arendt

Les midis de l’entreprise

CONFIDENTIALITY REMINDER
This document is confidential and is intended solely for its recipient.
Do not distribute outside of your organisation.

Les midis de l’entreprise

Administrateurs et dirigeants de société : vos droits et vos responsabilités

VOS ORATEURS/CONTACTS

Benoît Chambon

Clara Mara-Marhuenda

Jean-Luc Putz

Séminaire en présentiel

21/02/2023

CONFIDENTIALITY REMINDER
This document is confidential and is intended solely for its recipient.
Do not distribute outside of your organisation.

Liability of directors at a glance

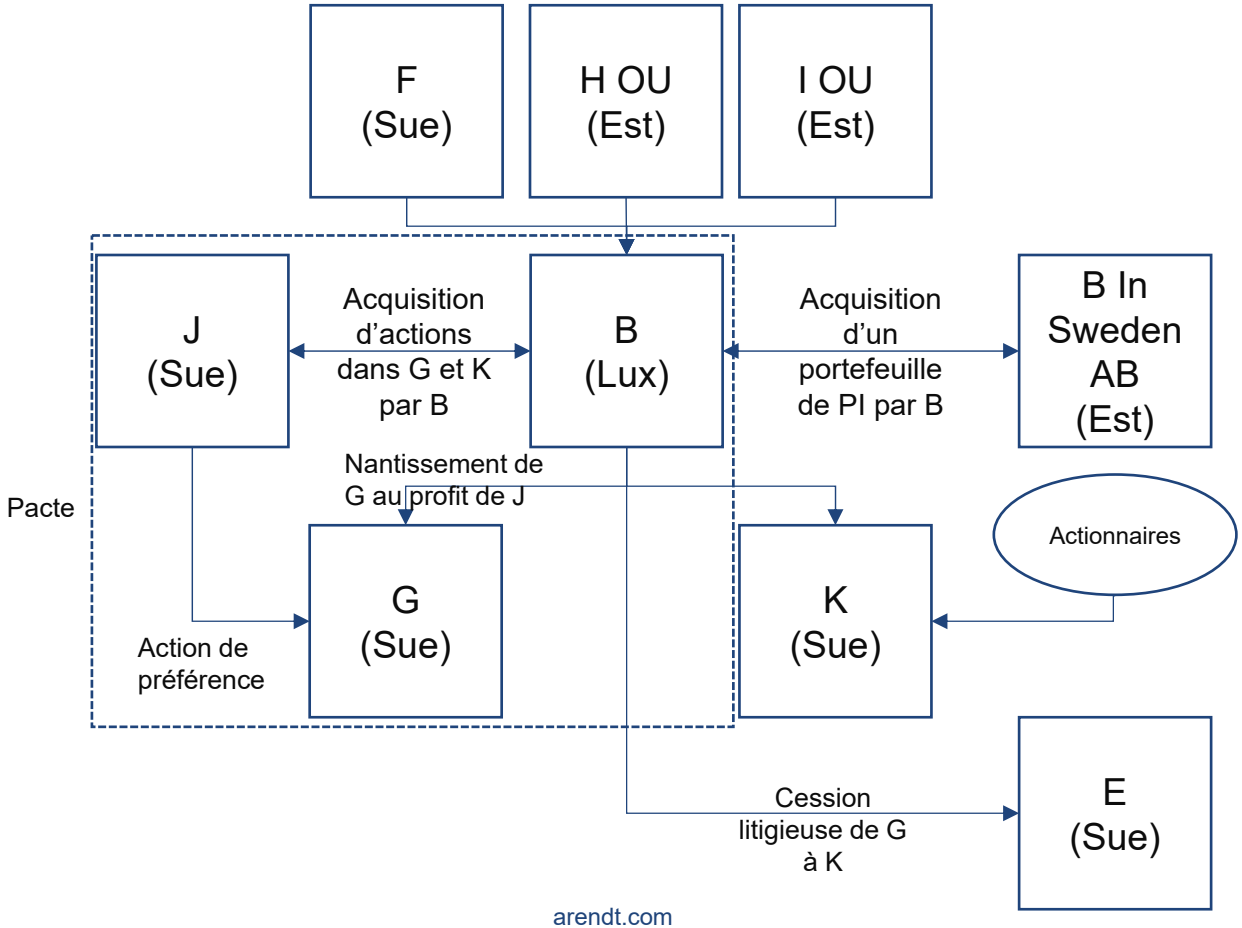
	Management errors	Breach of corporate act or AoA	Liability in tort	Criminal offenses	Insolvency related	Tax offenses
Some examples	Not attending board meetings Not having filed for bankruptcy Making important payments that are not due Entering into important contracts at terms detrimental to the company Not pursuing debts due to the company	Failure to convene the annual general meeting of shareholders Omission to file the appointment or resignation of board members Violation of financial assistance rules Breach of the rule regarding the power of signature Distribution of notional dividend	Exercising competing activities Retroactive distribution of remuneration without basis when the company is in financial distress Manifestly unreasonable continuation of an activity running at a loss Preparation of forged financial statements to obtain credits form a bank	Forgery Abuse of corporate assets Securities price manipulation Failure to submit annual accounts to shareholders Not keeping the registers required by law Simple / fraudulent bankruptcy	**Extension to personal bankruptcy** Bankruptcy can be extended to you personally if you acted in your own interest under the cover of your company **Liability for all or part of the losses** In case of bankruptcy with lack of assets to pay the debts, you may have to bear all or part of the debt if a judge finds that you committed a characterized and serious offense that led to it	Shortfall in the payment of taxes Non cooperation with the VAT authorities in event of control VAT evasion Violation of VAT compliance rules such as VAT invoicing, VAT reporting, VAT payment obligations, irregular VAT recovery, etc.
