

VK&t

NEWSLETTER RECODIFICATION N° 4

Chers clients,

La présente édition de la newsletter vous fait découvrir certains changements en matière de la réglementation régissant les contrats d'exercice de fonction. Les membres des organes des sociétés de capitaux ayant un contrat d'exercice de fonction devraient porter une attention particulière aux dispositions transitoires de la loi sur les corporations commerciales (loi n° 90/2012 du Recueil, ci-après « LCC »), et concrètement aux dispositions de l'article 777 paragraphe 3 de la LCC. L'article mentionné précise que si les dispositions des contrats d'exercice de fonction et de rémunération ne sont pas adaptées pour être conformes à la LCC dans un délai de six mois à compter de la date d'effet (1^{er} janvier 2014), l'exercice de la fonction est effectué à titre gracieux.

Les nouvelles stipulations sont plus détaillées que la réglementation actuelle de l'article 66 du Code du commerce et elles offrent de nouvelles possibilités de définition des relations au sein de la corporation commerciale.

Le contrat d'exercice de fonction restera toujours facultatif. Un tel contrat doit être conclu *par écrit* en cas de sociétés de capitaux (société anonyme à responsabilité limitée, société anonyme) et doit être approuvé, avec tous les amendements, par l'organe suprême de la société, c'est-à-dire par l'Assemblée générale. Un contrat conclu autrement que par écrit (oralement, tacitement) serait ainsi caduque, ce qui soulève la question de savoir si, dans un tel cas, l'exercice de la fonction est rémunéré ou pas (voir ci-dessous). On peut suggérer la forme écrite également aux autres corporations commerciales afin d'assurer une sécurité juridique, sans parler des difficultés de l'approbation (cf. exposé ci-dessous) des contrats conclus autrement que par écrit.

Le contrat d'exercice de fonction doit être soumis à l'organe suprême de la société (abréviation législative formulée dans la LCC pour les sociétés de capitaux et sociétés de personnes) qui l'approuve. Donc, dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, c'est l'Assemblée générale qui approuve les contrats d'exercice de fonction. Si les membres du Directoire de la société anonyme sont élus par le Conseil de Surveillance, cet organe validera de même leurs contrats d'exercice de fonction, donc rien de nouveau par rapport aux dispositions du Code de commerce existant.

En vertu des dispositions de l'article 59 paragraphe 2 de la LCC, il est possible d'accepter également une validation ultérieure (ex-post) du contrat d'exercice de fonction dans la société de capitaux. Il faut à ce titre souligner les dispositions de l'article 59 paragraphe 4 de la LCC qui stipule, entre autres, que l'organe suprême de la société ou tout autre organe légitime de la société (pour Conseil de Surveillance cf. article 438, paragraphe 2 de la LCC, Conseil d'administration cf. art. 463, paragraphe 1 de la LCC) doit examiner l'approbation du contrat *sans délai inutile*, le non-respect de cette exigence ayant pour conséquence le droit qu'à *un montant de rémunération habituel* et non pas au montant convenu. Pour éviter une telle situation peu désirée par les participants, on ne peut que suggérer de valider les contrats d'exercice de fonction avant leur signature par l'organe statutaire de la société de capitaux et par le candidat concerné, c'est-à-dire d'assurer un accord préalable donné par l'organe statutaire ou tout autre organe légitime de la société (pour le Conseil de Surveillance cf. article 438, paragraphe 2 de la LCC, le Conseil d'administration cf. art. 463, paragraphe 1 de la LCC).

Concernant les sociétés anonymes, il faut surtout prendre en considération le fait que la LCC donne désormais deux possibilités – les fondateurs peuvent choisir entre le modèle dualiste (Assemblée générale, Directoire et Conseil de Surveillance – art. 435 et suivants de la LCC) ou la structure moniste de la composition des organes (Conseil d'Administration et directeur statutaire – art. 456 et suivants de la LCC). La gestion de la société fondée selon le système moniste peut donc reposer

entre les mains d'une seule personne, la LCC permettant en effet les organes à un seul membre. La LCC stipule que c'est le système dualiste qui s'applique en cas de doutes concernant le choix du système de structure interne de la société anonyme.

