxièmement une faute de gestion qui réside le plus souvent dans une détection tardive des difficultés de la société qui s'accompagne d'une accumulation de pertes, et enfin un lien de causalité entre les deux.

#### **B. Régime**

Ni les créanciers à titre individuel, ni les associés de la société ne peuvent agir en comblement de passif à l'encontre de la société mère, dirigeant de droit ou de fait. Seul l'administrateur, le représentant des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le procureur de la République peuvent agir.<sup>270</sup>

---

<sup>266</sup> Com. 6 juin 2000, RJDA 2000, n°868

<sup>267</sup> Com. 20 juin 1995, Rev.sociétés 1995, p.766

<sup>268</sup> Com. 28 fév. 1995, D1995, 390, Derrida ; pour des arrêts récents qui délimitent précisément le champ d'application des dispositions respectives en fonction de la chronologie des faits voir Com.14 mars 2000, Bull.Joly 2000, 602, Daigre et Com. 28 mars 2000, ibid.,606, Daigre

<sup>269</sup> Mémento sociétés Lefebvre, 2002, § 28776

<sup>270</sup> art. L 624-6 C.com

Les sommes ainsi obtenues entrent dans le patrimoine de la filiale pour être affectées à la continuation de l'entreprise en cas de redressement ou pour être réparties entre les créanciers en cas de liquidation<sup>271</sup>.

## **§2 Mise en redressement ou liquidation judiciaire<sup>272</sup>**

L'article L 624-5 C.com prévoit l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du dirigeant à titre de sanction dans plusieurs hypothèses.

### **A. Conditions**

C'est l'utilisation abusive par la société mère de la personnalité morale de sa filiale dans son intérêt propre qui peut entraîner l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation.

Sont constitutifs d'une telle utilisation abusive :

1. le fait de disposer des biens de la personne morale comme des siens propres
2. le fait d'effectuer des actes de commerce dans un intérêt personnel sous couvert de la personne morale
3. un usage des biens ou du crédit de la personne morale contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle la personne concernée a un intérêt direct ou indirect
4. la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements
5. une infraction relative à la comptabilité (comptabilité fictive ou manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales)
6. le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif ou une augmentation frauduleuse du passif de la personne morale.

Ces conditions rappellent les hypothèses dans lesquelles le droit allemand permet-certes de façon exceptionnelle – d'engager la responsabilité de l'associé majoritaire qui sont regroupés sous le terme « d'utilisation abusive de la limitation de responsabilité » (Durchgriffshaftung).<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> Art. L 624-3, al 3

<sup>272</sup> La place de ce développement au sein de la première sous-section se justifie doublement : d'une part, l'application de l'article L 624-5 requiert la qualité de dirigeant de la personne concernée, d'autre part, la sanction prévue n'est pas une extension de la procédure déjà ouverte à l'encontre de la filiale mais l'ouverture d'une procédure nouvelle

<sup>273</sup> Voir ci-dessus chapitre II section 1 § 2 ; à la différence de la Durchgriffshaftung, la mise-en- redressement ou liquidation judiciaire requiert cependant que la société mère ait la qualité de dirigeant ; en outre, la sanction n'est

## **B. Régime**

Comme pour l'action en comblement du passif, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du dirigeant peut uniquement être demandée par les personnes énumérées à l'article L 624-6 C.com.

La procédure comprendra outre le passif personnel du dirigeant celui de la personne morale.<sup>274</sup>

### **SOUS-SECTION 2 RESPONSABILITE EN VERTU D'UNE UNITE RECONSTITUEE**

En dehors des hypothèses législatives permettant d'engager la responsabilité de la société mère en sa qualité de dirigeant, la jurisprudence a dès avant la loi de 1985 développé des concepts permettant une extension de la procédure à d'autres sociétés du même groupe, et notamment à la société mère.

Il s'agit d'une part de la notion de société fictive, d'autre part de la notion de confusion de patrimoines, institutions qui permettent de sanctionner des manœuvres qui tendent à faire croire à l'existence de plusieurs sociétés là où il n'y a en réalité qu'une seule.<sup>275</sup>

#### **§ 1 Société fictive**

La fictivité d'une société permet l'extension de la procédure qui la frappe à la personne physique ou morale qu'elle dissimule et qui la contrôle.

Il y a fictivité lorsqu'un des éléments constitutifs de l'article 1832 fait défaut, et notamment lorsqu'il n'y a pas d'affectio societatis, la société n'étant qu'une façade.<sup>276</sup>

A titre d'exemple on peut notamment citer un arrêt récent ayant retenu la fictivité d'une société qui financièrement était sous la dépendance totale d'une autre société et qui n'avait pas d'activité économique réelle, faute d'activité autonome et d'exploitation effective.<sup>277</sup>

---

pas le négation de la personnalité morale de la filiale et la perte du bénéfice de la limitation de responsabilité, quoique le fait d'ajouter au passif personnel le passif social s'en rapproche. La comparaison de la Durchgriffshaftung avec les concepts de confusion de patrimoine et de fictivité montre encore plus de convergences.

<sup>274</sup> Art. L 624-5 III

<sup>275</sup> voir Dominique Schmidt, La responsabilité civile dans les relations de groupe de société, Rev.sociétés, p.731, qui parle à propos de la société fictive et de la confusion de patrimoines de manœuvres « tendant à faire accroire l'existence d'un groupe, là où il n'y a qu'une société isolée », par opposition à des manœuvres « tendant à faire accroire qu'il y a une seule société là où se trouve un groupe » qui correspondent à des hypothèses où deux sociétés créent à l'égard d'un tiers l'apparence de n'en constituer qu'une.

<sup>276</sup> Philippe Delebecque, Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe, Rev. proc. collectives 1998, p.129

## § 2 Confusion de patrimoines

La confusion de patrimoines se caractérise par une imbrication des patrimoines telle qu'il est difficile de distinguer les différentes sociétés.<sup>278</sup>

Une analyse de la jurisprudence permet d'isoler deux critères permettant de caractériser une confusion de patrimoines qui sont d'une part une imbrication inextricable des comptes de deux sociétés, d'autre part l'existence de flux anormaux.<sup>279</sup>

Société fictive et confusion de patrimoine<sup>280</sup> entraînent la négation de l'écran de la personnalité morale de la filiale et partant l'extension de la procédure collective à la société mère.

Ainsi, tant en ce qui concerne la situation dans laquelle ces deux institutions s'appliquent qu'en ce qui concerne la sanction qui leur est attachée, elles se rapprochent de la « Durchgriffshaftung » du droit allemand, qui constitue cependant seulement un fondement subsidiaire de responsabilité en matière de groupes comme nous l'avons vu dans la première partie.<sup>281</sup>

## § 3 Entité économique ?

Certaines juridictions de fond ont entrepris d'étendre des procédures collectives sur le fondement de l'existence du groupe « entité économique » même dans des hypothèse dans lesquelles ni la fictivité de la société, ni une confusion de patrimoines étaient caractérisées.<sup>282</sup>

C'est la Cour d'appel de Paris qui a initié ce mouvement en prononçant une extension de procédure à la société mère d'une filiale privée d'autonomie étant donné que toutes les entreprises appartenant au groupe formaient une unité.<sup>283</sup>

Bien que cette démarche ait été saluée par une partie de la doctrine comme une nouvelle forme de responsabilité propre aux groupes de sociétés<sup>284</sup>, la Cour de cassation n'a pas

---

<sup>277</sup> Com. 21 novembre 1995, JCP 1996 E .II.852, Daigre

<sup>278</sup> Répertoire des sociétés Dalloz, Groupe de sociétés, Germain et Pariente, p.21

<sup>279</sup> J.J.Daigre in note sous Com. 13 octobre 1993, Bull. Joly p.1239

<sup>280</sup> Au sujet de la controverse sur identité ou diversité des deux concepts, voir J.-F.Barbiéri, Confusion de patrimoines et fictivité des sociétés, Petites aff., 25 oct.1996, p.9 ; B.Soinne, Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion de patrimoines, Petites aff. 6déc.1995, p.12 ; en dernier lieu Ph. Delbecque, in Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe, Rev.proc.collectives 1998, p.129 qui défend la thèse que la fictivité ne suppose pas nécessairement la confusion de patrimoines, une société fictive n'ayant pas la personnalité morale ne pouvant pas avoir de patrimoine, tandis qu'à l'inverse la confusion de patrimoine qui aboutit à ce qu'il n'y ait plus qu'un seul patrimoine suppose que l'une des deux personnes concernées soit fictive.