Who can be held responsible?	✔ Personal liability Joint liability	Personal liability ✔ Joint liability	✔ Personal liability Joint liability	✔ Personal liability Joint liability	✔ Personal liability Joint liability	Personal liability ✔ Joint liability
Who can initiate an action?	✔ **Your company's shareholders** ▸ General meeting > 50% ▸ Minority shareholders having >10% (SA,SAS,SCA) ✔ **Management bodies of your company following shareholders vote** ✔ **Third parties** ▸ Liquidator ▸ Insolvency administrator	✔ **Your company's shareholders** ▸ General meeting > 50% ▸ Minority shareholders having >10% (SA,SAS,SCA) ✔ **Management bodies of your company following shareholders vote** ✔ **Third parties** ▸ Anyone who has suffered a damage (creditors, counter-parties...) ▸ Liquidator ▸ Insolvency administrator	Your company's shareholders Management bodies of your company ✔ **Third parties** ▸ Anyone who has suffered personal damage ⚠ Special condition *"Faute séparable des fonctions"*: 1 particularly severe, 2 intentional, 3 inconsistent with the normal exercise of duties	Your company's shareholders Management bodies of your company ✔ **Third parties** ▸ Public prosecutor	Your company's shareholders Management bodies of your company ✔ **Third parties** ▸ Insolvency administrator	Your company's shareholders Management bodies of your company ✔ **Third parties** ▸ Tax authorities
What are the penalties and reductions?	✔ **CIVIL** ▸ Monetary ✔ **REDUCTIONS** ▸ Insurance ▸ Valid discharge granted by GM ▸ Indemnification agreement ⚠ Not applicable in case of wilful misconduct and gross negligence	✔ **CIVIL** ▸ Monetary ✔ **REDUCTIONS** ▸ You were not part of the infringement and duly informed the managing bodies about it ▸ Discharge granted by GM ⚠ Does not discharge toward third parties	✔ **CIVIL** ▸ Monetary ✘ **NO REDUCTIONS**	✔ **CRIMINAL** ▸ Monetary ▸ Other: jail ✘ **NO REDUCTIONS**	✔ **CIVIL** ▸ Monetary ✘ **NO REDUCTIONS**	✔ **ADMINISTRATIVE** ▸ Monetary ✔ **REDUCTIONS** ▸ Separation of power and delegation to one director
Statute of limitations	5 years	5 years	30 years	1 / 5 / 10 years depending on legal basis	3 years starting from the last *vérification définitive des créances*	Max 10 years
Legal basis	Art 441-9 (art 59) §1 LCC	Art 441-9 (art 59) §1 LCC	Art 1382 and 1383 Civil code	Art 1500-2 — 1500-15 LLC Criminal and Commercial codes Art 637, 638 and 640 CIC	Art. 495 and 495-1 Commercial code	Art 103 — 108 of LGTC Art 67-1 — 67-4 LVATL