Le contrat d'exercice de fonction du directeur statutaire en tant qu'organe statutaire de la société anonyme gérée selon le système moniste est approuvé par le Conseil d'Administration (art. 463 paragraphe 1 de la LCC). Si les membres du Directoire de la société gérée par le système dualiste sont élus et révoqués par le Conseil de Surveillance (un tel pouvoir du Conseil de Surveillance devant être spécifié dans les Statuts conformément à l'article 438 paragraphe 1 de la LCC), le Conseil de Surveillance approuve aussi les contrats d'exercice de fonction des différents membres du Directoire (article 438 paragraphe 2 de la LCC).

En vertu de l'article 48 de la LCC, est réputé nul tout acte juridique qui n'a pas reçu l'accord de l'organe suprême de la corporation commerciale et la loi requiert une telle approbation. Cette nullité est toutefois relative, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas automatiquement, mais il faut la réclamer dans les délais impartis, soit un délai subjectif de six mois dans ce cas concret, mais au plus tard dans un délai de dix ans à compter d'un tel acte. Tenant compte du fait que « *l'approbation* » du contrat d'exercice de fonction donnée exclusivement par l'organe suprême de la société n'est rien d'autre que « *l'accord* », on peut prévoir l'application de l'article 48 de la LCC également en ce qui est des contrats d'exercice de fonction non approuvés.

Le contrat d'exercice de fonction n'est conclu dans les sociétés de capitaux que par écrit et doit être approuvé par l'organe suprême de la société. L'exercice de la fonction *se fait à titre gracieux* (article 59 paragraphes 2 et 3 de la LCC), sauf dispositions établissant la rémunération figurant dans le contrat. L'omission de la stipulation régissant la rémunération dans le contrat d'exercice de fonction peut donc avoir un impact matériel majeur sur le membre de l'organe.

Le contrat d'exercice de fonction dans une société de capitaux doit définir toutes les composantes et tous les détails des rémunérations, avantages, participations sur le bénéfice, y compris le mode de leur détermination, etc. (art. 60 de la LCC). En vertu de l'article 60 de la LCC, le contrat d'exercice de fonction dans une société de capitaux doit spécifier en matière de rémunération ce qui suit :

- identification de toutes les composantes de la rémunération à laquelle le membre de l'organe a droit ou peut y avoir droit, y compris les prestations en nature éventuelles, cotisations à l'assurance complémentaire de retraite ou autres prestations ;
- définition du montant de la rémunération ou du mode de son calcul ou de sa forme ;
- définition des règles pour le versement de primes spécifiques ou de participations des membres de l'organe aux bénéfices qui peuvent lui être attribués ;
- données sur les avantages ou rémunérations du membre de l'organe consistant en transfert de titres de participation ou en la possibilité de les acquérir par le membre de l'organe ou une personne qui lui est proche si la rémunération est prévue sous cette forme.

Le non respect de toutes les exigences spécifiées par l'article 60 de la LCC et mentionnées ci-dessus peut entraîner pour les membres des organes des sociétés de capitaux l'application de l'article 59 paragraphe 3 de la LCC, à savoir l'exercice de fonction à titre gracieux. Le législateur définit trois dérogations à cette conséquence négative (art. 59 para. 4 LCC), à savoir :

- a) si on conclut un contrat d'exercice de fonction ou des dispositions de ce contrat relatives à la rémunération qui sont invalides pour des raisons du côté de la corporation commerciale ou
- b) si le contrat d'exercice de fonction n'est pas conclu pour des raisons et obstacles du côté de la corporation commerciale ou
- c) si l'organe suprême de la corporation commerciale ne l'approuve pas sans délai inutile après la constitution de la fonction du membre de l'organe de la corporation commerciale.

Dans ces trois cas on déterminera la rémunération comme une rémunération habituelle au moment de la conclusion du contrat ou, à défaut de contrat, comme une rémunération habituelle au moment de la constitution de la fonction récompensant une activité similaire à celle que le membre de l'organe avait effectuée (art. 59 paragraphe 4 de la LCC).

C'est dans ce contexte qu'a été publié l'avis de plusieurs auteurs réputés qui affirment qu'en l'absence de conclusion d'un contrat d'exercice de fonction, le droit à la rémunération naît également dans d'autres cas que les trois indiqués ci-dessus, à savoir que l'exercice de la fonction ne sera gracieux, mais que la société versera au membre de l'organe une rémunération habituelle.

Toute autre prestation (en dehors de celles régies par un texte législatif ou par le contrat d'exercice de fonction) ne peut être octroyée au membre de l'organe qu'avec le consentement de l'organe qui a approuvé le contrat d'exercice de fonction et avec l'avis de l'organe de contrôle s'il a été constitué (art. 61 paragraphe 1 de la LCC). Cette disposition traduit l'attention portée par le nouveau texte à la protection des associés des corporations commerciales. En effet, aucun transfert hors contrat ou en dehors des prestations conformément à la loi ne devrait plus se produire sans l'accord de la corporation commerciale.