<sup>281</sup> chapitre II, section 1, § 2

<sup>282</sup> Répertoire des sociétés Dalloz, Groupe de sociétés, Germain et Pariente, p.22

<sup>283</sup> Paris, 20 mars 1986, Rev.sociétés 1987, p.98 note Guyon

reconnu ce nouveau fondement et continue à exiger la fictivité de la société ou une confusion de patrimoines<sup>285</sup>.

## **SECTION 2 RESPONSABILITE EN DEHORS D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE**

Si la responsabilité de la société mère sera surtout recherchée en cas de procédure collective, créanciers, minoritaires ainsi que la filiale elle-même n'attendront pas toujours ce cas extrême pour agir.

Ainsi, il convient d'étudier également les différents fondements de responsabilité pouvant être retenus indépendamment d'une procédure collective de la filiale, en distinguant à nouveau les cas dans lesquels la responsabilité de la société mère sera recherchée en tant qu'organe des cas dans lesquels cette responsabilité résulte de la reconstitution d'une unité.

### **SOUS-SECTION 1 RESPONSABILITE EN TANT QU'ORGANE**

Au préalable il convient de préciser qu'à la différence de l'acception étroite utilisée dans la première section, la notion d'organe doit ici être comprise de façon plus large, puisqu'il ne sera pas uniquement question de la société mère en tant que dirigeant de droit ou de fait de sa filiale, mais aussi de son comportement en tant qu'associé au sein de l'assemblée générale, voire en dehors de celle-ci.

#### **§ 1 Dirigeant**

Comme il a été dit dans la première section, la société mère peut être dirigeant de droit ou de fait de la filiale.<sup>286</sup> Or, à la différence des règles concernant les procédures collectives, où dirigeant de droit et dirigeant de fait sont soumis au même régime, le fondement sur lequel la responsabilité d'une société mère d'une filiale in bonis sera engagée diffère selon que la société est dirigeant en titre ou non.

---

<sup>284</sup> Daigre, Petites aff. 19 fév.1988, p.19 ; Pariante, Bulletin July 1994, p.321 ; voir aussi Dominique Schmidt, in La responsabilité civile dans les relations de groupe de société, Rev.sociétés 1981, p.734, qui avant l'arrêt de la CA de Paris avait déjà proposé de fonder une responsabilité solidaire au sein du groupe sur la notion d'entreprise unique empruntée au droit du travail, qui connaît la notion d' « unité économique et sociale » lorsque les activités des sociétés membres sont entièrement connexes et complémentaires ; en Allemagne, cette évolution avait également suscité un certain intérêt, voir Wolf, Konzernhaftung in England und Frankreich, Heymann, 1995, p.22

<sup>285</sup> Com. 8 novembre 1988, Rev.sociétés 1990, p.71 ; Com. 20 octobre 1992,(2 arrêts), Bull.civ.IV, n°313 et 314 ; Com.5 avril 1994, Bull. July 1994, p.644

<sup>286</sup> Sur les différences entre droit français et droit allemand concernant la possibilité pour une personne morale d'être dirigeant, voir section préalable

## **A. Dirigeant de droit**

Dans la mesure où seule une personne physique peut assumer la direction de droit d'une SARL comme il a été dit plus haut, sera uniquement évoqué la disposition permettant d'engager la responsabilité civile de la société mère administrateur d'une SA. Il s'agit de l'article L225-251 qui régit la responsabilité individuelle ou solidaire des administrateurs.

Cet article évince toute action sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile régi par les articles 1382 ss. du code civil.<sup>287</sup>

L'administrateur engage sa responsabilité envers la société ou envers les tiers pour des infractions aux dispositions légales et réglementaires applicables aux SA, pour une violation des statuts ainsi que pour une faute de gestion. Il convient cependant de préciser qu'à l'égard des tiers, la jurisprudence exige « une faute détachable des fonctions » et « personnellement imputable » au dirigeant<sup>288</sup> Une analyse des différentes espèces montre qu'il est pratiquement impossible de caractériser une telle faute, ce qui limite considérablement la possibilité d'une action des tiers.<sup>289</sup>

En vertu de l'article L 225-252 C.com., les actionnaires peuvent intenter l'action au nom de la société(action sociale ut singuli) et disposent également d' une action en réparation de leur préjudice personnel qui doit être distinct de celui subi par ricochet (action individuelle).<sup>290</sup>

## **B. Dirigeant de fait**

### **1. Fondement de l'action**

En vertu d'une jurisprudence rendue en matière de SARL<sup>291</sup> mais également applicable aux SA, la responsabilité civile du dirigeant de fait n'est pas engagée sur le fondement des articles régissant la responsabilité des dirigeants de droit, mais sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile régi par les articles 1382 ss. du code civil. La direction de fait est ainsi assimilée à un fait délictuel.

Ce refus d'appliquer au dirigeant de fait les règles régissant la responsabilité civile des dirigeants de droit, s'il peut être justifié par un argument de texte, dans la mesure où les textes sur la responsabilité en cas de procédure collective visent expressément les dirigeants de fait alors que les textes régissant la responsabilité civile ordinaire visent uniquement les dirigeants

---

<sup>287</sup> Com. 13 juin 1995, Dr.sociétés 1995, n°223, obs. Vidal

<sup>288</sup> voir notamment Com. 28 avril 1998, Bull.Joly, 1998.808, note Le Cannu

<sup>289</sup> voir en dernier lieu l'analyse de Dominique Vidal, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise n°3 année 2001, p.18

<sup>290</sup> voir notamment Com.26 janvier 1970, JCP 1970.II.16385, note Guyon

<sup>291</sup> Com.6oct.1981, D.83.133, note B.Soinne et Com.21mars1995

de droit, n'en fait pas moins l'objet de critiques, notamment au nom du principe général d'assimilation des dirigeants de fait au dirigeants de droit.<sup>292</sup>

## **2. Conséquences**

Quels sont les conséquences du choix de ce fondement pour l'action en responsabilité à l'encontre du dirigeant de fait ?

### **a) Personne morale dirigeant de fait d'une SARL ?**

Tout d'abord on peut se demander si la responsabilité de la société mère en tant que dirigeant de fait aurait pu être retenue en matière de SARL si la responsabilité du dirigeant de fait avait été fondée non pas sur les règles de droit commun, mais sur l'article L 223-22 régissant la responsabilité du gérant de SARL, étant donné que la qualité de gérant en matière de SARL est expressément réservée aux personnes physiques.

### **b) Faute détachable ?**

Ensuite, on peut se demander si l'exigence d'une faute détachable, personnellement imputable au dirigeant que la Cour de cassation exige dans le cadre de l'action d'un tiers sur le fondement des dispositions du code de commerce doit être transposée à l'action à l'encontre du dirigeant de fait. Un arrêt de la chambre commerciale semble retenir cette exigence.<sup>293</sup>

Cette transposition de l'exigence d'une faute détachable semble critiquable puisque l'irrégularité même de la situation du dirigeant de fait, qui n'a pas respecté les règles de l'organisation des pouvoirs dans la société en s'immisçant dans la gestion de la personne morale, est constitutif d'une faute.<sup>294</sup>

### **c) Action sociale ut singuli ?**

Se pose également la question de savoir si les associés disposent d'une possibilité de faire valoir les droits de la société par analogie avec l'action sociale ut singuli prévu par les textes concernant l'action à l'égard du dirigeant de droit. La réponse découle de la position de la Cour de cassation quant au fondement de la responsabilité et doit par conséquent être négative<sup>295</sup>.

---

<sup>292</sup> Dominique Vidal, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », JCP Cahiers de Droit de l'Entreprise n°3 année 2001, p. 17 ; N. Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev.sociétés, 1997, p.516

<sup>293</sup> voir Com.8mars 1982, Rev.sociétés, 1983.573, note Y.Guyon qui affirme que la responsabilité personnelle du dirigeant de fait ne pouvait être retenue en l'absence de toute faute « extérieure à la conclusion ou à l'exclusion du contrat au nom de la société »

<sup>294</sup> En ce sens, N.Dedessus-Le-Moustier, La responsabilité du dirigeant de fait, Rev.sociétés, 1997, p.518 et 520

#### **d) Responsabilité civile sans dirigeant de fait**

Enfin, on peut s'interroger sur le rapport entre la responsabilité civile de la société mère en tant que dirigeant de fait et sa responsabilité civile sans qu'elle soit au préalable qualifiée de dirigeant de fait.

