

Nouvelle loi sur les sociétés : vers plus de responsabilités et de risques pour les dirigeants ?



CHINE

C'est le 29 décembre 2023, dernier jour ouvrable de l'année 2023, que le législateur chinois a enfin publié la nouvelle version de la loi sur les sociétés (la « Loi 2024 »), qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2024. Depuis sa promulgation le 29 décembre 1993, la loi sur les sociétés de la République populaire de Chine a fait l'objet de quatre mises à jour, respectivement en 1999, 2004, 2013 et 2018 (la « Loi 2018 »), ainsi qu'à une première révision complète en 2005. La Loi 2024 représente la deuxième révision complète et apporte des changements significatifs au régime du droit des sociétés chinois.

Cet article se concentre principalement sur les aspects clés de la gouvernance des sociétés à responsabilité limitée de droit chinois, qui est la forme la plus utilisée par les investisseurs étrangers. La Loi 2024 tout en introduisant une plus grande flexibilité dans le choix des organes de gouvernance, ajoute également plusieurs nouvelles exigences. L'intention du législateur est claire : renforcer les devoirs et les responsabilités des administrateurs, des superviseurs et des cadres supérieurs en matière de gouvernance d'entreprise.

I. PRINCIPAUX CHANGEMENTS

1. Conseil de surveillance / superviseurs

Traditionnellement, la gouvernance des sociétés chinoises est organisée en deux niveaux, avec d'une part un conseil d'administration/ un administrateur exécutif et d'autre part un conseil de surveillance/un ou plusieurs superviseurs. Contrairement à certaines juridictions de droit civil, le conseil de surveillance des entreprises chinoises ne prend pas de décisions commerciales, son rôle consiste à s'assurer que les administrateurs et les cadres dirigeants de la société respectent bien, dans l'exercice de leurs mandats et fonctions, les lois, réglementations, et les dispositions statutaires de la société. Cependant, en pratique compte tenu de l'absence d'un réel pouvoir de supervision, de nombreuses entreprises rencontrent des difficultés à mettre en œuvre efficacement cette fonction de surveillance.

La Loi 2024 a choisi de s'attaquer à ce problème en supprimant simplement l'obligation pour les sociétés à responsabilité limitée de se doter d'un conseil de surveillance/de superviseurs. En effet, la Loi 2024 prévoit la possibilité, d'une part pour les petites entreprises ainsi que pour celles ayant peu d'actionnaires, et d'autre part pour toutes les autres entreprises indépendamment de leur taille, mais sous réserve d'un consentement unanime de tous les actionnaires, de ne pas constituer de conseil de surveillance/ de ne pas nommer de superviseurs.

2. Comité d'audit

La Loi 2024 introduit une nouvelle disposition permettant (de manière optionnelle) la création d'un comité d'audit au sein du conseil d'administration, dont les membres sont des administrateurs. Ce comité est investi des pouvoirs traditionnellement détenus par le conseil de surveillance/les superviseurs, et ses fonctions et responsabilités doivent être précisées dans les statuts de la société. Il en résulte une possibilité de chevauchement ou même de remplacement partiel des fonctions traditionnellement exercées par le conseil de surveillance/ les superviseurs.

Toutefois, à ce stade, la Loi 2024 manque de dispositions explicites sur le fonctionnement effectif de ce comité d'audit, comme par exemple les procédures internes de délibération ou de vote. En sus, le fait que le comité d'audit soit composé des administrateurs de la société est susceptible d'entraîner des conflits d'intérêts lorsque ces administrateurs devront superviser les actions des autres administrateurs. Ces aspects méritent d'être clarifiés et affinés afin de garantir le fonctionnement efficace du comité d'audit.



3. Représentant légal

Chaque société de droit chinois est tenue de désigner un représentant légal doté des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société dans ses activités civiles, mais sous réserve des limitations imposées par les statuts et/ou l'assemblée des actionnaires.

Actuellement, seul le président du conseil d'administration ou le directeur exécutif (pour les sociétés n'ayant pas de conseil d'administration), ainsi que le directeur général peuvent occuper le poste de représentant légal. La Loi 2024 élargit les critères d'éligibilité au poste de représentant légal, puisque à compter du 1^{er} juillet 2024, non seulement le directeur général, mais également n'importe quel administrateur responsable de l'exécution des affaires de la société pourra être nommé représentant légal. Ce changement reflète une évolution vers une plus grande flexibilité dans le choix des candidats au poste de représentant légal.