La disposition de l'article 61 paragraphe 1 de la LCC, c'est-à-dire la règle de validation de toute autre prestation par l'organe de la corporation commerciale compétent en matière d'approbation des contrats d'exercice de fonction, s'applique de manière similaire pour déterminer le salaire ou autre prestation versée à l'employé qui est également membre de l'organe statutaire de la société ou d'une personne proche. (art. 61 paragraphe 3 de la LCC).

Une autre règle importante pouvant avoir un effet néfaste sur les membres des organes de la corporation commerciale est prévue par l'article 61 paragraphe 2 de la LCC. Cette disposition précise que la prestation conformément au contrat d'exercice de fonction ou conformément à l'article 61 paragraphe 1 de la LCC (c'est-à-dire autre prestation) n'est pas octroyée *si l'exercice de la fonction a manifestement contribué aux résultats négatifs de la corporation commerciale*, sauf décision contraire de celui qui a approuvé le contrat.

La LCC stipule également que si la rémunération doit être octroyée sous forme de transfert ou d'acquisition des titres de la société, ces données devront obligatoirement figurer dans le contrat d'exercice de fonction du membre correspondant du Directoire de la société anonyme. Ceci s'applique également en cas d'acquisition des actions pas directement par le membre du Directoire, mais par une personne proche.

Nous voudrions attirer votre attention surtout sur les possibilités suivantes:

1) par rapport au mandat

L'article 439 paragraphe 3 de la LCC stipule que le contrat d'exercice de fonction peut déterminer la durée du mandat de membre de Directoire tout en précisant que la durée du mandat spécifiée dans le contrat d'exercice de fonction fait foi en cas de différence entre les Statuts et le contrat d'exercice de fonction. Les mêmes principes sont également prévus par l'article 448 paragraphe 4 de la LCC pour les membres du Conseil de Surveillance. Si la durée du mandat n'est définie ni dans les statuts, ni dans le contrat d'exercice de fonction, on prévoit conformément à la LCC la durée du mandat d'un an ;

2) par rapport à l'organe ayant la compétence d'être le destinataire de l'avis de démission

Le membre démissionnant doit, en vertu de l'article 59 paragraphe 5 de la LCC, notifier sa démission à l'organe qui l'a élu. Comme cette solution n'est pas toujours optimale pour les corporations commerciales, le contrat d'exercice de fonction peut définir un autre procédé que celui de notifier l'organe prévu par la loi qui a élu le membre démissionnant. On doit souligner à ce titre que le membre de l'organe de la corporation commerciale *ne peut démissionner au moment où un tel acte serait préjudiciable à la corporation commerciale*. Cette notion sera spécifiée ultérieurement par la jurisprudence, il s'agira toutefois très probablement des situations dans lesquelles la démission du membre de l'organe aurait un effet néfaste conséquent pour la corporation commerciale, l'effet qui ne peut être écarté que par le maintien du membre dans sa fonction. Une telle démission pourrait par exemple avoir pour conséquence l'échec de réalisation d'un business plan important qui se trouve déjà dans sa phase finale, etc.

Le nouveau texte de la LCC souligne à travers de nombreuses dispositions le bon et dû exercice de l'activité et de la gestion des corporations commerciales en bon père de famille. En ce qui est des contrats d'exercice de fonction, on se base surtout sur l'article 62 de la LCC.

Si une procédure d'insolvabilité est donc lancée conformément à cette disposition, ceci suite à la demande d'une autre personne que le débiteur (donc sur la base d'une demande d'insolvabilité déposée par l'un des créanciers de la corporation commerciale), et si cette procédure débouche sur une déclaration de faillite de la corporation commerciale, les membres de ses organes peuvent se voir obligés de restituer les bénéfices issus du contrat d'exercice de fonction, ainsi que tout autre bénéfice perçu de la part de la corporation commerciale, cette disposition couvrant la période allant jusqu'à deux ans avant la date d'effet de la décision d'insolvabilité. Cette disposition ne s'applique que si les membres des organes de la corporation commerciale savaient ou pouvaient ou devaient savoir que la corporation commerciale risquait la faillite en vertu d'un autre texte législatif (c'est-à-dire la loi n° 182/2006 du Recueil, sur la faillite et les solutions possibles – loi sur l'insolvabilité – ci-après « LI ») et n'ont pas pris toute mesure nécessaire et raisonnablement prévisible contrairement au principe de la gestion en bon père de famille. Le risque de la faillite existe au moment où on peut raisonnablement escompter, compte tenu du contexte, que le débiteur n'est pas en mesure de rembourser dûment et dans les délais la part conséquente de ses dettes financières. Les membres concernés des organes de la corporation commerciale (ainsi que les anciens membres, cf. ci-dessous) doivent être invités de manière adéquate et qualifiée par l'administrateur de la faillite de restituer ces bénéfices. Compte tenu de ce qui a été mentionné ci-dessus, il s'avère clair que