En effet, deux arrêts ont retenu la responsabilité de la société mère sur le fondement de l'article 1382 sans passer par la qualification de dirigeant de fait.

Il s'agit tout d'abord d'un arrêt de la CA d'Aix en Provence qui a retenu la responsabilité d'une société mère pour avoir créé à son seul profit une société dépourvue des moyens indispensables, pour avoir largement contribué à la mauvaise gestion de la société qu'elle dirigeait et contrôlait étroitement, ainsi que pour avoir conféré à la filiale une solvabilité apparente.<sup>296</sup>

Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a considéré que l'imbrication étroite de la société mère et de la filiale à laquelle avait été transmise par voie de scission une branche d'activité de la société mère, doublée d'une lettre circulaire adressée par la société mère aux clients, était constitutive d'une faute de celle-ci.<sup>297</sup>

Une articulation possible entre la responsabilité civile en tant que dirigeant de fait et celle en dehors de cette qualification serait de considérer que la première s'applique lorsque la société mère intervient dans la gestion de la société, tandis que la deuxième aurait plutôt vocation à s'appliquer à des fautes commises en dehors de ce domaine, notamment en cas de rupture abusive du crédit à l'égard de la filiale.<sup>298</sup>

Quant au droit allemand, les paragraphes relatives à la responsabilité de droit commun (§ 826 BGB) ne jouent qu'un rôle subsidiaire, non seulement en matière d'AG, ce qui se comprend étant donné le degré de précision avec lequel la responsabilité de l'actionnaire dominant s'y trouve réglementé, mais aussi en matière de GmbH, où les concepts élaborés en matière de droit des sociétés doivent prévaloir sur ceux du droit commun des obligations.<sup>299</sup>

#### **§ 2 Immixtion**

Certaines décisions récentes retiennent la responsabilité de la société mère pour les dettes de sa filiale en raison de son immixtion dans la gestion de celle-ci.

---

<sup>295</sup> voir en ce sens Com. 4 oct.1976, Bull.civ.IV, n°245, p.210

<sup>296</sup> Aix-en-Provence, 18 juin 1975, Rev.jurisp.com.1976.95, note Calais-Auloy

<sup>297</sup> Com.5 février 1991, Bull.Joly 1991, 391 note Delebecque qui considère que les circonstances auraient même permis de retenir une responsabilité contractuelle à l'égard de la société mère ; ibidem,p.479 Hannoun, qui critique également le fondement retenu et se prononce en faveur de l'application de la théorie de l'apparence.

<sup>298</sup> En ce sens Lübking, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, Nomos, 2000, p.202

<sup>299</sup> Röhrich, Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.98

Ainsi, dans un arrêt du 15 mars 1993<sup>300</sup>, la chambre commerciale a retenu la responsabilité de la société mère pour s'être *immiscée* dans la gestion de sa filiale de façon à l'inciter à rompre le contrat avec un créancier.

Dans un autre arrêt plus récent<sup>301</sup>, la chambre commerciale a condamné les autres sociétés d'un groupe à supporter les dettes d'une société faisant l'objet d'une procédure collective en raison de l'absence d'autonomie de cette société et en raison de *l'immixtion* dans sa gestion.

Selon une doctrine autorisée<sup>302</sup>, cet arrêt marque une nouvelle étape dans la responsabilité de la société mère en ce qu'il ne se rattache à aucun des textes ou des précédents ordinairement utilisés pour arriver à ce résultat..<sup>303</sup>

Les critères retenus, absence d'autonomie ainsi qu'immixtion, sont au fond caractéristiques de tout groupe de sociétés. Tout n'est finalement qu'une question de degré et l'on peut regretter que l'arrêt ne précise pas davantage quel degré de dépendance et d'immixtion entraînent la responsabilité de la société mère ainsi que des autres sociétés du groupe.

Malgré cela, cet arrêt doit être salué en ce qu'il marque une nouvelle étape dans la définition des devoirs et responsabilités de l'associé majoritaire, qui à l'époque du gouvernement d'entreprise ne saurait s'abriter derrière les dirigeants.<sup>304</sup>

### **§ 3 Rupture du lien de causalité**

Une autre approche vers une certaine transparence de la personnalité morale semble avoir été initiée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui, pour écarter une action en responsabilité civile engagée par l'associé majoritaire contre le dirigeant social, retient sur le terrain de la causalité et pour le lui opposer le comportement de l'actionnaire majoritaire exerçant en fait un pouvoir sans partage au sein de la société<sup>305</sup>. Selon un auteur, cette solution préfigurerait, tout comme les arrêts fondés sur l'immixtion, une nouvelle forme de responsabilité de l'associé actif.<sup>306</sup>

---

<sup>300</sup> Com. 15 juin 1993, Rev.soc.1994, p.730

<sup>301</sup> Com. 4 mars 1997, Bull. Joly 1997, p.557, note Daigre ; Rev.soc.1997, p.554, note Didier

<sup>302</sup> P.Didier, Revue des sociétés, 1997, p.558 ; il s'agit d'un arrêt de rejet qui ne comporte pas de visa qui aurait pu permettre une identification sans équivoque

<sup>303</sup> à propos de l'arrêt de 1993, Libchaber in note sous Com.15 juin 1993, Rev.soc.1994, p.734 avait proposé de le rattacher à la responsabilité civile de droit commun

<sup>304</sup> P.Didier, Rev. sociétés, 1997, p.562

<sup>305</sup> CA Paris, 18 déc. 1998, Dr. Sociétés, avril 1999, p.15

<sup>306</sup> D.Vidal, La responsabilité civile des dirigeants de société, JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise, n°3, 2001, p.17

#### **§ 4 Abus de majorité**

Enfin, la notion d'abus de majorité constitue un fondement classique mais pas moins efficace en vertu duquel la société mère peut voir sa responsabilité engagée.

Dans une société, les décisions se prennent à la majorité devant laquelle la minorité doit s'incliner. La limite de ce pouvoir se trouve cependant dans la notion civiliste d'abus.

Selon la formule employée par la Cour de cassation, il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité.<sup>307</sup>

La sanction réside d'une part dans l'annulation de la décision abusive, d'autre part dans l'octroi de dommages et intérêts à la société<sup>308</sup>

Les préoccupations qui sous-tendent le concept d'abus de majorité élaboré par la jurisprudence française sont les mêmes que celles qui ont amené le BGH à mettre dans son arrêt ITT du 5 juin 1975<sup>309</sup> un devoir de loyauté à la charge des associés. Il suffit de rappeler l'attendu de principe de l'arrêt pour s'en convaincre : « La possibilité existant pour les associés majoritaires, du fait de leur prise d'influence au niveau de la direction de la société, d'influer d'une manière déterminante sur les intérêts sociaux des autres associés, réclame comme contrepartie l'obligation de tenir loyalement compte des intérêts de ces derniers. »

#### **SOUS-SECTION 2 RESPONSABILITE EN VERTU D'UNE UNITE RECONSTITUEE**

Seront envisagées les notions de société fictive, de confusion de patrimoines et d'apparence, qui permettent de reconstituer une unité par la négation de l'autonomie d'une des personnes morales, ainsi que la notion de société créée de fait, aboutissant à ce même résultat en chapeautant deux personnes morales par une société nouvelle.

#### **§ 1 Société fictive et Confusion de patrimoines**

Si les notions de société fictive et de confusion de patrimoines trouvent certes leur terrain de prédilection dans les procédures collectives, il n'en demeure pas moins possible de les employer pour rechercher la responsabilité de la société mère en dehors de celles-ci.<sup>310</sup> Les

---

<sup>307</sup> Com. 18 avril 1961, JCP 1961, p.12164, note D.B.

<sup>308</sup> Le fondement de la première action qui est dirigée contre la société réside dans l'article 1844-10 du code civil, tandis que le fondement de la deuxième action dirigée contre les majoritaire réside dans l'article 1382 du code civil ce qui a pour conséquence que le demandeur est tenu d'apporter la preuve d'un préjudice.

<sup>309</sup> BGHZ 65, 15 ; voir Chapitre II section 1 § 4

<sup>310</sup> Répertoire sociétés Dalloz, Groupes de sociétés, Germain et Pariente , p.20

deux notions reposent sur les mêmes critères qu'en matière de procédure collective et conduisent à faire supporter à la société mère les dettes de sa filiale.