Arendt & Medernach

Corpus 2022 (justice.public.lu)

Numéro du rôle	Juridiction	Fondement	Décision
CAL-2020-00977	Cour d'appel	Faute de gestion Comblement de passif	Incompétence Non fondée
TAL-2020-03742	Tribunal administratif	Non paiement impôts	Responsabilité
31769/13/CD	Cour d'appel	Faux et usage de faux	Responsabilité (confirmatif)
TAL-2020-03361	Tribunal administratif	Non paiement impôts	Responsabilité
CAS-2020-00161	Cour de cassation	Abus de biens sociaux	Absence de qualité à agir
TAL-2021-09000	Tribunal administratif	Non paiement impôts	Responsabilité (confirmatif)
CAS-2020-00164	Cour de cassation	Abus de biens sociaux	Responsabilité (confirmatif)
CAL-2021-01037	Cour d'appel	Comblement de passif	Responsabilité du curateur (confirmatif)
351/21 V.	Cour d'appel	Abus de biens sociaux Non publication comptes	Responsabilité (confirmatif)
46754C 46755C	Cour administrative	Non paiement des impôts	Irresponsabilité (infirmatif)

Cour d'appel, n°2020-00977 – Présentation des faits



Cour d'appel, n°2020-00977 – Demandes & Compétence

- Curateur de la société en faillite agit contre les administrateurs légaux et de fait pour :
  - (principalement) Nullité du contrat de cession d'actions
  - (subsidiairement) Faute de gestion
  - (plus subsidiairement) Comblement de passif

- Compétence
  - (CA) Règlement 1215/2012 – fautes de gestion sont des « *fautes qui se rattachent directement à l'exécution du mandat leur conféré* » de sorte qu'il y a « *lieu d'admettre que le lieu d'exécution de ce mandat se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg* »
  - Tous les BoMs et AGE ont été tenus en Suède. Tous les contrats litigieux sont soumis expressément au droit Suédois et comportent une clause d'arbitrage
  - il n'y a pas lieu d'admettre que le lieu d'exécution du mandat des dirigeants « *se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg* »

Cour d’appel, n°2020-00977– Comblement de passif

- Action en comblement de passif est une action née de la faillite et relève de la compétence du tribunal de la faillite

- Comblement de passif et faute grave

  - La faute grave est celle qui est voisine du dol sans s'y identifier et qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise

  - Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c'est-à-dire, l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait ne pas l'être de ce que son comportement contribuera à la faillite

  - La faute doit donc être nettement marquée ; il faut qu’elle soit telle que tout homme raisonnable, et pas seulement le juge, trouve la faute nécessairement établie (cf. Verougstraete n° 1062).

Cour d'appel, n°2020-00977 – Responsabilité délictuelle

- Il reproche plus particulièrement au dirigeant d'avoir ainsi commis des fautes « *en lien avec la vie sociale de B et sa bonne gouvernance, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que le lieu de commission de ces fautes se situe nécessairement au lieu du siège social de la société, à savoir au Luxembourg* ».

- La demande en responsabilité délictuelle dirigée à l'encontre de F sur base de l'article 1382 du Code civil est une action qui n'implique pas la mise en œuvre des règles spécifiques de la faillite et ne relève partant pas du domaine de l'article 635 du Code de commerce. Il s'agit d'une action de droit commun à laquelle il y a lieu d'appliquer les règles de compétence ordinaire.

- Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre: (…) 2) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

C. Admin., N°46754C/ N°46755C

- *Pour la Cour administrative*, les opérations les plus importantes concernant la société ont été décidées au niveau du groupe et des investisseurs étrangers et des juridictions françaises.

- Le dirigeant n'a en conséquence assumé qu'un rôle d'exécutant des décisions stratégiques prises à ce niveau et n'était donc nullement dans une position qui lui aurait permis d'influer sur ces opérations aux moments respectifs où elles ont été conclues
  - Implémentation de l'offre de reprise
  - Implémentation d'un protocole de conciliation prévoyant comme l'une des annexes un contrat de crédit-vendeur

T. Admin, 2020-03742

- Il y a lieu dans ce contexte de l'article 67-2 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée à vérifier non pas si le résultat - le paiement de la TVA - n'a pas été obtenu, mais si les moyens mis en œuvre par le dirigeant de droit ou de fait en vue du paiement de la TVA par la société qu'il dirige ont été suffisants par rapport à un dirigeant de droit ou de fait considéré in abstracto.

La responsabilité pénale des administrateurs

- **Conditions** pour engager la responsabilité pénale du dirigeant
  - Responsable pour ses actes, mais également pour ses omissions
  - Nul n'est censé ignorer la loi, en particulier pas les administrateurs
  - Le Parquet ouvre les poursuites de façon large, le juge décide au final qui est responsable

- **Principe**
  - l'administrateur est en charge de la gestion de la société, donc il assume la responsabilité pénale

- **Exception** = délégation de responsabilité
  - Exclue pour certaines infractions « de fonction » (p.ex. non-publication de bilans)
  - Exige une délégation de responsabilité effective et réelle, avec attribution de moyens, temps & compétences suffisantes

Domaine de la responsabilité pénale d'un dirigeant

Droit commun
Faux
Vol, escroquerie, abus de confiance
Corruption, trafic d'influence
Secret professionnel

Banqueroute
Aveu tardif de la faillite
Absence d'inventaire/comptabilité
Non-coopération avec le curateur
Détournement d'actif

Secteurs réglementés
Secteur financier
Secteur des assurances, …

Blanchiment
Obligations professionnelles (KYC, KYT)
Détention, conversion, déguisement, etc.
Registre des bénéficiaires économiques

Infractions fiscales
Fraude fiscale aggravée
Escroquerie fiscale

Droit du travail
Délégation du personnel
Durée de travail
Sécurité, accidents du travail

Cybercriminalité
Vol de données
Accès aux systèmes informatiques

Autorisations
Autorisations d'établissement
Commodo-incommodo
Autorisations spécifiques, p.ex. construction, environnement

Droit des sociétés
Abus de biens sociaux
Non-publication de bilans
Falsification de bilans

Abus de marché
Opération d'initié
Divulgation d'opérations privilégiées
Manipulation des marchés

Législations spécifiques
Protection du consommateur
Sécurité des produits
Propriété intellectuelle

CSJ, n° 345/21 X - Faux et usage de faux

- **Faits**
  - Demande d'agrément pour une crèche
  - Usage d'un contrat de travail falsifié; 'éducatrice graduée' → 'chargée de direction'
- **Gérant**
  - Amende : 10.000 euros
  - Dommages-intérêts : 2.000 euros
- **Société**
  - Changement d'actionnaire et de gérant → impact ?
  - Suspension du prononcé

Cassation, CAS-2020-00161 - Abus de biens sociaux

- **Faits**
  - Société ne pouvant plus payer ses dettes en raison des agissements du gérant
  - Créancier voulant faire plainte pour abus de biens sociaux (ABS) auprès du juge d'instruction

