

# Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Quatrième partie: obligations  
des administrateurs d'entreprises dans  
la période précédant l'insolvabilité  
(notamment dans les groupes d'entreprises)

Deuxième édition



*Pour plus d'informations, s'adresser au :*

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne  
B.P. 500, 1400 Vienne, Autriche

Téléphone : (+43-1) 26060-4060  
Internet : [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)

Télécopieur : (+43-1) 26060-5813  
Courriel : [uncitral@un.org](mailto:uncitral@un.org)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT  
COMMERCIAL INTERNATIONAL

# Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Quatrième partie: obligations des  
administrateurs d'entreprises dans  
la période précédant l'insolvabilité  
(notamment dans les groupes d'entreprises)

Deuxième édition



NATIONS UNIES  
Vienne, 2020

## Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES  
e-ISBN 978-92-1-004993-1

© Nations Unies, octobre 2020. Tous droits réservés.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Production éditoriale : Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

# Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction et objet de la quatrième partie .....		1
Première section		
Obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité		
Introduction et objet de la première section .....	1-3	3
I. Historique .....	1-15	5
II. Éléments des obligations des administrateurs d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité. ....	1-44	13
A. Nature des obligations .....	1-7	13
<i>Recommandations 255 et 256</i> .....		17
B. Naissance des obligations : période précédant l'insolvabilité. ....	8-12	19
<i>Recommandation 257</i> .....		20
C. Identification des parties redevables des obligations .....	13-16	21
<i>Recommandation 258</i> .....		22
D. Responsabilité .....	17-35	23
<i>Recommandations 259 à 261</i> .....		29
E. Exécution des responsabilités des administrateurs. ....	36-44	30
<i>Recommandations 262 à 266</i> .....		33
Deuxième section		
Obligations des administrateurs de membres d'un groupe d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité		
Introduction et objet de la deuxième section .....	1-3	35

Glossaire .....	4	36
I. Généralités .....	1-11	39
II. Aspects des obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité .....	1-13	45
A. Nature des obligations .....	1-4	45
<i>Recommandations 267 et 268.</i> .....		47
B. Identification des personnes redevables des obligations .....	5-8	49
C. Conflit d'obligations .....	9-13	50
<i>Recommandations 269 et 270.</i> .....		52
Annexe V. Décisions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international adoptées le 18 juillet 2013 et le 15 juillet 2019, et résolution 68/107 B de l'Assemblée générale ....		55

# **Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité**

## ***Quatrième partie***

### **Obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité (notamment dans les groupes d'entreprises)**

#### **Deuxième édition**

##### **Introduction et objet de la quatrième partie**

La quatrième partie a pour objet de recenser les principes de base devant figurer dans la législation relative aux obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité. Dans la présente deuxième édition, une section supplémentaire a été ajoutée pour aborder le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises. La première section traite des éléments clefs des obligations des administrateurs d'entreprises indépendantes pendant la période précédant l'insolvabilité lorsque celles-ci font face à une insolvabilité imminente ou que leur insolvabilité devient inévitable. La deuxième section se fonde sur la première section et examine la manière dont certaines des recommandations qui figurent dans cette dernière pourraient être modifiées pour s'appliquer aux administrateurs dans le contexte de l'insolvabilité des groupes d'entreprises. Elle définit la mesure dans laquelle l'administrateur ou l'administratrice d'un membre d'un groupe d'entreprises peut tenir compte de facteurs allant au-delà du membre qu'il ou elle dirige dans la période précédant l'insolvabilité et les garanties qui devraient s'appliquer. En outre, elle énonce des recommandations supplémentaires visant à traiter les situations où un administrateur ou une administratrice fait face à un conflit lors de l'exécution des obligations dues aux différents membres du groupe.





# Première section

## Obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité

### Introduction et objet de la première section

1. La présente section met l'accent sur les obligations qui pourraient être imposées aux personnes chargées de prendre des décisions relatives à la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci fait face à une insolvabilité imminente ou que l'insolvabilité devient inévitable. L'imposition de telles obligations, qui sont exécutoires à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a pour but de protéger les intérêts légitimes des créanciers et d'autres parties prenantes et d'encourager l'adoption rapide de mesures visant à réduire au minimum les effets des problèmes financiers que connaît l'entreprise.
2. Les éléments clés des dispositions qui imposent de telles obligations sont traités, notamment *a)* la nature et l'étendue des obligations, *b)* le moment où les obligations naissent, *c)* les personnes à qui incomberaient les obligations, *d)* la responsabilité en cas de manquement aux obligations, *e)* l'exécution des obligations, *f)* les exceptions applicables, *g)* les recours, *h)* les personnes susceptibles d'engager une action en justice pour faire exécuter les obligations, et *i)* les financements possibles de ces actions.
3. La présente section utilise la terminologie commune aux autres parties du *Guide* et à d'autres textes sur l'insolvabilité élaborés par la CNUDCI<sup>1</sup>. Le lecteur devrait aborder cette partie à la lumière des termes et explications du glossaire figurant dans l'introduction du *Guide*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Disponible sur le site Web de la CNUDCI ([uncitral.org](http://uncitral.org)), sous l'onglet « Textes et ratifications ».