## § 2 Apparence

Sous le terme d'apparence on regroupe les hypothèses dans lesquelles le comportement de la société mère est de nature à faire croire aux tiers qu'ils sont en présence d'une seule société<sup>311</sup> ou du moins que la société mère est enclin à assumer les engagements de sa filiale<sup>312</sup>.

Souvent ce sont les mêmes éléments qu'en cas de confusion de patrimoines ou de société fictive qui conduisent les tribunaux à retenir l'apparence. Or, si dans le premier cas il s'agit d'éléments faisant partie de la structure interne de fonctionnement des différentes sociétés, il s'agit dans le second cas d'une perception depuis l'extérieur.<sup>313</sup>

L'apparence suppose la croyance légitime du tiers. Ainsi, un créancier averti de la situation réelle ne saurait s'en prévaloir.<sup>314</sup>

## § 3 Société créée de fait

Si dans le cadre d'un essai de définition du groupe on ne saurait systématiquement assimiler celui-ci à une société créée de fait<sup>315</sup>, on ne saurait nier l'utilité de ce concept lorsqu'il s'agit de chercher un fondement pour la responsabilité de la société mère.

C'est M. Rodière qui a relevé que l'on n'avait pas suffisamment « songé à transposer aux groupes de sociétés le concept jurisprudentiel de la société créée de fait. »<sup>316</sup>

Il est en effet possible que dans certaines situations le groupe de sociétés laisse percevoir les éléments caractéristiques de la société de fait, à savoir la mise en commun des apports, la volonté de partager les bénéfices et les pertes ainsi que l'affectio societatis. C'est sans doute ce dernier élément qui fera le plus souvent défaut, puisqu'il semble incompatible avec le pouvoir que détient la société mère à l'égard de sa filiale.

La conséquence de la reconnaissance d'une société créée de fait entre filiale et société mère sera la responsabilité solidaire de cette dernière pour les engagements de la première<sup>317</sup>.

---

<sup>311</sup> voir par exemple Civ.13 déc.1967, D.1968.p.337, où une société mère s'était interposée entre ses filiales et chaque acheteur

<sup>312</sup> voir par exemple Com.2 mai 1978, GP 1978.2som291, pour une société mère qui est délibérément intervenu dans les rapports commerciaux de sa filiale

<sup>313</sup> La jurisprudence ne s'est pas encore clairement prononcée sur l'articulation des différentes notions, voir CA Versailles, 9 janvier, Rev.soc.1997, p.394

<sup>314</sup> Com. 6 mai 1991, Bull. Joly 1991.697

<sup>315</sup> Répertoire des sociétés Dalloz, Groupes de sociétés, Germain et Pariente, p.7

<sup>316</sup> Revue des sociétés, 1974, p.516, avant la consécration légale de 1978

<sup>317</sup> Art. 1872-1 C.civ.

## CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

En guise de conclusion de cette deuxième partie, on citera Charley Hannoun qui résume parfaitement la situation du droit français en ce qui concerne la responsabilité de la société mère :

« Le groupe ne permet pas , en l'état actuel du droit positif, de fonder une norme autonome de responsabilité...(mais) en tant que situation de fait, il est susceptible de donner prise à toutes les règles du système juridique (...), règles qu'au besoin la jurisprudence se réserve d'adapter en rendant « transparentes » les personnes morales qui le composent. »<sup>318</sup>

---

<sup>318</sup> Hannoun, Le Droit et les groupes de sociétés, Paris Nanterre 1988, p.392

## **ESSAI DE SYSTEMATISATION EN GUISE DE CONCLUSION GENERALE**

Les participants du « Forum Europaeum » en 1998 ont une fois de plus constaté qu'au sein de l'Union Européenne, deux concepts de réglementation radicalement différents coexistaient, d'une part le concept allemand d'un droit particulier et autonome, et d'autre part celui, propre à beaucoup d'autres pays, dont la France, qui consiste à apporter au droit général des prolongements et des extensions spécifiques au groupe, et que rien ne permettait finalement d'affirmer qu'une démarche était plus efficace que l'autre.<sup>319</sup>

Notre analyse aura permis de relativiser cette dichotomie en ce qu'elle a montré qu'au sein même du droit allemand, les deux démarches coexistaient, voire que la deuxième démarche était en plein essor.

Le but de cette conclusion générale, qui se comprend comme un essai de systématisation, est d'aller encore plus loin et de transcender l'opposition entre réglementation spécifique et réglementation générale ayant fait l'objet d'une adaptation, pour révéler l'existence de concepts de responsabilité fondamentaux présents dans les deux systèmes, indépendamment de la démarche retenue sur un plan méthodologique.

Pour ce faire, on s'inspirera des concepts proposés par Wiedemann<sup>320</sup>, en les adaptant pour les rendre plus souples.

### **1. Responsabilité de structure**

Une telle responsabilité de structure correspond, au sens étroit, à la situation dans laquelle est exercé un pouvoir de domination très étendu. Dans un sens plus large, qui sera celui retenu ici, elle peut désigner toute responsabilité qui découle d'une organisation déficiente ou simplement particulièrement étroite des rapports entre associé dominant/société mère et société dominée/filiale.

Relèvent d'une telle responsabilité confusion de patrimoines, aussi bien en droit allemand qu'en droit français, ainsi que société fictive, dans la mesure où les rapports entre les deux sociétés sont trop étroits pour encore reconnaître l'existence de deux personnes distinctes.

Peuvent également être rangées dans cette catégorie la société créée de fait, qui en raison des liens étroits donne-bien qu'involontairement- lieu à un nouveau contrat de société, ainsi que

---

<sup>319</sup> « Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe », Rev.sociétés, 1999, p. 50

<sup>320</sup> Wiedemann, Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, p.81ss. ; ces concepts sont couramment utilisés pour décrire les différentes sortes de responsabilité en droit des groupes allemand

groupe contractuel et groupe intégré, qui à la différence de la société créée de fait reposent sur une démarche volontaire, mais aboutissent à un résultat semblable.

## **2. Responsabilité de comportement**

La notion de responsabilité de comportement comprend toutes les situations où l'intervention de l'associé dominant/société mère dans la gestion de la société dominée/filiale est constitutive d'une faute.

En relèvent tous les cas en droit français où la société mère engage sa responsabilité en tant qu'organe de la filiale, que ce soit en tant que dirigeant de droit- situation qui comme nous l'avons soulevé est exclue en droit allemand- en tant que dirigeant de fait ou en tant qu'associé, au sein de l'assemblée générale ou peut être bientôt même en dehors.

En droit allemand, une telle responsabilité de comportement se rencontre à tous les niveaux : elle sanctionne le pouvoir de donner des directives lorsque celui-ci n'est pas exercé conformément aux exigences de la loi, elle est la conséquence d'incitations qui entraînent un préjudice au niveau de la société dominée, et elle permet de désintéresser les créanciers lorsque l'associé d'une GmbH n'aura pas respecté son devoir de loyauté ou aura mis en danger l'existence de la société.

## **3. Responsabilité par l'apparence face aux tiers (Vertrauenshaftung)**

Enfin, une troisième catégorie de responsabilité est celle qui résulte ni de l'existence d'une structure particulière, ni d'un comportement fautif face à la société dominée/filiale, mais de l'apparence créée face aux tiers.

En droit français, cette troisième forme de responsabilité est bien établie en matière de responsabilité de la société mère.

Quant au droit allemand, il se montre encore réticent à accueillir ce concept, mais le débat actuel témoigne du rôle que cette forme de responsabilité pourrait y jouer à l'avenir.<sup>321</sup>

---

<sup>321</sup> voir notamment Lutter, Haftung aus Konzernvertrauen ?, in Festschrift für Knobbe-Kneuk, 1997, p.229-245 ;Druey, Konzernvertrauen, in Festschrift für Lutter, 2000, p.1069 qui insiste sur la nécessité pour le droit allemand de s'ouvrir à ce fondement, ouverture qui selon lui permettrait aussi de redonner de l'essor au dialogue européen

## **ANNEXE**

### **AKTIENGESETZ (EXTRAITS)**

#### **§ 1 Wesen der Aktiengesellschaft**

(1) Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.

(2) Die Aktiengesellschaft hat ein in Aktien zerlegtes Grundkapital.

#### **§ 15 Verbundene Unternehmen**

Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.

#### **§ 17 Abhängige und herrschende Unternehmen**

(1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.

