

DIRIGEANTS D'ENTREPRISES : NOUVEAUTÉS, RISQUES ET OPPORTUNITÉS

L'évolution du rôle et de la responsabilité des dirigeants

Jean-Paul Spang, Avocat à la Cour, Chargé de cours associé à l'Université du Luxembourg

INTRODUCTION

Evolutions récentes :

- surtout loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales
- mais aussi quelques autres réformes et développements

Quelles sont, pour les dirigeants, les :

- nouveautés
- risques
- opportunités

Impact des nouvelles règles sur les dirigeants d'entreprises, en ce qui concerne :

- leur rôle
- leur responsabilité

LOI DU 10 AOUT 2016 PORTANT MODERNISATION DE LA LOI DU 10 AOUT 1915

Règles nouvelles peuvent avoir deux types d'incidences sur dirigeants :

Incidences directes :

- nouvelles possibilités de choix
 - mais aussi nouvelles obligations
- feront l'objet de cette présentation

Incidences indirectes :

- nombreuses modifications concernant d'autres aspects de la L 1915
 - p. ex. règles de convocation et de fonctionnement des assemblées, règles d'interaction conseil d'administration-assemblée, droits et obligations des actionnaires/associés, réforme du capital autorisé, nouvelles catégories de titres, transfert du siège social
- pour mémoire

NOUVELLES POSSIBILITES : MULTIPLICATION DES CHOIX

SOCIETE
ANONYME

- moniste ou dualiste (2006)
- administrateur unique (2006)
- comité de direction (2016)
- directeur général (2016)
- comités « consultatifs » (2016)

SOCIETE A
RESPONSABILITE
LIMITEE

- collège de gérance (2016)
- délégué gestion journalière (2016)

SARL
SIMPLIFIEE
(2016/2017)

- gérant personne physique

SOCIETE PAR
ACTIONS
SIMPLIFIEE
(2016)

- président
- directeur(s)

SOCIETE EN
COMMANDITE
PAR ACTIONS

- gérant (nouvelles règles 2013/2016)

SOCIETE EN
COMMANDITE
SIMPLE /

- SPECIALE (2013)
- gérant (nouvelles règles 2013)

NOUVELLES POSSIBILITES : EXEMPLE DE LA SOCIETE ANONYME (1/2)

Évolution des fonctions d'administrateur :

- modifications de la loi de 1915
- autres lois (p. ex. secteur financier)
- principes de gouvernance
- pratique
- même si L 1915 / L 2016 elle-même ne distingue pas entre administrateur exécutif, non exécutif, indépendant, professionnel/non professionnel, etc.

Nouvelles règles de fonctionnement du conseil d'administration :

- consécration légale des résolutions circulaires
- président n'est plus obligatoire

NOUVELLES POSSIBILITES : EXEMPLE DE LA SOCIETE ANONYME (2/2)

Nouvelles délégations :

- comment combiner toutes ces nouvelles possibilités, comment choisir ?
- quelles sont les modalités pratiques de fonctionnement et de délibération (interactions entre organes de gestion)?

v. présentation de Me L. Schummer

NOUVELLES POSSIBILITES : EXEMPLE DE LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

Reconnaissance légale du collège de gérance :

- principe
- vidéoconférence
- résolutions circulaires

Reconnaissance légale de la délégation de la gestion journalière

Nouveaux pouvoirs des gérants, p. ex.:

- acomptes sur dividendes
- rachats de parts sociales

NOUVELLES OBLIGATIONS (1/2)

- EXTENSION REGLES CONFLITS D'INTERETS
- administrateur SA (1915)
- membre directoire et conseil de surveillance SA (2006)
- membre comité de direction SA, directeur général SA, délégué gestion journalière SA, gérant SARL, président et directeur SAS, liquidateur SA (2016)
- gérant SCA ?