<sup>2</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.05.V.10.



# I. Historique

1. Les cadres de gouvernance des entreprises réglementent un ensemble de relations entre les dirigeants d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes et définissent non seulement la structure à travers laquelle les objectifs de l'entreprise sont fixés et réalisés, mais aussi les normes au regard desquelles les résultats peuvent être contrôlés. Une bonne gouvernance d'entreprise devrait inciter le conseil d'administration et les dirigeants à poursuivre des objectifs favorables aux intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires, tout en favorisant la confiance nécessaire pour promouvoir les investissements dans l'entreprise et le développement des affaires. Beaucoup a été fait à l'échelle internationale pour élaborer des principes de gouvernance des entreprises qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui déterminent notamment les obligations des personnes chargées des décisions relatives à la gestion d'une entreprise (désignées dans la présente partie « administrateurs »)<sup>3</sup> quand l'entreprise est solvable.

2. Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte, de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent que les obligations des administrateurs diffèrent, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquaient avant l'ouverture de cette procédure, le principal objectif étant de donner la priorité à l'optimisation de la valeur de la masse et à sa préservation en vue de la distribuer aux créanciers. Fréquemment, les administrateurs cessent de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un représentant de l'insolvabilité, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. La deuxième partie du *Guide*, chapitre III, présente différentes possibilités relatives au rôle que le débiteur peut jouer dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, notamment maintien à la tête de l'entreprise, désaisissement partiel et dessaisissement total (recommandation 112 et par. 10 à 18). Ce chapitre traite également des obligations des administrateurs d'entreprises, une fois ouverte la procédure d'insolvabilité (recommandations 108 à 114 et par. 22 à 34). La recommandation 110 spécifie de manière assez détaillée les obligations auxquelles doit donner naissance, en vertu de la législation sur l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ; ces obligations, qui continuent de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure, sont notamment les suivantes :

---

<sup>3</sup>La question de savoir quelles personnes peuvent être considérées comme administrateurs d'entreprises aux fins de la présente partie est examinée plus loin dans la présente section, aux paragraphes 13 à 16 du chapitre II. Bien que l'expression « administrateurs d'entreprises » ne fasse pas l'objet d'une définition universellement acceptée, elle est employée dans la présente partie pour plus de commodité.

coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs ; fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur la situation financière et les affaires de l'entreprise ; et coopérer avec le représentant de l'insolvabilité ou lui apporter son aide pour qu'il prenne le contrôle effectif de la masse et qu'il puisse recouvrer les actifs et les documents commerciaux de l'entreprise. L'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ces obligations est également évoquée (recommandation 114 et par. 32 et 33).

3. Outre le fait qu'elles assurent un processus juridique prévisible pour faire face aux difficultés financières des entreprises débitrices ainsi que le cadre nécessaire à leur redressement efficace ou à leur liquidation rationnelle, des lois judiciaires en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et en particulier la conduite des administrateurs de ces entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité. Toutefois, l'on ne s'est guère attaché, à l'échelle internationale, à harmoniser les différentes approches établies par les législations nationales qui pourraient faciliter l'examen de cette conduite et d'importantes divergences subsistent. La nature et l'étendue des obligations que les administrateurs pourraient avoir dans la période où l'entreprise connaît peut-être déjà des problèmes financiers mais n'est pas encore insolvable ou visée par une procédure d'insolvabilité ne sont pas bien définies. Cependant, elles font de plus en plus souvent l'objet d'un débat approfondi, compte tenu en particulier des nombreuses défaillances qui ont suivi la crise financière mondiale de 2008.