(2) Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist.

#### **§ 18 Konzern und Konzernunternehmen**

(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

(2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

#### **§ 291 Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag**

(1) Unternehmensverträge sind Verträge, durch die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Als Vertrag über die Abführung des ganzen Gewinns gilt auch ein Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien es übernimmt, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

(2) Stellen sich Unternehmen, die voneinander nicht abhängig sind, durch Vertrag unter einheitliche Leitung, ohne daß dadurch eines von ihnen von einem anderen vertragschließenden Unternehmen abhängig wird, so ist dieser Vertrag kein Beherrschungsvertrag.

(3) Leistungen der Gesellschaft auf Grund eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.

### § 300 Gesetzliche Rücklage

In die gesetzliche Rücklage sind an Stelle des in § 150 Abs. 2 bestimmten Betrags einzustellen,

1. wenn ein Gewinnabführungsvertrag besteht, aus dem ohne die Gewinnabführung entstehenden, um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschuß der Betrag, der erforderlich ist, um die gesetzliche Rücklage unter Hinzurechnung einer Kapitalrücklage innerhalb der ersten fünf Geschäftsjahre, die während des Bestehens des Vertrags oder nach Durchführung einer Kapitalerhöhung beginnen, gleichmäßig auf den zehnten oder den in der Satzung bestimmten höheren Teil des Grundkapitals aufzufüllen, mindestens aber der in Nummer 2 bestimmte Betrag;

2. wenn ein Teilgewinnabführungsvertrag besteht, der Betrag, der nach § 150 Abs. 2 aus dem ohne die Gewinnabführung entstehenden, um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschuß in die gesetzliche Rücklage einzustellen wäre;

3. wenn ein Beherrschungsvertrag besteht, ohne daß die Gesellschaft auch zur Abführung ihres ganzen Gewinns verpflichtet ist, der zur Auffüllung der gesetzlichen Rücklage nach Nummer 1 erforderliche Betrag, mindestens aber der in § 150 Abs. 2 oder, wenn die Gesellschaft verpflichtet ist, ihren Gewinn zum Teil abzuführen, der in Nummer 2 bestimmte Betrag.

### § 301 Höchstbetrag der Gewinnabführung

Eine Gesellschaft kann, gleichgültig welche Vereinbarungen über die Berechnung des abzuführenden Gewinns getroffen worden sind, als ihren Gewinn höchstens den ohne die Gewinnabführung entstehenden Jahresüberschuß, vermindert um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um den Betrag, der nach § 300 in die gesetzliche Rücklage einzustellen ist, abführen. Sind während der Dauer des Vertrags Beträge in andere Gewinnrücklagen eingestellt worden, so können diese Beträge den anderen Gewinnrücklagen entnommen und als Gewinn abgeführt werden.

### § 302 Verlustübernahme

(1) Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

(2) Hat eine abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen verpachtet oder sonst überlassen, so hat das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht.

(3) Die Gesellschaft kann auf den Anspruch auf Ausgleich erst drei Jahre nach dem Tage, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des

Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt, verzichten oder sich über ihn vergleichen. Dies gilt nicht, wenn der Ausgleichspflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird. Der Verzicht oder Vergleich wird nur wirksam, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.

### § 303 Gläubigerschutz

(1) Endet ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs als bekanntgemacht gilt, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

(2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist.

(3) Statt Sicherheit zu leisten, kann der andere Vertragsteil sich für die Forderung verbürgen. § 349 des Handelsgesetzbuchs über den Ausschluß der Einrede der Vorausklage ist nicht anzuwenden.

### § 308 Leitungsmacht

(1) Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen.

(2) Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, daß sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient.

(3) Wird der Vorstand angewiesen, ein Geschäft vorzunehmen, das nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats der Gesellschaft vorgenommen werden darf, und wird diese Zustimmung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erteilt, so hat der Vorstand dies dem herrschenden Unternehmen mitzuteilen. Wiederholt das herrschende Unternehmen nach dieser Mitteilung die Weisung, so ist die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht mehr erforderlich; die Weisung darf, wenn das herrschende Unternehmen einen Aufsichtsrat hat, nur mit dessen Zustimmung wiederholt werden.

### § 309 Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens

(1) Besteht ein Beherrschungsvertrag, so haben die gesetzlichen Vertreter (beim Einzelkaufmann der Inhaber) des herrschenden Unternehmens gegenüber der Gesellschaft bei der Erteilung von Weisungen an diese die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.

(2) Verletzen sie ihre Pflichten, so sind sie der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(3) Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.

(4) Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von jedem Aktionär geltend gemacht werden. Der Aktionär kann jedoch nur Leistung an die Gesellschaft fordern. Der Ersatzanspruch kann ferner von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft nicht ausgeschlossen. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Aktionäre und Gläubiger, den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend zu machen, aus.

(5) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.

#### § 310 Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft

(1) Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft haften neben dem Ersatzpflichtigen nach § 309 als Gesamtschuldner, wenn sie unter Verletzung ihrer Pflichten gehandelt haben. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(2) Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen.

(3) Eine Ersatzpflicht der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft besteht nicht, wenn die schädigende Handlung auf einer Weisung beruht, die nach § 308 Abs. 2 zu befolgen war.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 ist anzuwenden.

#### § 311 Schranken des Einflusses

(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden.

(2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren.

## § 312 Bericht des Vorstands über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen

(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so hat der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs einen Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzustellen. In dem Bericht sind alle Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen oder auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen vorgenommen hat, und alle anderen Maßnahmen, die sie auf Veranlassung oder im Interesse dieser Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr getroffen oder unterlassen hat, aufzuführen. Bei den Rechtsgeschäften sind Leistung und Gegenleistung, bei den Maßnahmen die Gründe der Maßnahme und deren Vorteile und Nachteile für die Gesellschaft anzugeben. Bei einem Ausgleich von Nachteilen ist im einzelnen anzugeben, wie der Ausgleich während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt ist, oder auf welche Vorteile der Gesellschaft ein Rechtsanspruch gewährt worden ist.

(2) Der Bericht hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen.

(3) Am Schluß des Berichts hat der Vorstand zu erklären, ob die Gesellschaft nach den Umständen, die ihm in dem Zeitpunkt bekannt waren, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen wurde, bei jedem Rechtsgeschäft eine angemessene Gegenleistung erhielt und dadurch, daß die Maßnahme getroffen oder unterlassen wurde, nicht benachteiligt wurde. Wurde die Gesellschaft benachteiligt, so hat er außerdem zu erklären, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind. Die Erklärung ist auch in den Lagebericht aufzunehmen.

## § 313 Prüfung durch den Abschlußprüfer

(1) Ist der Jahresabschluß durch einen Abschlußprüfer zu prüfen, so ist gleichzeitig mit dem Jahresabschluß und dem Lagebericht auch der Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen dem Abschlußprüfer vorzulegen. Er hat zu prüfen, ob

1. die tatsächlichen Angaben des Berichts richtig sind,
2. bei den im Bericht aufgeführten Rechtsgeschäften nach den Umständen, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme bekannt waren, die Leistung der Gesellschaft nicht unangemessen hoch war; soweit sie dies war, ob die Nachteile ausgeglichen worden sind,
3. bei den im Bericht aufgeführten Maßnahmen keine Umstände für eine wesentlich andere Beurteilung als die durch den Vorstand sprechen. § 320 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 und 2 des Handelsgesetzbuchs gilt sinngemäß. Die Rechte nach dieser Vorschrift hat der Abschlußprüfer auch gegenüber einem Konzernunternehmen sowie gegenüber einem abhängigen oder herrschenden Unternehmen.

(2) Der Abschlußprüfer hat über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. Stellt er bei der Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Berichts über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen fest, daß dieser Bericht unvollständig ist, so hat er auch hierüber zu berichten. Der Abschlussprüfer hat seinen Bericht zu unterzeichnen und dem Aufsichtsrat vorzulegen; dem Vorstand ist vor der Zuleitung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(3) Sind nach dem abschließenden Ergebnis der Prüfung keine Einwendungen zu erheben, so hat der Abschlußprüfer dies durch folgenden Vermerk zum Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu bestätigen:

Nach meiner/unserer pflichtmäßigen Prüfung und Beurteilung bestätige ich/ bestätigen wir, daß

1. die tatsächlichen Angaben des Berichts richtig sind,

2. bei den im Bericht aufgeführten Rechtsgeschäften die Leistung der Gesellschaft nicht unangemessen hoch war oder Nachteile ausgeglichen worden sind,

3. bei den im Bericht aufgeführten Maßnahmen keine Umstände für eine wesentlich andere Beurteilung als die durch den Vorstand sprechen.