- **Décision**
  - Plainte irrecevable selon le juge d'instruction et la Cour d'appel
  - Confirmation par la Cour de cassation
    - Partie civile au pénal que pour un préjudice direct et personnel
    - Seule la société est victime d'un ABS
    - Les créanciers ne subissent pas de préjudice propre

Cassation, n° CAS-2020-00164 - Abus de biens sociaux & blanchiment

- **Faits**
  - Personne condamnée pour abus de biens sociaux + blanchiment
  - Mêmes sommes d'argent

- **Problème**
  - On peut être « auto-blanchisseur » → celui qui détient le produit de sa propre infraction commet presque automatiquement aussi un blanchiment-détention

- **Réponse**
  - Démarche non contraire au droit européen et international
  - Infractions cumulables, non-exclusives.
  - Pas d'obligation de retenir l'une ou l'autre, mais simplement un même fait qui reçoit deux qualification.
  - Une seule peine car un même fait (peine la plus lourde – concours idéal)
  - Pas de violation du principe *non bis in idem* qui interdit les doubles poursuites et condamnations pour un même fait

Cour d'appel n° 351/21 V - Escroquerie & abus de biens sociaux

- **Faits**
  - Personne qui encaisse un investissement de 937.000 euros pour un « projet immobilier » à réaliser par sa société
  - Argent directement viré sur son compte personnel et dépensé à des fins privées

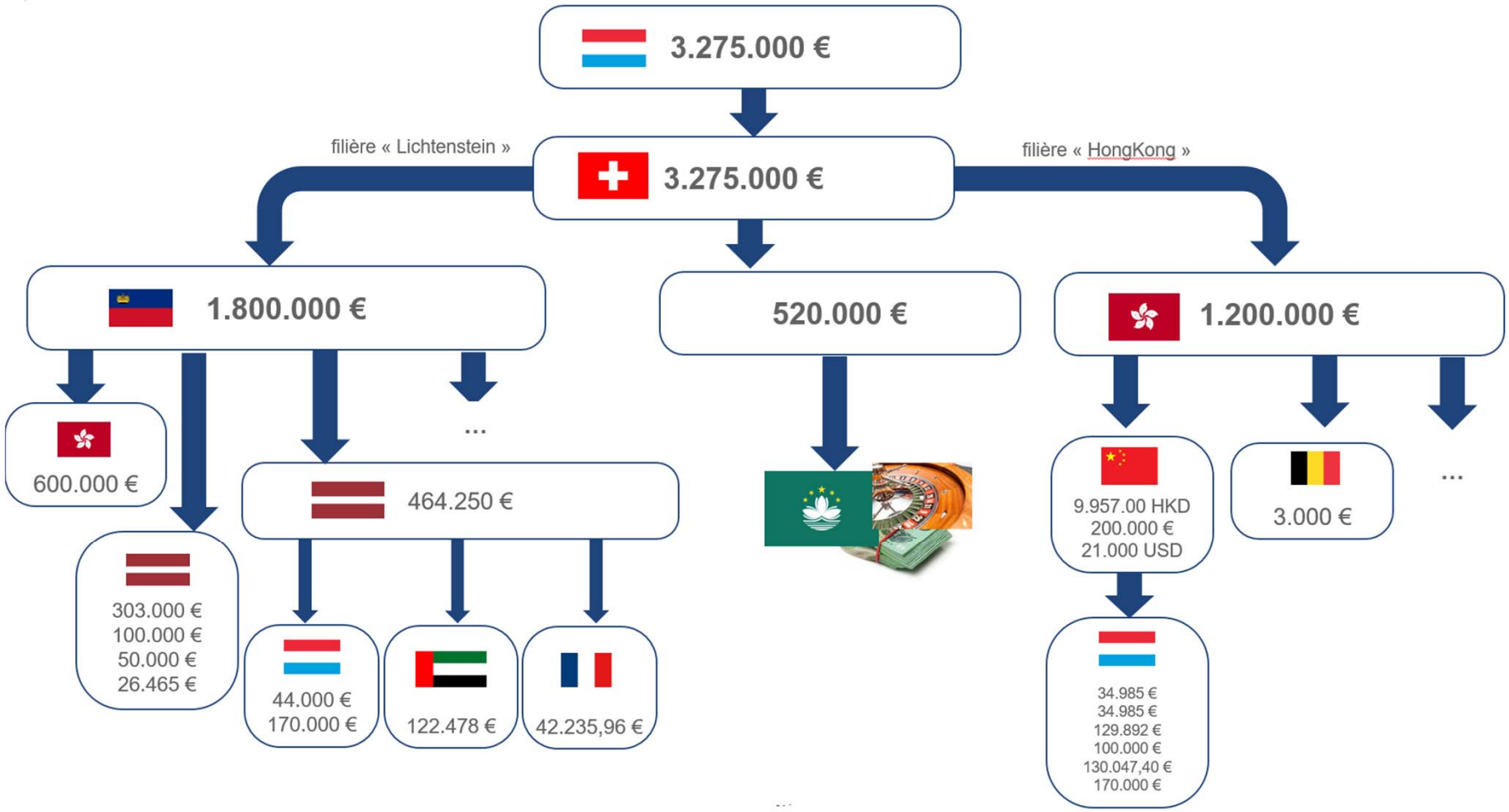
- **Escroquerie :** Manœuvres frauduleuses car
  - projet immobilier inexistant
  - rendements irréalistes (7 % - 12 % par an)