- EXTENSION REGLES DIRIGEANT PERSONNE MORALE (REPRESENTANT PERMANENT)
- administrateur et membre directoire SA (2006)
- membre comité de direction, directeur général, membre comité de surveillance SA, président/directeur SAS (2016)
- facultatif pour gérant SCA (2016)
- partiellement applicable au liquidateur (2016)

- EXTENSION REGLES CONFIDENTIALITE
- administrateur, membre directoire et conseil de surveillance (2006)
- membre comité de direction, directeur général SA, gérant SARL (2016)
- mais aussi devoir en l'absence de disposition expresse

NOUVELLES OBLIGATIONS (2/2)

- MODIFICATION CONTENU DES REGLES DE CONFLITS
- définition
- adaptation régime
- dans certains cas droit/obligation de déférer à autre organe

NOUVELLES RESPONSABILITES

Distinguer :

- responsabilité civile
- responsabilité pénale
- responsabilité en cas de faillite
- responsabilité en matière fiscale : v. présentation de Me A. Steichen
- responsabilités spéciales (p. ex. sanctions administratives CSSF)

RESPONSABILITE CIVILE (1/3)

Rappel :

- art. 59 al. 1^{er} L 1915 (faute de gestion – responsabilité individuelle/conjointe)
- art. 59 al. 2 L 1915 (violation loi ou statuts – responsabilité solidaire)
- art. 1382 c. civ.
- loi ne distingue pas entre types d'administrateurs

Nouveautés :

- extension de l'art. 59 à certains organes
- action minoritaire de l'art. 63bis
- indirectement nouvelle expertise de gestion de l'art. 154

RESPONSABILITE CIVILE (2/3)

Nouveaux responsables (art. 59)

- jusqu'à présent administrateur de SA, membres du directoire et du conseil de surveillance de SA (art. 59 par renvoi), et gérants de SARL (art. 59 par renvoi)
- désormais aussi membres du comité de direction (et directeur général pour al. 1^{er}), délégué à la gestion journalière SA, président et directeur de SAS (par renvoi)
- délégué à la gestion journalière de SARL : règles du mandat

Nouvelle action minoritaire (art. 63bis)

- applicable à SA et SAS
- intentée par « un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins dix pour cent des voix attachées à l'ensemble de ces titres »
- mais cela reste une *actio mandati* pour le compte de la société

RESPONSABILITE CIVILE (3/3)

Nouvelle expertise de gestion (art. 154)

- ce n'est pas un nouveau cas de responsabilité, mais peut constituer étape préliminaire/préparatoire
- associés représentant 10 % du capital social (ou des voix attachées à l'ensemble des titres)
- peuvent poser par écrit questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ou des sociétés contrôlées
- à défaut de réponse dans un mois, peuvent saisir le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale
- désignation d'expert(s) par décision de justice

RESPONSABILITE PENALE

L 2016 modifie/adapte quelques dispositions pénales de la L 1915 (mais de manière assez limitée)

Mais aussi quelques autres évolutions :

- premières années d'application de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales (n'exclut pas la responsabilité des personnes physiques)
- jurisprudence (p. ex. art. 163 – non dépôt ou dépôt tardif des comptes annuels – suites des arrêts de la Cour de cassation du 25 février 2010)
- sanctions pénales imposées par directives européennes (p. ex. projet de loi abus de marché)
- sanctions administratives (différentes des sanctions pénales)

RESPONSABILITE EN CAS DE FAILLITE

Rappel (depuis 1992) :

- faillite personnelle du dirigeant de droit ou de fait (art. 495 c. com.), si certaines conditions strictes sont remplies
- action en comblement du passif (art. 495-1), si fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite
- interdiction d'exercice (art. 444-1), si fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite
- sanctions pénales (p. ex. en cas de banqueroute)

Projet de loi n° 6539 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite :

- déposé en 2013, en train de se réactiver
- sur le plan civil : action en comblement du passif : conditions sont allégées (« faute de gestion ») et conséquences sont aggravées (responsabilité peut être solidaire)
- sur le plan pénal : modifications des dispositions relatives à la banqueroute

CONCLUSION
PERSPECTIVES

A court/moyen terme :

- application de la loi du 10 août 2016 dans le temps (période transitoire de 24 mois)
- récente loi sur la société à finalité sociale (votée le 23 novembre, non encore en vigueur)
- évolution des récents projets de loi
- adaptation des 10 principes de gouvernance

A moyen/long terme :

- réfléchir à nouvelles réformes