Führt der Bericht kein Rechtsgeschäft auf, so ist Nummer 2, führt er keine Maßnahme auf, so ist Nummer 3 des Vermerks fortzulassen. Hat der Abschlußprüfer bei keinem im Bericht aufgeführten Rechtsgeschäft festgestellt, daß die Leistung der Gesellschaft unangemessen hoch war, so ist Nummer 2 des Vermerks auf diese Bestätigung zu beschränken.

(4) Sind Einwendungen zu erheben oder hat der Abschlußprüfer festgestellt, daß der Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unvollständig ist, so hat er die Bestätigung einzuschränken oder zu versagen. Hat der Vorstand selbst erklärt, daß die Gesellschaft durch bestimmte Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen benachteiligt worden ist, ohne daß die Nachteile ausgeglichen worden sind, so ist dies in dem Vermerk anzugeben und der Vermerk auf die übrigen Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen zu beschränken.

(5) Der Abschlußprüfer hat den Bestätigungsvermerk mit Angabe von Ort und Tag zu unterzeichnen. Der Bestätigungsvermerk ist auch in den Prüfungsbericht aufzunehmen.

### § 314 Prüfung durch den Aufsichtsrat

(1) Der Vorstand hat den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unverzüglich nach dessen Aufstellung dem Aufsichtsrat vorzulegen. Dieser Bericht und, wenn der Jahresabschluss durch einen Abschlussprüfer zu prüfen ist, der Prüfungsbericht des Abschlussprüfers sind auch jedem Aufsichtsratsmitglied oder, wenn der Aufsichtsrat dies beschlossen hat, den Mitgliedern eines Ausschusses auszuhändigen.

(2) Der Aufsichtsrat hat den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu prüfen und in seinem Bericht an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2) über das Ergebnis der Prüfung zu berichten. Ist der Jahresabschluss durch einen Abschlußprüfer zu prüfen, so hat der Aufsichtsrat in diesem Bericht ferner zu dem Ergebnis der Prüfung des Berichts über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen durch den Abschlußprüfer Stellung zu nehmen. Ein von dem Abschlußprüfer erteilter Bestätigungsvermerk ist in den Bericht aufzunehmen, eine Versagung des Bestätigungsvermerks ausdrücklich mitzuteilen.

(3) Am Schluß des Berichts hat der Aufsichtsrat zu erklären, ob nach dem abschließenden Ergebnis seiner Prüfung Einwendungen gegen die Erklärung des Vorstands am Schluß des Berichts über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu erheben sind.

(4) Ist der Jahresabschluss durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, so hat dieser an den Verhandlungen des Aufsichtsrats oder eines Ausschusses über den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen teilzunehmen und über die wesentlichen Ergebnisse seiner Prüfung zu berichten.

### § 315 Sonderprüfung

Auf Antrag eines Aktionärs hat das Gericht Sonderprüfer zur Prüfung der geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen zu bestellen, wenn

1. der Abschlußprüfer den Bestätigungsvermerk zum Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen eingeschränkt oder versagt hat,

2. der Aufsichtsrat erklärt hat, daß Einwendungen gegen die Erklärung des Vorstands am Schluß des Berichts über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu erheben sind,

3. der Vorstand selbst erklärt hat, daß die Gesellschaft durch bestimmte Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen benachteiligt worden ist, ohne daß die Nachteile ausgeglichen worden sind.

Wenn sonstige Tatsachen vorliegen, die den Verdacht einer pflichtwidrigen Nachteilszufügung rechtfertigen, kann der Antrag auch von Aktionären gestellt werden, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro erreichen, wenn sie glaubhaft machen, daß sie seit mindestens drei Monaten vor dem Tage der Antragstellung Inhaber der Aktien sind. Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Hat die Hauptversammlung zur Prüfung derselben Vorgänge Sonderprüfer bestellt, so kann jeder Aktionär den Antrag nach § 142 Abs. 4 stellen.

§ 316 Kein Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen bei Gewinnabführungsvertrag

§§ 312 bis 315 gelten nicht, wenn zwischen der abhängigen Gesellschaft und dem herrschenden Unternehmen ein Gewinnabführungsvertrag besteht.

§ 317 Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter

(1) Veranlaßt ein herrschendes Unternehmen eine abhängige Gesellschaft, mit der kein Beherrschungsvertrag besteht, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu treffen oder zu unterlassen, ohne daß es den Nachteil bis zum Ende des Geschäftsjahrs tatsächlich ausgleicht oder der abhängigen Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf einen zum Ausgleich bestimmten Vorteil gewährt, so ist es der Gesellschaft zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Es ist auch den Aktionären zum Ersatz des ihnen daraus entstehenden Schadens verpflichtet, soweit sie, abgesehen von einem Schaden, der ihnen durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist, geschädigt worden sind.

(2) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.

(3) Neben dem herrschenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, die die Gesellschaft zu dem Rechtsgeschäft oder der Maßnahme veranlaßt haben.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.

§ 318 Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft

(1) Die Mitglieder des Vorstands der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie es unter Verletzung ihrer Pflichten unterlassen haben, das nachteilige Rechtsgeschäft oder die nachteilige Maßnahme in dem Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzuführen oder anzugeben, daß die Gesellschaft durch das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme benachteiligt wurde und der Nachteil nicht ausgeglichen worden war. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

(2) Die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft haften neben den nach § 317 Ersatzpflichtigen als Gesamtschuldner, wenn sie hinsichtlich des nachteiligen Rechtsgeschäfts oder der nachteiligen Maßnahme ihre Pflicht, den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen zu prüfen und über das Ergebnis der Prüfung an die Hauptversammlung zu berichten (§ 314), verletzt haben; Absatz 1 Satz 2 gilt sinngemäß.

(3) Der Gesellschaft und auch den Aktionären gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.

(4) § 309 Abs. 3 bis 5 gilt sinngemäß.

## § 319 Eingliederung

(1) Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft kann die Eingliederung der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland (Hauptgesellschaft) beschließen, wenn sich alle Aktien der Gesellschaft in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Auf den Beschluß sind die Bestimmungen des Gesetzes und der Satzung über Satzungsänderungen nicht anzuwenden.

(2) Der Beschluß über die Eingliederung wird nur wirksam, wenn die Hauptversammlung der zukünftigen Hauptgesellschaft zustimmt. Der Beschluß über die Zustimmung bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. Die Satzung kann eine größere Kapitalmehrheit und weitere Erfordernisse bestimmen. Absatz 1 Satz 2 ist anzuwenden.

(3) Von der Einberufung der Hauptversammlung der zukünftigen Hauptgesellschaften an, die über die Zustimmung zur Eingliederung beschließen soll, sind in dem Geschäftsraum dieser Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen

1. der Entwurf des Eingliederungsbeschlusses;
2. die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der beteiligten Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre;
3. ein ausführlicher schriftlicher Bericht des Vorstands der zukünftigen Hauptgesellschaft, in dem die Eingliederung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet wird (Eingliederungsbericht).

Auf Verlangen ist jedem Aktionär der zukünftigen Hauptgesellschaft unverzüglich und kostenlos eine Abschrift der in Satz 1 bezeichneten Unterlagen zu erteilen. In der Hauptversammlung sind diese Unterlagen auszulegen. Jedem Aktionär ist in der Hauptversammlung auf Verlangen Auskunft auch über alle im Zusammenhang mit der Eingliederung wesentlichen Angelegenheiten der einzugliedernden Gesellschaft zu geben.

(4) Der Vorstand der einzugliedernden Gesellschaft hat die Eingliederung und die Firma der Hauptgesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind die Niederschriften der Hauptversammlungsbeschlüsse und ihre Anlagen in Ausfertigung oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

(5) Bei der Anmeldung nach Absatz 4 hat der Vorstand zu erklären, daß eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist; hierüber hat der Vorstand dem Registergericht auch nach der Anmeldung Mitteilung zu machen. Liegt die Erklärung nicht vor, so darf die Eingliederung nicht eingetragen werden, es sei denn, daß die klageberechtigten Aktionäre durch notariell beurkundete Verzichtserklärung auf die Klage gegen die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses verzichten.