Compte tenu des responsabilités personnelles potentielles associées à la position de représentant légal, la Loi 2024 prévoit dorénavant clairement que si la personne qui occupe le poste de représentant légal démissionne de son mandat d'administrateur ou de sa fonction de directeur général, elle est alors considérée comme ayant automatiquement démissionné également de son poste de représentant légal. L'entreprise dispose alors d'un délai de 30 jours pour nommer un nouveau représentant légal. Cette nouvelle disposition est destinée à assurer une transition en douceur et de permettre d'éviter une vacance prolongée de ce poste crucial.

4. Conseil d'administration

La Loi 2018 précise que le conseil d'administration d'une société à responsabilité limitée doit être composé de 3 à 13 administrateurs. La Loi 2024 se contente dorénavant d'indiquer que le conseil d'administration doit être composé d'au moins 3 administrateurs supprimant ainsi la précédente limite haute. En sus, pour les sociétés de petite taille ou avec un nombre réduit d'actionnaires, la Loi 2024 conserve la possibilité de ne pas constituer de conseil d'administration, mais de nommer à la place un administrateur (appelé administrateur exécutif dans la Loi 2018) qui exerce les pouvoirs traditionnellement dévolus à l'ensemble du conseil d'administration.

Selon les dispositions de la Loi 2018, seules les sociétés d'état à responsabilité limitée avaient l'obligation d'avoir un représentant du personnel au sein de leur conseil d'administration. Aux termes de la Loi 2024, cette obligation est dorénavant étendue aux sociétés ayant au moins 300 salariés et aucun représentant du personnel dans leur conseil de surveillance. Cependant, dans le cas d'une société de petite taille ou avec un nombre réduit d'actionnaires, mais avec plus de 300 salariés, la possibilité pour cette société de ne pas se doter d'un conseil d'administration, mais de nommer à la place un seul administrateur reste à confirmer. En sus, si la nomination d'un administrateur unique est possible, la question de savoir si cet administrateur unique doit également agir en tant que représentant du personnel n'est pas tranchée par les dispositions de la Loi 2024.

5. Pouvoirs du conseil d'administration

Même si l'assemblée des actionnaires reste la plus haute autorité au sein d'une société, certaines décisions stratégiques telles que la «détermination des politiques commerciales et des plans d'investissement de la société» et l'approbation du «budget annuel et du compte de résultat définitif» ne sont dorénavant plus du ressort de l'assemblée, mais relèvent du conseil d'administration, conférant ainsi à ce dernier une plus grande autonomie décisionnelle. En outre, les actionnaires peuvent prévoir dans les statuts de la société de conférer des pouvoirs plus étendus au conseil d'administration, comme par exemple celui d'émettre des obligations.

6. Directeur général

Contrairement à la Loi 2018, les pouvoirs et fonctions du directeur général ne sont plus spécifiés dans la Loi 2024. Ils doivent donc être définis dans les statuts de la société ou faire l'objet d'une délégation de pouvoir par le conseil d'administration/l'administrateur. Le directeur général pouvant également cumuler les fonctions d'administrateur, il est essentiel de bien définir et de délimiter de manière transparente les responsabilités du directeur général au sein de la société.

7. Obligations fiduciaires

La Loi 2024 définit, pour la première fois, l'obligation fiduciaire des administrateurs, des superviseurs et des cadres supérieurs, qui, en droit chinois, est divisée en deux concepts liés : l'obligation de loyauté et l'obligation de diligence.

En vertu du devoir de loyauté, les administrateurs, les superviseurs et les cadres supérieurs doivent prendre des mesures pour éviter les conflits entre leurs propres intérêts et ceux de l'entreprise et ne doivent pas utiliser leurs pouvoirs pour obtenir des avantages indus.

En vertu du devoir de diligence, les administrateurs, les superviseurs et les cadres supérieurs doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, faire preuve d'une attention raisonnable, normalement attendue des cadres, et dans le meilleur intérêt de la société.

La loi sur les sociétés de 2024 prévoit également des exigences plus spécifiques pour les administrateurs, les superviseurs et les cadres supérieurs, telles que par exemple :

- L'obligation de signaler à l'assemblée des actionnaires ou au conseil d'administration tout contrat ou transaction avec la société les concernant ou concernant leurs proches parents ou sociétés affiliées, et si requis statutairement d'obtenir l'approbation de l'assemblée ou du conseil.
- L'interdiction de profiter de leur position pour rechercher des opportunités commerciales appartenant à la société pour en bénéficier eux-mêmes ou en faire bénéficier d'autres personnes, à l'exception des cas où la société ne serait pas en mesure de donner suite à ces opportunités ou que l'assemblée des actionnaires ou le conseil d'administration en serait informé et si requis statutairement aurait donné son approbation.
- L'interdiction de développer pour eux même ou pour d'autres personnes des activités similaires à celles de la société sans en avoir informé cette dernière, et si requis statutairement d'obtenir l'approbation de l'assemblée des actionnaires ou du conseil d'administration.