4. Une entreprise se trouvant dans l'incapacité effective ou imminente de s'acquitter de ses obligations à leur échéance a besoin d'une direction solide, étant entendu que sa situation appelle généralement des décisions et des jugements difficiles, qui seront cruciaux pour la survie de l'entreprise et bénéficieront donc à ses propriétaires, à ses créanciers, à ses clients, à ses employés et à d'autres personnes. Des administrateurs compétents doivent comprendre la situation financière de l'entreprise et posséder toutes les informations raisonnablement disponibles qui sont nécessaires pour leur permettre de prendre des mesures appropriées afin de remédier à leurs difficultés financières et d'éviter que la situation n'empire. Ils sont alors amenés à déterminer la démarche qui serait la plus susceptible de servir les intérêts de l'entreprise dans son ensemble après avoir pris en compte les intérêts des parties prenantes concernées eu égard aux circonstances de l'espèce. En vertu de certaines lois, ces parties prenantes seront la société elle-même et ses actionnaires. Dans d'autres textes, il peut s'agir d'une communauté d'intérêts plus large comprenant les créanciers. Les administrateurs qui s'inquiètent de leur responsabilité personnelle et des répercussions financières que peuvent avoir des décisions délicates dans de telles circonstances risquent de fermer prématurément l'entreprise au lieu d'essayer de la tirer d'affaire, de se comporter de manière inadaptée, notamment de disposer inéquitablement d'actifs ou de biens, ou d'être tentés de démissionner, aggravant souvent les difficultés de la société.

5. Il n'est pas facile pour les administrateurs et les dirigeants de concilier les différents intérêts et motivations des parties prenantes, qui peuvent constituer une source de conflit. Par exemple, les actionnaires de l'entreprise, qui ne bénéficieront généralement pas de la répartition dans une procédure d'insolvabilité, ont intérêt à renforcer leur position en essayant d'éviter l'insolvabilité ou de résister à une vente potentielle dans l'espoir d'obtenir un meilleur rendement, en particulier lorsque le prix de vente ne couvrirait que les montants dus aux créanciers, ne laissant rien aux actionnaires. Des stratégies à haut risque peuvent alors être adoptées afin de préserver ou d'accroître la valeur de l'entreprise pour les actionnaires, alors même que cela peut mettre en péril les intérêts des créanciers. Une telle démarche peut aussi témoigner du peu d'importance accordé aux chances de succès en raison de la protection octroyée par le régime de responsabilité limitée ou par l'assurance-responsabilité des administrateurs si les mesures adoptées ne donnent pas satisfaction.

6. Malgré les difficultés potentielles liées à la prise de décisions appropriées, lorsqu'une entreprise se heurte à des difficultés financières, il est essentiel que des mesures soient adoptées au plus tôt. En général, les ressources financières diminuent plus rapidement que de nombreuses parties pourraient le penser et, quand la situation financière d'une entreprise s'aggrave, la possibilité d'une solution viable s'amenuise très vite. L'adoption de mesures précoces doit être facilitée par un accès facile aux procédures pertinentes. Il y a peu à gagner à précipiter une intervention des administrateurs si celle-ci n'est pas encadrée par des procédures pertinentes et efficaces<sup>4</sup>. En outre, les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant la conduite de procédures informelles, telles que des négociations volontaires de restructuration (question examinée dans la première partie, chap. II, par. 2 à 18), peuvent contribuer à les dissuader d'adopter rapidement des mesures. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités d'adopter rapidement des mesures afin de faciliter le sauvetage ou le redressement des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin de tirer parti des possibilités en présence ou d'ouvrir la procédure officielle, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu.

7. Un certain nombre de pays s'emploient à encourager une action rapide en obligeant le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure officielle dans un délai précis après que l'insolvabilité est devenue effective afin d'éviter que l'entreprise ne poursuive son activité alors qu'elle est insolvable. D'autres lois abordent la question

---

<sup>4</sup> Il a été dit que la rareté des affaires relevant de la législation applicable aux opérations effectuées par une société insolvable dans un État s'expliquait par la facilité d'accès relative à des procédures volontaires et seules les entreprises qui étaient en tous points insolvable étaient finalement mises en liquidation.

en mettant l'accent sur les obligations des administrateurs pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et en engageant leur responsabilité pour les dommages causés par la poursuite de leur activité alors qu'il était clair ou qu'il aurait dû être prévu que l'insolvabilité était inévitable. Ces dispositions se justifient par la volonté d'inciter les intéressés à agir rapidement en engageant des négociations de restructuration ou une procédure de redressement, et à empêcher les administrateurs d'externaliser les coûts de l'entreprise en difficulté financière et de faire peser tous les risques liés à de futures activités sur les créanciers.

8. L'imposition de telles obligations fait sans cesse débat. Ceux qui considèrent qu'une telle approche a des avantages font observer que lesdites obligations peuvent contribuer à encourager les administrateurs à agir prudemment et à prendre rapidement des mesures pour enrayer le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus importantes et d'empêcher que de nouveaux créanciers ne se trouvent mêlés aux difficultés financières de l'entreprise. En d'autres termes, ces obligations peuvent avoir pour effet de contrôler et de discipliner les administrateurs en les dissuadant d'adopter des lignes de conduite trop risquées ou d'approuver passivement des mesures elles aussi trop risquées proposées par d'autres administrateurs, compte tenu des sanctions prévues en cas de manquement aux obligations. Celles-ci ont peut-être aussi l'avantage d'encourager les administrateurs à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières surgissent.