- **Abus de biens sociaux**
  - Argent n'a jamais transité sur les comptes de la société
  - Mais : abus du « crédit » de la société = de son image, de sa réputation

- **Condamnation**
  - au pénal **:** 36 mois d'emprisonnement dont 30 avec sursis, amende de 5.000 euros
  - au civil : remboursement de 937.000 euros – argent qui a pu être confisqué

Cour d'appel, n° 214/22 Blanchiment & escroquerie

- **Faits**
  - Faux ordre de virement permettant à un banquier de détourner 3,6 millions en Suisse
  - Argent blanchi à travers deux filières
  - Prévenu accusant ses directeurs d'être à l'origine du plan et que sa part n'aurait été que de 500.000 euros
- **Escroquerie et faux**
  - Faux ordre de virement
- **Blanchiment**
  - Personnes impliquées ayant nécessairement eu connaissance de l'origine illicite des fonds
- **Condamnation**
  - au pénal **:** peines variables, pour le principal : 3 ans d'emprisonnement dont 1 avec sursis, 500.000 euros d'amende
  - Au civil : la victime est la banque


3.275.000 €
filière « Lichtenstein »
3.275.000 €
filière « HongKong »
1.800.000 €
520.000 €
1.200.000 €
600.000 €
...
464.250 €
303.000 €
100.000 €
50.000 €
26.465 €
44.000 €
170.000 €
122.478 €
42.235,96 €
9.957.00 HKD
200.000 €
21.000 USD
3.000 €
...
34.985 €
34.985 €
129.892 €
100.000 €
130.047,40 €
170.000 €

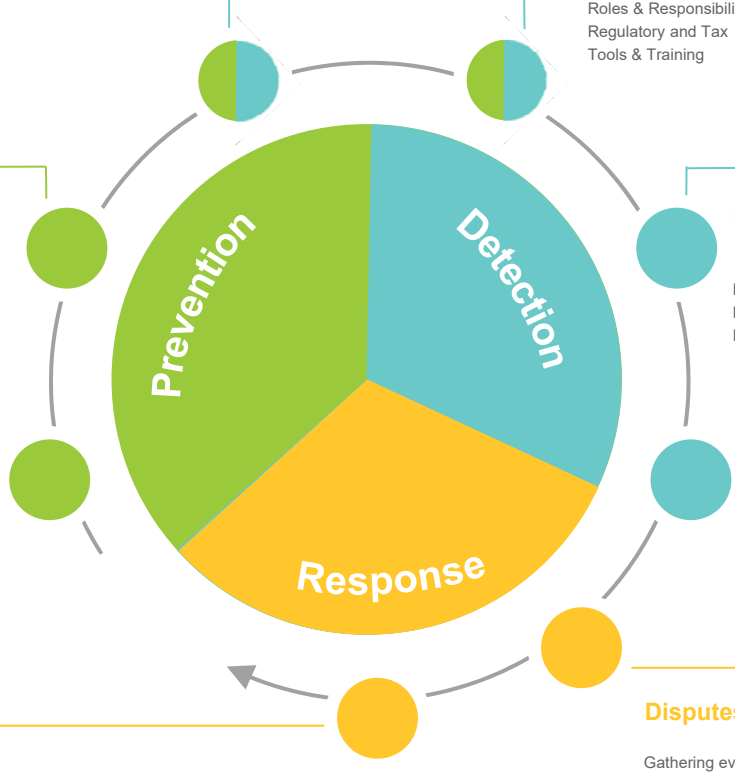
Cour d'appel, n° 325/21 V - Recours au travail clandestin