(6) Der Erklärung nach Absatz 5 Satz 1 steht es gleich, wenn nach Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses das für diese Klage zuständige Landgericht auf Antrag der Gesellschaft, gegen deren Hauptversammlungsbeschluß sich die Klage richtet, durch rechtskräftigen Beschluß festgestellt hat, daß die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht. Der Beschluß nach Satz 1 darf nur ergehen, wenn die Klage gegen die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden der Eingliederung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre vorrangig erscheint. Der

Beschluß kann in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung ergehen. Die vorgebrachten Tatsachen, aufgrund derer der Beschluß nach Satz 2 ergehen kann, sind glaubhaft zu machen. Gegen den Beschluß findet die sofortige Beschwerde statt. Erweist sich die Klage als begründet, so ist die Gesellschaft, die den Beschluß erwirkt hat, verpflichtet, dem Antragsgegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus einer auf dem Beschluß beruhenden Eintragung der Eingliederung entstanden ist.

(7) Mit der Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft wird die Gesellschaft in die Hauptgesellschaft eingegliedert.

### § 320 Eingliederung durch Mehrheitsbeschluß

(1) Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft kann die Eingliederung der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland auch dann beschließen, wenn sich Aktien der Gesellschaft, auf die zusammen fünfundneunzig vom Hundert des Grundkapitals entfallen, in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden. Eigene Aktien und Aktien, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören, sind vom Grundkapital abzusetzen. Für die Eingliederung gelten außer § 319 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 bis 7 die Absätze 2 bis 4.

(2) Die Bekanntmachung der Eingliederung als Gegenstand der Tagesordnung ist nur ordnungsgemäß, wenn

1. sie die Firma und den Sitz der zukünftigen Hauptgesellschaft enthält,
2. ihr eine Erklärung der zukünftigen Hauptgesellschaft beigefügt ist, in der diese den ausscheidenden Aktionären als Abfindung für ihre Aktien eigene Aktien, im Falle des § 320b Abs. 1 Satz 3 außerdem eine Barabfindung anbietet.

Satz 1 Nr. 2 gilt auch für die Bekanntmachung der zukünftigen Hauptgesellschaft.

(3) Die Eingliederung ist durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (Eingliederungsprüfer) zu prüfen. Diese werden von dem Vorstand der zukünftigen Hauptgesellschaft bestellt. § 293a Abs. 3, §§ 293c bis 293e sind sinngemäß anzuwenden.

(4) Die in § 319 Abs. 3 Satz 1 bezeichneten Unterlagen sowie der Prüfungsbericht nach Absatz 3 sind jeweils von der Einberufung der Hauptversammlung an, die über die Zustimmung zur Eingliederung beschließen soll, in dem Geschäftsraum der einzugliedernden Gesellschaft und der Hauptgesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. In dem Eingliederungsbericht sind auch Art und Höhe der Abfindung nach § 320b rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen; auf besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung der beteiligten Gesellschaften sowie auf die Folgen für die Beteiligungen der Aktionäre ist hinzuweisen. § 319 Abs. 3 Satz 2 bis 4 gilt sinngemäß für die Aktionäre beider Gesellschaften.

### § 321 Gläubigerschutz

(1) Den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister bekanntgemacht worden ist, ist, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung zu diesem Zweck melden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

(2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen steht Gläubigern nicht zu, die im Falle des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist.

## § 322 Haftung der Hauptgesellschaft

(1) Von der Eingliederung an haftet die Hauptgesellschaft für die vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft den Gläubigern dieser Gesellschaft als Gesamtschuldner. Die gleiche Haftung trifft sie für alle Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft, die nach der Eingliederung begründet werden. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.

(2) Wird die Hauptgesellschaft wegen einer Verbindlichkeit der eingegliederten Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann sie Einwendungen, die nicht in ihrer Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der eingegliederten Gesellschaft erhoben werden können.

(3) Die Hauptgesellschaft kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der eingegliederten Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Die gleiche Befugnis hat die Hauptgesellschaft, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der eingegliederten Gesellschaft befriedigen kann.

(4) Aus einem gegen die eingegliederte Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Hauptgesellschaft nicht statt.

## § 323 Leitungsmacht der Hauptgesellschaft und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

(1) Die Hauptgesellschaft ist berechtigt, dem Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. § 308 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, §§ 309, 310 gelten sinngemäß. §§ 311 bis 318 sind nicht anzuwenden.

(2) Leistungen der eingegliederten Gesellschaft an die Hauptgesellschaft gelten nicht als Verstoß gegen die §§ 57, 58 und 60.

## § 324 Gesetzliche Rücklage. Gewinnabführung. Verlustübernahme

(1) Die gesetzlichen Vorschriften über die Bildung einer gesetzlichen Rücklage, über ihre Verwendung und über die Einstellung von Beträgen in die gesetzliche Rücklage sind auf eingegliederte Gesellschaften nicht anzuwenden.

(2) Auf einen Gewinnabführungsvertrag, eine Gewinngemeinschaft oder einen Teilgewinnabführungsvertrag zwischen der eingegliederten Gesellschaft und der Hauptgesellschaft sind die §§ 293 bis 296, 298 bis 303 nicht anzuwenden. Der Vertrag, seine Änderung und seine Aufhebung bedürfen der schriftlichen Form. Als Gewinn kann höchstens der ohne die Gewinnabführung entstehende Bilanzgewinn abgeführt werden. Der Vertrag endet spätestens zum Ende des Geschäftsjahrs, in dem die Eingliederung endet.

(3) Die Hauptgesellschaft ist verpflichtet, jeden bei der eingegliederten Gesellschaft sonst entstehenden Bilanzverlust auszugleichen, soweit dieser den Betrag der Kapitalrücklagen und der Gewinnrücklagen übersteigt.

## **GMBH-GESETZ (EXTRAITS)**

### § 13 Rechtsnatur der GmbH

- (1) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.
- (2) Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen.
- (3) Die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

### § 30 Keine Auszahlung des Gesellschaftsvermögens; Rückzahlung der Nachschüsse

- (1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden.
- (2) Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Rückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluß durch die im Gesellschaftsvertrag für die Bekanntmachungen der Gesellschaft bestimmten öffentlichen Blätter und in Ermangelung solcher durch die für die Bekanntmachungen aus dem Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Rückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.

### § 31 Erstattung vorschriftswidriger Zahlungen

- (1) Zahlungen, welche den Vorschriften des § 30 zuwider geleistet sind, müssen der Gesellschaft erstattet werden.
- (2) War der Empfänger in gutem Glauben, so kann die Erstattung nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.
- (3) Ist die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen, so haften für den zu erstattenden Betrag, soweit er zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, die übrigen Gesellschafter nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Beiträge, welche von einzelnen Gesellschaftern nicht zu erlangen sind, werden nach dem bezeichneten Verhältnis auf die übrigen verteilt.
- (4) Zahlungen, welche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen zu leisten sind, können den Verpflichteten nicht erlassen werden.
- (5) Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren; die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Zahlung, deren Erstattung beansprucht wird, geleistet ist. Fällt dem Verpflichteten eine bössliche Handlungsweise zur Last, so findet die Bestimmung keine Anwendung.
- (6) Für die in den Fällen des Absatzes 3 geleistete Erstattung einer Zahlung sind den Gesellschaftern die Geschäftsführer, welchen in betreff der geleisteten Zahlung ein Verschulden zur Last fällt, solidarisch zum Ersatz verpflichtet.

### § 37 Beschränkung der Vertretungsbefugnis

- (1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den

Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.

(2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Gesellschafter oder eines Organs der Gesellschaft für einzelne Geschäfte erfordert ist.

#### § 43 Haftung des Geschäftsführers

(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.

(2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.