9. Les auteurs qui estiment que cette formule comporte d'importants inconvénients citent les exemples suivants. Une règle présumant d'une mauvaise gestion uniquement sur la base de difficultés financières conduit souvent des administrateurs par ailleurs compétents à quitter une société, et l'occasion de redresser cette dernière et de la rendre à nouveau rentable est manquée. Les administrateurs peuvent chercher à échapper à leurs responsabilités en fermant prématurément une entreprise viable qui aurait pu survivre, au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés. Des dispositions correctement formulées décourageraient une fermeture prématurée de l'entreprise et inciteraient les administrateurs à poursuivre l'activité lorsque c'est le meilleur moyen de réduire au minimum les pertes pour les créanciers, et elles devraient aussi mieux concilier les droits et les attentes légitimes de l'ensemble des parties prenantes, en distinguant les cas de mauvaise conduite de ceux où interviennent les conditions du marché ou d'autres facteurs extérieurs. Un autre inconvénient évoqué est que ces obligations peuvent se solder par une érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif de la société, encore que l'on puisse faire valoir qu'une responsabilité limitée devrait être considérée comme un privilège et que les tribunaux sont conscients du risque d'abus de cette responsabilité lorsqu'elle porte préjudice aux créanciers. On peut aussi estimer que ces obligations affaiblissent les mesures d'incitation en ce sens qu'une trop grande prise de risque peut décourager les administrateurs. Cependant, des dispositions correctement formulées

doivent mettre l'accent non pas tant sur les causes des difficultés que sur les actes (ou omissions) ultérieurs des administrateurs. Des exemples de pays imposant de telles obligations donnent à entendre que seuls les administrateurs les plus manifestement inconséquents sont jugés responsables.

10. Il est dit également que ces obligations peuvent donner lieu à une plus grande incertitude car la responsabilité dépend des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux. On estime que de nombreux tribunaux n'ont pas l'expérience voulue pour examiner après coup le comportement commercial d'un administrateur et auraient tendance à critiquer les décisions prises par ce dernier au cours de la période en question. Toutefois, dans les pays qui ont l'habitude d'imposer de telles obligations, les tribunaux ont tendance à respecter les mesures prises par les administrateurs, en particulier lorsque ceux-ci ont agi sur la base de conseils indépendants. Selon un autre avis, il existe un risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme des administrateurs de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, en particulier au moment de l'insolvabilité. Il est souhaitable que la législation pertinente protège comme il se doit ces parties lorsqu'elles agissent de bonne foi, en toute indépendance à l'égard du débiteur et de manière commercialement raisonnable<sup>5</sup>. On fait aussi valoir que le fait d'imposer de telles obligations a pour effet de surindemniser les créanciers qui sont à même de se protéger à travers leurs contrats, de sorte que la réglementation est superflue. Toutefois, cette approche présuppose, par exemple, que les créanciers aient passé un contrat avec le débiteur, qu'ils soient capables de négocier des mesures de protection appropriées pour parer à une large gamme d'éventualités et qu'ils aient les moyens financiers, la volonté et la possibilité de contrôler les affaires de l'entreprise. Ce n'est pas le cas de tous les créanciers.

11. Les obligations et responsabilités des administrateurs sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil, le droit pénal et le droit de l'insolvabilité et, dans certains cas, elles peuvent être énoncées ou réparties dans plusieurs de ces lois. Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence. En outre, le point de savoir si les obligations et responsabilités des administrateurs relèvent du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés donne lieu à différents points de vue. Cela tient à la situation des sociétés, à savoir, d'une part, les sociétés solvables qui sont en général visées par des textes législatifs comme le droit des sociétés, et, d'autre part, les sociétés insolubles qui font l'objet d'une procédure d'insolvabilité et relèvent du droit de l'insolvabilité (même s'il existe des exemples où il est impossible d'opérer une

---

<sup>5</sup> Voir chap. II de la présente section, par. 14 ci-après.

distinction aussi claire)<sup>6</sup>. La période qui précède l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le débiteur peut être effectivement insolvable, suscite des préoccupations qui risquent de ne pouvoir être actuellement dûment prises en compte par le droit des sociétés ou par le droit de l'insolvabilité. Cependant, l'imposition d'obligations rétroactivement exécutoires après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut conduire à un chevauchement des obligations applicables en vertu de différentes branches du droit et il est souhaitable, par souci de transparence et de clarté et pour éviter d'éventuels conflits, de les faire concorder.