- **Faits**
  - Plateforme de livraison de repas
  - Chauffeurs-livreurs (étudiants) indépendants, non-salariés
  - Exigence d'une autorisation d'établissement

- **Travail clandestin** = recourir à des prestataires qui n'ont pas d'autorisation d'établissement
  - Clause dans les contrats que les chauffeurs sont responsables de leur situation administrative
  - Gérants ne pouvaient se fier à la clause; devaient savoir qu'ils n'avaient pas d'autorisation

- **Condamnation**
  - Gérants : 5.000 euros d'amende chacun (= peine maximale)
  - Société : 5.000 euros

Arendt Expertise



Corporate Law

Contractrual framework
Company & Competition law
Operational and Business organization
Corporate and Transaction Intelligence

Corporate Governance Centre

Board Composition
Corporate Administration
Roles & Responsibilities of the Board
Regulatory and Tax
Tools & Training

Corporate Intelligence

Pre- and post-transaction intelligence
Investigative due diligence (AML, corruption)
ESG due diligence
Sanctions due diligence

Internal & Regulatory Investigations

Fraud (embezzlement, workplace misconduct, procurement, data leaks)
Regulatory inquiries (AML, corruption, sanctions)
Financial investigations (misuse of assets)

Compliance & Ethics

Regulatory & compliance risks: prevention, detection, remediation
Diagnostics & assessment: procedures design & implementation

Forensic Technology

Digital forensics (computer, mobile, cloud)
E-discovery

Business Crime

Criminal risk assessment
Assistance during criminal trials
Cross-border coordination in criminal cases with international ramifications
Property, Banking, Capital market, Tax and Corporate offences
Cybercrime and computer fraud
Anti-money laundering obligations (KYC, due diligence, etc.)
Infringement of intellectual property rights

Disputes & Litigation Support

Gathering evidence, understanding the facts, finding arguments
Preparing the defense of our clients' interests
Intelligence-led litigation support
Asset tracing and recovery
Corporate contest and hostile M&A
Forensic accounting

arendt

VOS ORATEURS/CONTACTS

Benoît Chambon
Senior Associate
benoit.chambon@arendt.com
+352 40 78 78 9873

Clara Mara-Marhuenda
Partner
clara.mara@arendt.com
+352 40 78 78 276

Jean-Luc Putz
Partner
jean-luc.putz@arendt.com
+352 40 78 78 8620

Listen to **Arendt Podcasts** and install the **Arendt Insights App** to never miss a beat with the latest legal, tax and business developments in Luxembourg.

Important Notice and Disclaimer: *Whilst a best efforts approach has been taken to ensure the accuracy of the information provided in this presentation, as at the date thereof, this information is only designed to provide with summarised, and therefore non complete, information regarding the topics covered. As such, this presentation does not constitute legal advice, it does not substitute for the consultation with legal counsel required prior to any undertakings and it should not be understood as investment guidelines. If you would like to receive a legal advice on any of the issues raised in this presentation, please contact us.*

arendt.com

arendt