Enfin, il est important de souligner l'inclusion des notions d' « administrateur De Facto » et d'« administrateur fantôme » dans la Loi 2024, notions s'apparentant à celles d' « administrateur fantôme » dans la législation britannique sur les sociétés. La Loi 2024 prévoit que l'actionnaire, ou les personnes contrôlant de fait la société si elles sont impliquées dans la gestion de cette dernière, quand bien même elles ne détiennent pas de mandat de superviseur, d'administrateur ou de poste de directeur général ou de cadre supérieur, sont tenues aux mêmes obligations fiduciaires que les personnes occupant des mandats ou des positions au sein de la société. En sus, si ces personnes donnent instruction à un administrateur ou à un cadre supérieur d'accomplir un acte préjudiciable aux intérêts de la société ou des actionnaires, elles assument une responsabilité solidaire et conjointe avec ces derniers.

8. Responsabilités des administrateurs, superviseurs et cadres supérieurs

La Loi 2024 élargit les responsabilités des administrateurs (y compris les administrateurs De Facto ou les administrateurs fantômes), des superviseurs et des cadres supérieurs. Ainsi, par exemple ils doivent s'assurer que les actionnaires libèrent bien leurs contributions au capital dans les délais prévus. S'ils manquent à ce devoir causant ainsi des pertes à la société, ils doivent alors indemniser la société. Ils sont également responsables conjointement et solidairement avec la société de l'indemnisation des pertes subies par un tiers à cause d'un acte intentionnel ou d'une négligence graves dans l'exercice de leurs fonctions. De manière plus générale, les nouvelles dispositions mettent en évidence une responsabilité plus élevée des personnes occupant des postes clés.

II. RECOMMANDATIONS

Pour naviguer efficacement dans le nouveau paysage réglementaire applicable aux entreprises à investissements étrangers et assurer la conformité avec la Loi 2024, nous recommandons les actions suivantes :

La Newsletter a pour but de donner un aperçu des développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique et ne saurait se substituer à une consultation juridique.



1. Etudier l'impact de la Loi 2024

Procéder à un examen approfondi des nouvelles dispositions de la Loi afin de bien appréhender les conséquences pour sa propre société.

2. Comprendre les responsabilités liées à chaque fonction

Comprendre en détail les règles régissant les pouvoirs, les devoirs et les responsabilités associés à chaque type de mandat ou de position : représentant légal, administrateurs, superviseurs et directeur général, notamment en participant à des sessions de formation sur ce sujet pour améliorer ses connaissances.

3. Optimiser la gouvernance

Optimiser la gouvernance de sa société, en tenant compte de facteurs tels que la taille, le nombre d'actionnaires et d'employés, les relations entre les actionnaires et les coûts d'exploitation.

Procéder aux éventuels ajustements possibles, tels que la suppression du superviseur ou le changement de représentant légal.

4. Mettre à jour les statuts

- Mettre à jour les statuts de sa société et/ou les règles de gestion interne pour les mettre en conformité avec les dispositions de la Loi 2024 ;
- Définir clairement les rôles et les responsabilités de chacun en mettant en place des procédures transparentes de répartition équitable des responsabilités entre le représentant légal, le(s) administrateur(s), le(s) superviseur(s) et le directeur général.
- Mettre en place des procédures détaillées pour traiter les demandes d'indemnisation en cas de manquement aux obligations.

5. Prendre des mesures proactives

Prendre des mesures proactives pour minimiser les risques de mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants, comme par exemple la souscription d'une assurance spécifique.

6. Vérifier régulièrement la conformité de la société

Examiner régulièrement les pratiques de la société pour s'assurer qu'elles sont toujours conformes aux dispositions prévues par la Loi 2024.

Enfin, pour rappel suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 de la loi sur les investissements étrangers, qui a remplacé notamment *la loi sur les sociétés à capitaux mixtes sino-étranger* et *la loi sur les sociétés à capitaux 100% étrangers*, les sociétés à investissement étranger disposent d'un délai de cinq ans arrivant à expiration le 31 décembre 2024 pour se mettre en conformité avec les dispositions de la Loi 2018. Cette mise en conformité consiste principalement de prévoir dans les statuts que l'organe de direction suprême de la Société est l'assemblée des actionnaires (ou l'actionnaire unique) au lieu du conseil d'administration. Ainsi, pour les sociétés qui n'auraient pas encore procédé à cette modification, il convient de le faire rapidement et dans tous les cas avant la fin de l'année 2024.



Pour toute information complémentaire, merci de contacter :

LIU Yimin
Senior Legal Advisor - Shanghai Office
liuyimin@dsavocats.com

12 Janvier, 2024