12. Si les lois dans lesquelles s'inscrivent ces obligations sont différentes, il en est de même des obligations proprement dites. Comme on l'a noté plus haut, les lois applicables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité diffèrent en général de celles applicables dès lors que la procédure a débuté (voir deuxième partie, chap. III, par. 22 à 33). Les normes que doivent respecter les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions varient aussi généralement selon la nature et le type de l'entité commerciale considérée, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, à capital fermé ou privée ou encore d'une entreprise familiale, et selon le(s) pays où opère la société; elles peuvent aussi varier selon que l'administrateur est une personne extérieure indépendante ou un administrateur interne.

13. Les lois concernant les obligations et responsabilités des administrateurs sont étroitement liées, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises. Dans certains pays, elles constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple ceux visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des recettes ou à privilégier certaines catégories de créanciers (comme les employés), ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel à l'échelle locale.

14. Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit chercher à concilier les objectifs et les intérêts souvent concurrents des différentes parties prenantes, c'est-à-dire préserver la faculté des administrateurs de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, encourager un comportement responsable, décourager les comportements illicites et la prise de risques excessifs, faciliter l'activité de l'entreprise et favoriser très tôt la recapitalisation ou le redressement des entreprises en difficulté financière ou faisant face à l'insolvabilité. Cette réglementation aurait pour effet de renforcer la confiance des créanciers et de les encourager à continuer de traiter avec l'entreprise, de favoriser la participation de dirigeants plus

---

<sup>6</sup> Compte tenu de cette question, les recommandations figurant dans la présente partie adoptent une approche souple, faisant référence à « la loi relative à l'insolvabilité ».



expérimentés qui, autrement, seraient peut-être peu disposés à intervenir en raison du risque d'échec, et de promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, d'où la possibilité de mieux prévoir la situation juridique des administrateurs et de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient amenés à les poursuivre une fois ouverte la procédure d'insolvabilité. Des principes directeurs inefficaces, vagues, obsolètes et incohérents concernant les obligations des personnes chargées de prendre des décisions relatives à la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci approche de l'insolvabilité risquent de compromettre les avantages qu'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité est censée procurer et d'aggraver les difficultés financières qu'ils sont censés résoudre.

15. La présente section a pour objet de recenser les principes de base devant figurer dans la législation applicable aux obligations des administrateurs lorsqu'une entreprise fait face à une insolvabilité imminente ou que l'insolvabilité devient inévitable. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs lorsqu'ils examinent et élaborent des cadres juridiques et réglementaires adéquats. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir dans la première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandation 1) moyennant une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement draconiennes peuvent présenter des inconvénients et constituer des menaces pour l'esprit d'entreprise. La présente section ne traite pas de la responsabilité des administrateurs au titre du droit pénal, du droit des sociétés ou du droit de la responsabilité civile délictuelle. Elle porte uniquement sur les obligations qui peuvent figurer dans la loi relative à l'insolvabilité et qui deviennent exécutoires dès lors que la procédure d'insolvabilité est ouverte.



## II. Éléments des obligations des administrateurs d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité

### A. Nature des obligations

1. Si la raison qui conduit à imposer des obligations aux administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable peut être similaire dans différents pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de ces obligations et la définition du critère à appliquer. En général, toutefois, les législations mettent plutôt l'accent sur deux aspects : premièrement, engager la responsabilité civile d'un administrateur qui a causé l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées alors que la société était sur le point d'être insolvable (y compris, selon certaines législations, l'obligation en vertu du droit interne d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, voir par. 2 ci-après) et, deuxièmement, lorsque la procédure d'insolvabilité a été ouverte, annuler les mesures prises par les administrateurs, notamment les opérations qu'ils auraient pu entamer lorsque la société était sur le point d'être insolvable.

#### *1. Obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité*

2. Comme noté ci-dessus, certaines législations imposent aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher, entre autres, sur un redressement ou la liquidation, dans un délai spécifié (généralement assez bref, par exemple trois semaines) suivant la date à laquelle la société est devenue dans les faits insolvable. Faute de quoi, en raison des pertes subies par la société et ses créanciers, la responsabilité personnelle des administrateurs peut se trouver engagée, en tout ou en partie, voire leur responsabilité pénale si la société poursuit son activité. Cette obligation est examinée plus en détail dans la deuxième partie, aux paragraphes 35 et 36 du chapitre premier.