les conséquences financières de la violation des obligations peuvent être très sensibles pour les membres des organes de la corporation commerciale. Nous voudrions rappeler dans ce contexte que le législateur a également couvert la situation de l'impossibilité de restituer le profit non pécuniaire conformément aux dispositions précitées, en instaurant l'obligation de dédommagement financier dans ces cas. Nous rappelons également que les conséquences précitées régies par l'article 62 de la LCC s'appliquent de même aux anciens membres des organes de la corporation commerciale.

La LCC ne régit pas la problématique de cumul de la fonction de membre d'organe statutaire avec la relation salariale (par exemple la position de directeur financier ou commercial). Pendant la période entre le 1.1.2012 et le 31.12.2013, le cumul de la fonction de membre d'organe statutaire et de la relation salariale en fonction de cadre était explicitement autorisé en vertu de l'article 66d du Code de commerce, à condition que l'organe statutaire (par exemple le directoire de la société anonyme) avait confié à l'un de ses membres certaines activités dans le cadre de la direction commerciale de la société et que de telles activités pouvaient être exécutées en relation salariale. Cette possibilité n'a été reprise ni par la LCC, ni par aucun autre texte de loi, cette question restant donc obscure compte tenu de l'absence de réglementation explicite, d'insuffisance de commentaires et de jurisprudence en la matière. Les membres des organes statutaires pourront continuer à exécuter en relation salariale des activités qui ne sont pas liées à la gestion commerciale. Si certains avis admettent la possibilité que les membres d'organes exécutent les activités liées à la gestion des corporations dans le cadre de deux relations différentes, c'est-à-dire en qualité de membre de l'organe statutaire conformément au contrat d'exercice de fonction et, parallèlement, par exemple, en qualité de directeur général (exécutif, financier, commercial ou autre) selon un contrat de travail, la condition sine qua non pour assurer la validité d'un tel cumul repose sur l'exigence d'assurer que toutes les activités et responsabilités de la personne concernée soient clairement identifiées. Tenant compte des difficultés pratiques d'une telle procédure et des questions problématiques s'y rapportant, il convient à ce moment de suggérer de régir l'exercice de fonction de membre de l'organe statutaire, et donc aussi de gestion commerciale, par un seul contrat conclu conformément aux dispositions afférentes de la LCC et conformément au nouveau Code civil. Il est possible d'intégrer dans le contrat d'exercice de fonction certains principes du droit de travail, comme, par exemple, le droit au congé, certains avantages, etc.

La nouvelle réglementation renforce les exigences vis-à-vis de l'exercice de fonction et définit également des conséquences plus graves en cas de non respect de ces exigences. Tenant compte des dispositions transitoires de la LCC, on recommande la mise à jour des contrats d'exercice de fonction. Du point de vue pratique, il est recommandable de définir dans le contrat d'exercice de fonction tous les paiements et toutes les prestations auxquelles les membres des organes auront droit.

Nous espérons que le sommaire ci-dessus vous aidera à mieux vous retrouver dans la nouvelle réglementation. En cas de besoin, nous nous tenons à votre disposition pour de plus amples informations.

Les newsletters ont pour but de fournir une information de base sur le sujet traité et ne saurait être considéré comme manuel spécialisé et exhaustif. Le contenu de la présente publication ne sert qu'à fournir un aperçu général du sujet traité et n'est pas basé sur les conditions spécifiques des cas individuels ou des besoins individuels des clients. Avant d'effectuer tout acte juridique dans des cas concrets, nous recommandons de solliciter un conseil juridique ; nous nous tenons à votre disposition pour vous fournir notre assistance dans vos projets. Nous déclinons toute responsabilité par rapport au caractère exact et complet des informations contenues dans la présente publication.