(3) Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

(4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

## **BIBLIOGRAPHIE**<sup>322</sup>

### **OUVRAGES GENERAUX**

BAUMBACH, HUECK, *GmbHG*, 17.Auflage, 2000

COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 14<sup>ème</sup> édition, 2001

DOSSIERS INTERNATIONAUX FRANCIS LEFEBVRE, *Allemagne*, 6<sup>ème</sup> édition, 2000

V.EMMERICH, J.SCHOLZ, *GmbHG*, 9.Auflage, 2000

V.EMMERICH, J.SONNENSCHNEIDER, M.HABERSACK, *Konzernrecht*, 7.Auflage, München, C.H.Beck, 2001

V.EMMERICH, M.HABERSACK, *Aktien-und GmbH-Konzernrecht*, Kommentar, 2.Auflage, München, C.H.Beck, 2001

M.FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001

HÜFFER, *Aktiengesetz*, Kurzkommentar, München, C.H.Beck, 2002

KÖLNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, 2.Auflage, 1987

LOUSSANOFF(DE), LAURIN, *La GmbH*, 2.Auflage, Frankfurt, Knapp, 2000

M.LUTTER, P.HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, Kommentar, 15. Auflage, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2000

B.MERCADAL ET PH.JANIN, *Mémento Lefebvre Groupes de sociétés*, 2001-2002

B.MERCADAL ET PH.JANIN, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, 2002

PH.MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 2001

MÜNCHNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, 2.Auflage, 2000

KROPFF, *Aktiengesetz*, 1965

M.LUTTER,  *Holding-Handbuch*, 3.Auflage, Dr. Otto Schmidt, 1998

M.GERMAIN ET M.PARIENTE, *Groupes de sociétés*, Répertoire des sociétés Dalloz, 1997

RIPERT ET ROBLOT PAR M.GERMAIN ET L.VOGEL, *Traité de droit commercial*, Tome I, 17<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J., 1998

ROTH, ALTMERGEN, *GmbHG*, 3.Auflage, 1997

---

<sup>322</sup> La jurisprudence citée ne fait pas l'objet d'une mention distincte au sein de la bibliographie. Les références complètes des arrêts cités se trouvent dans les notes de bas de page.

STAUDINGER, GROBFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 15. Auflage, Berlin 1998

THEISEN, *Der Konzern*, 2. Auflage, Schaeffer/Poeschel, 2000

## **OUVRAGES SPÉCIAUX**

ARBEITSKREIS GMBH REFORM, *Thesen und Vorschläge*, 1972

ALTMEPPEL, *Abschied vom « qualifiziert faktischen » Konzern*, Heidelberg, 1991

BAUMS, *63. Deutscher Juristentag*, 2000

K.ESCHENBRUCH, *Konzernhaftung*, Düsseldorf, 1996

GÖRLING, *Die Konzernhaftung in mehrstufigen Unternehmensverbindungen*, 1998

HOMMELHOFF, *Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover*, 1992

PENTZ, *Rechtsstellung der Enkel AG in einer mehrstufigen Unternehmensverbindung*, 1994

PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés, Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires*, Genève, 1972

ULMER, *Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern-verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil*, Heidelberg, 2002

## **THESES**

BÜSCHER, *Die qualifizierte faktische Konzernierung-eine gelungene Fortbildung des Rechts der GmbH?*, Bochum, 1999

DRAH, *Durchgriffs- und Konzernhaftung der GmbH Gesellschafter*, München, 1992

GÄTSCH, *Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, Marburg, 1996

HANNOUN, *Le Droit et les groupes de sociétés*, Paris Nanterre, 1988

LÜBKING, *Einheitliches Konzernrecht für Europa*, Nomos Verlag, 2000

ROGGE, *Die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern und ihre Vermeidung*, Münster, 1997

SCHRAMM, *Konzernverantwortung und Haftungsdurchgriff im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, München, 1991

VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgebendes Organ der Tochtergesellschaft*, Bern, 1997

WIEDEMANN, *Unternehmensgruppen im Privatrecht*, 1988

WOLF, *Konzernhaftung in Frankreich und England*, Heymann, 1995

#### ARTICLES ET NOTES

ALTMIPPEN, *Grenzenlose Vermutungen im Recht der GmbH*, *Der Berater*, 1991, p.2228

ALTMIPPEN, *Grundlegend Neues zum « qualifiziert faktischen » Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH*, *ZIP*, 2001, p.1837

ALTMIPPEN, *Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH*, *NJW*, 2002, p. 321

BÄCKER, *Gesellschafterhaftung im Unternehmensverbund*, *GmbH-Steuerpraxis*, 2002, p.48

BECKER, *Die Behandlung des Konzerns nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im deutschen Recht*, in Mestmäcker/Behrens, *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, 1991

BÉJOT, *Einige Elemente der konzernrechtlichen Sonderregeln in Frankreich*, in Mestmäcker/Behrens, *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, p.169

BITTER, *Das TBB-Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzernrecht*, *ZIP* 2001, p.265

BITTER, *Der Anfang vom Ende des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns, Ansätze einer Mißbrauchshaftung in der Rechtsprechung des GmbH*, *WM* 2001, p.2133

CAHN, *Verlustübernahme und Einzelausgleich im qualifizierten faktischen Konzern*, *ZIP*, 2001, p.2159

PH.DELEBECQUE, *Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe*, *Rev.proc.collectives*, 1998, p.129

DECHER, *Konzernhaftung im Lichte von Bremer Vulkan*, *ZinsO-Praxis*, 3/2002, p.113

N.DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev.sociétés*, 1997, p.499

P.DIDIER, note sous *Com.4 mars 1997*, *Rev.sociétés*, 1997, p.554

DRUEY, *Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa*, *ZGR Sonderheft*, 1994, p.310

DRUEY, *Konzernvertrauen*, in *Festschrift für Lutter*, 2000, p.1069

FORUM EUROPAEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIETES, *Un droit des groupes de sociétés pour L'Europe*, *Rev.sociétés*, 1999, p.41 ss. et p.291 ss.

- GOETTE, *Qualifiziert faktische Konzernhaftung, Zulässigkeit und Grenzen des cash-managements*, DStR, 2001, p.1853
- GUYON, *Das Recht der Gesellschaftsgruppe in Frankreich*, ZGR Sonderheft, 1994, p.76
- HANNOUN, *L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré*, Bull.Joly, 1991, p.479
- HOFFMANN, *Das GmbH-Konzernrecht nach dem Bremer-Vulkan-Urteil*, NZG, 2002, p.68
- HOPT, *Le droit des groupes de sociétés, expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev.sociétés, 1987, p.371
- KEBLER, *Kapitalerhaltung und normativer Gläubigerschutz in der Einpersonen-GmbH-zum « beiläufigen » Ende des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns*, GmbHR 2001. p.1095
- KIETHE, GRÖSCHKE, *Das schutzwürdige Eigeninteresse der GmbH innerhalb und außerhalb von Konzernsachverhalten*, NZG, 2001, p.504
- KROPFF, *Der konzernrechtliche Ersatzanspruch, ein zahloser Tiger?*, in Festschrift für Bezenberger, 2000, p.233
- M.LUTTER, *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, Rev.sociétés, 1981, p.697
- LUTTERMANN, *Unternehmensfinanzierung, Geschäftsleiterpflicht und Haftkapital bei Kapitalgesellschaften*, BB, 2001, p.2433
- MÜLBERT, *Abschied von der TBB-Haftungsregel für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern*, DStR, 2001, p.1937
- RECQ, SCHRÖDER, *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne*, Rev.sociétés, 1992, p.707
- RECQ, SCHRÖDER, *La responsabilité de l'associé unique ou majoritaire en Allemagne: Suite et fin?*, Rev.sociétés, 1994, p.43
- V.RÖHRICHT, *Leitungsmacht versus Gläubigerschutz im GmbH-Recht*, in Festschrift 50 Jahre BGH, 2000, p.83
- RÖMERMANN, SCHRÖDER, *Aufgabe des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns*, GmbHR 2001, p.1015
- SAADA, *Rapport sur la notion de groupe utilisée comme fondement de la responsabilité d'une société dans les engagements d'une autre société*, Rev.sociétés, 1980, p.671
- SCHANZE, *Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze*, in Mestmäcker/Behrens, *Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich*, 1991, p.473

D.SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés*, Rev.soc.1981, p.725

K.SCHMIDT, *Gesellschafterhaftung und « Konzernhaftung » bei der GmbH*, NJW, 2001, p.3577

SORTAIS, *A propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, Rev.jur.com.1977, p.85 ss. et p.121 ss.

D.TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, Droit et Patrimoine, janvier 1996, p.24

ULMER, *Von « TBB » zu « Bremer Vulkan »-Revolution oder Evolution ?*, ZIP, 2001, p.2021

D.VIDAL, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, JCP, Cahiers de Droit de l'Entreprise n°3 année 2001, p.16

WILKEN, *Cash-Management und qualifiziert faktische Konzernierung*, Der Betrieb, 2001, p.2383

WEIL, *Responsabilité de la société mère vis à vis des engagements d'une SARL filiale*, Rev.sociétés, 1993, p.767