## 2. Responsabilité civile

3. Lorsque la société est sur le point d'être insolvable, la responsabilité civile de l'administrateur est généralement en cause lorsque celui-ci a provoqué l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées pour surveiller la situation financière de la société, éviter ou atténuer les difficultés financières, réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers et éviter l'insolvabilité. La responsabilité peut être engagée lorsqu'un administrateur effectue une opération dans un autre but que celui d'atténuer les difficultés financières et de préserver la valeur de la société (notamment des opérations à haut risque ou des opérations financées par des actifs de la masse, qui peuvent augmenter le risque encouru par les créanciers, sans justification). Elle peut aussi être engagée lorsqu'un administrateur savait que l'insolvabilité était inévitable ou que la société ne pourrait pas faire face à ses engagements lorsqu'ils seraient exigibles, mais a néanmoins continué de gérer ses activités y compris, par exemple, en obtenant des biens et des services à crédit, sans aucune perspective de remboursement, et sans divulguer la situation financière de la société aux créanciers. Dans certaines législations, la responsabilité peut en outre être engagée lorsqu'un administrateur faillit à certaines obligations, notamment celle de signaler l'incapacité d'effectuer certains paiements, tels que les impôts et les cotisations sociales, ou de faire une déclaration officielle d'insolvabilité.

4. On peut généralement s'attendre, dans les circonstances décrites plus haut, à ce qu'un administrateur agisse raisonnablement et prenne des mesures adéquates et appropriées pour surveiller la situation, de manière à rester informé, et puisse par conséquent limiter au minimum les pertes pour les créanciers et la société (y compris ses actionnaires), éviter d'adopter des mesures qui aggraveraient la situation et prendre des mesures appropriées pour éviter que la société ne devienne insolvable.

5. Parmi les mesures adéquates et appropriées, on pourrait envisager, selon la situation de fait, tout ou partie des mesures suivantes :

a) Les administrateurs pourraient veiller à l'établissement et à la tenue à jour de la comptabilité. Si tel n'est pas le cas, ils devraient s'employer à remédier à la situation ;

b) Les administrateurs pourraient veiller à obtenir des informations exactes, pertinentes et à jour, notamment en s'informant indépendamment (plutôt qu'en se fiant uniquement aux indications de la direction) de la situation financière de la société, de l'ampleur de la pression exercée par les créanciers, de toute action en justice ou action en recouvrement engagée par des créanciers, ou des litiges avec des créanciers. Les administrateurs pourraient devoir consacrer plus de temps et d'attention aux affaires de la société dans de telles circonstances que lorsque celle-ci est en bonne santé ;

c) Des réunions régulières du conseil d'administration pourraient être convoquées pour surveiller la situation, les décisions commerciales (y compris les désaccords) étant soigneusement consignées, de même que les raisons les justifiant, y compris, le cas échéant, les raisons permettant à la société de poursuivre ses activités et les raisons de penser qu'il y a une perspective raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité. Parmi les mesures à prendre pourrait figurer la poursuite des activités, car il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de le faire, même si l'on est parvenu à la conclusion que la liquidation ne pourra pas être évitée, parce que, par exemple, la société a des actifs qui auront une valeur bien plus élevée s'ils sont vendus en vue de la poursuite de l'activité. Si la poursuite des activités nécessite de nouveaux emprunts (dans la mesure où la loi l'autorise), il faudra consigner les raisons justifiant que la société demande ces nouveaux emprunts et contracte ainsi de nouvelles dettes, de manière à ce qu'il reste une trace écrite des mesures prises par les administrateurs, au cas où cela se révélerait nécessaire par la suite ;

d) On pourrait demander l'avis ou l'aide de spécialistes, y compris de spécialistes de l'insolvabilité. Si les administrateurs peuvent avoir besoin d'avis juridiques à ce stade, les questions clés liées à la situation financière de la société sont généralement de nature commerciale plutôt que juridique. Il est souhaitable que les administrateurs examinent la situation financière de la société pour en tirer eux-mêmes les conclusions probables, tout en demandant des avis pour garantir que toute décision qu'ils prendront résistera à un examen objectif et indépendant. Dans ce cas, les administrateurs, agissant soit collectivement, comme administrateurs internes, soit comme administrateurs indépendants, peuvent s'assurer les services de comptables indépendants, d'experts de la restructuration ou de conseillers pour obtenir des avis spécialisés quant aux options qui s'offrent au conseil d'administration pour déterminer la viabilité de toute proposition faite par la direction ;

e) On pourrait tenir des discussions préalables avec des auditeurs et, si nécessaire, faire réaliser un audit externe ;

f) Les administrateurs pourraient examiner la structure et les fonctions de l'entreprise dans l'objectif d'en déterminer la viabilité et de réduire les dépenses. Ils pourraient envisager la possibilité de tenir des négociations de restructuration ou d'ouvrir une procédure de redressement et établir un rapport à ce sujet. Les administrateurs peuvent également évaluer la capacité des dirigeants, en vue de déterminer s'ils doivent être maintenus en fonction ou remplacés ;

g) Les administrateurs pourraient modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées, y compris les créanciers, les employés, les fournisseurs, les clients, l'État et les actionnaires, ainsi qu'à tenir compte, dans certaines circonstances, des préoccupations environnementales, et décider des mesures à prendre en conséquence. Au cours de la période pendant laquelle l'insolvabilité devient imminente ou inévitable, le fait de s'attacher davantage à préserver les intérêts des créanciers qu'à maximiser la valeur au profit des actionnaires permet aux

administrateurs de limiter au minimum le préjudice que pourrait causer aux créanciers (lesquels seront les acteurs principaux de la procédure d'insolvabilité) une conduite excessivement risquée, irresponsable ou gravement négligente. La tenue de réunions avec les groupes concernés de créanciers pourrait être un mécanisme approprié pour évaluer ces intérêts ;

h) Les administrateurs pourraient veiller à ce que les actifs de la société soient protégés<sup>7</sup> et à ce que la société ne prenne pas de mesures susceptibles d'entraîner la perte de collaborateurs clefs ni n'effectue d'opérations telles que celles visées dans la recommandation 87, qu'il est possible d'éviter ultérieurement, comme le fait de transférer des avoirs hors de la société à un prix sous-évalué. Tous les paiements ou opérations effectués à ce stade ne sont pas nécessairement suspects. Ainsi, un paiement visant à assurer la fourniture de biens ou services clefs ne constitue pas nécessairement un paiement préférentiel s'il vise uniquement la survie de la société. Il est souhaitable que les raisons justifiant le paiement soient clairement consignées pour le cas où une opération serait remise en question par la suite. Les administrateurs qui détiennent une grande quantité d'actions ou représentent de gros actionnaires ne peuvent être considérés comme désintéressés et objectifs, et il conviendra d'y prendre spécialement garde lorsqu'ils votent sur des opérations durant la période proche de l'insolvabilité ;

i) Dans l'intérêt de la société, on pourrait convoquer sans retard injustifié une assemblée générale des actionnaires, s'il ressort du bilan qu'une fraction convenue du capital-actions a été érodée (cette règle s'applique généralement lorsque la loi impose une obligation de maintenir un capital minimum) ;

j) La composition du conseil d'administration pourrait être examinée pour déterminer si un nombre suffisant d'administrateurs indépendants est représenté.

### 3. Annulation d'opérations

6. Les recommandations 87 à 99 traitent de l'annulation d'opérations à un prix sous-évalué, d'opérations préférentielles et d'opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers (voir deuxième partie, chap. II, par. 170 à 185). Ces recommandations s'appliqueraient à l'annulation d'opérations réalisées par une société alors que celle-ci est proche de l'insolvabilité. L'annulabilité d'une opération ne peut en soi être invoquée pour engager la responsabilité personnelle des administrateurs.

---

<sup>7</sup>Tous les actifs ne devront pas nécessairement être protégés en toutes circonstances. Parmi les types d'actifs qu'il n'est pas utile de protéger en toutes circonstances, on peut citer ceux qui valent moins que le montant pour lequel ils sont garantis, ceux qui constituent une charge, ceux sans valeur et ceux difficilement réalisables (pour de plus amples détails, voir la deuxième partie, chap. II, par. 88).

7. Toutefois, certaines opérations annulables peuvent aussi avoir d'autres conséquences. Dans certains pays, certains des actes accomplis par les administrateurs peuvent être déclarés illicites, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses, et tel peut être le cas également si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité, comme le fait de contracter un nouvel emprunt ou d'offrir une nouvelle sûreté personnelle sans justification commerciale suffisante. En plus de prévoir l'annulation de ces opérations, certaines lois prévoient qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable d'avoir autorisé la société à effectuer ce type d'opération frauduleuse ou autrement répréhensible. En vertu des règles susmentionnées, la responsabilité s'applique en général uniquement aux administrateurs qui ont autorisé l'opération. Ceux qui ont ouvertement exprimé leur désaccord, et dont l'objection a été dûment consignée, échapperont probablement à la responsabilité.

### ***Recommandations 255 et 256***

#### **Objet des dispositions législatives**

Les dispositions régissant les obligations des personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'une entreprise, qui naissent lorsque l'insolvabilité est imminente ou inévitable, ont pour objet :

- a) De protéger les intérêts légitimes des créanciers et des autres parties prenantes ;
- b) De faire en sorte que les personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'une société soient informées de leurs rôles et responsabilités dans ces circonstances ; et
- c) De prévoir des voies de droit en cas de manquement à ces obligations, pouvant être exercées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Les paragraphes a) à c) seront appliqués de manière à :

- a) Ne pas compromettre le succès du redressement d'une société ;
- b) Ne pas décourager la participation à la gestion d'entreprises, en particulier de celles en difficultés financières ; ou
- c) Ne pas empêcher l'exercice raisonnable d'un jugement d'affaires ni la prise de risques commerciaux raisonnables.

**Recommandations 255 et 256 (suite)****Contenu des dispositions législatives***Les obligations*

255. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier qu'à compter du moment indiqué à la recommandation 257, les personnes visées conformément à la recommandation 258 sont dans l'obligation de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes et de prendre des mesures raisonnables pour :

- a) Éviter l'insolvabilité; et
- b) Si elle est inévitable, en réduire le plus possible l'ampleur.

*Mesures raisonnables aux fins de la recommandation 255*

256. Aux fins de la recommandation 255, les mesures raisonnables pourraient notamment consister à :

a) Évaluer la situation financière de l'entreprise au moment considéré et s'assurer que ses comptes sont dûment tenus à jour; se renseigner indépendamment sur la situation financière de l'entreprise au moment considéré et sur le long terme; tenir des réunions régulières du conseil d'administration pour suivre la situation; solliciter l'avis de spécialistes, notamment de l'insolvabilité et des questions juridiques; tenir des discussions avec des vérificateurs; convoquer une assemblée des actionnaires; modifier les pratiques de gestion de manière à prendre en compte les intérêts des créanciers et d'autres parties prenantes; protéger les actifs de l'entreprise de manière à en maximiser la valeur et à éviter la perte d'actifs essentiels; examiner la structure et les fonctions de l'activité de manière à en déterminer la viabilité et à réduire les dépenses; éviter d'engager l'entreprise dans des opérations pouvant être susceptibles d'annulation à moins qu'elles ne se justifient dans le cours des affaires; poursuivre l'activité commerciale dans les circonstances où il convient de le faire pour maximiser la valeur d'exploitation de l'entreprise; tenir des négociations avec les créanciers ou engager d'autres procédures informelles, telles que des négociations volontaires de restructuration<sup>8</sup>;

b) Ouvrir des procédures officielles de redressement ou de liquidation, ou en demander l'ouverture.

<sup>8</sup> Voir première partie, chap. II, par. 2 à 18.



## B. Naissance des obligations : période précédant l'insolvabilité

8. La période où naissent les obligations examinées ci-dessus est parfois appelée « zone crépusculaire » ou « quasi-insolvabilité ». Ce concept qui peut sembler peu précis vise en fait à décrire la période où la stabilité financière d'une société se dégrade au point que l'insolvabilité deviendra imminente [c'est-à-dire que la société sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (recommandation 15 a)] ou inévitable. Déterminer exactement le moment où naissent ces obligations est une question cruciale pour les administrateurs qui cherchent à prendre en temps utile des décisions conformes à leurs obligations. En outre, sans point de référence clair, les administrateurs pourront difficilement prévoir à quel moment de la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité un tribunal se référera s'il est amené à prendre des mesures pour manquement à ces obligations.

9. Il existe diverses façons de déterminer le moment où les obligations des administrateurs naîtraient dans la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et différentes approches sont adoptées. L'une des possibilités qui pourraient être envisagées serait le moment auquel est introduite une action en insolvabilité, possibilité qui est sans doute celle qui apporte la plus grande certitude. Si, cependant, la législation relative à l'insolvabilité prévoit que la procédure d'insolvabilité commence automatiquement dès l'introduction de l'action ou si l'intervalle entre l'introduction de l'action et le début de la procédure est très bref (voir la recommandation 18), cette option n'aura guère d'effet pour ce qui est d'encourager les administrateurs à agir rapidement.

10. Une autre possibilité se fonde sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est de fait insolvable, ce qui, dans certaines législations, peut se produire bien avant que ne soit introduite une action en insolvabilité. Si l'on suit l'approche générale qui inspire le *Guide*, l'on pourrait dire qu'il y a insolvabilité dès lors qu'une société n'est pas en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles sont exigibles ou que le passif d'une société dépasse la valeur de son actif (recommandation 15). Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité semble imminente, c'est-à-dire lorsque la société est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance [recommandation 15 a)]. Ces critères sont toutefois de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains États, ils constituent le fondement de l'obligation qu'ont les administrateurs d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement. Par conséquent, ces critères sont également peu susceptibles de favoriser l'adoption de mesures appropriées suffisamment tôt.

11. Selon une approche quelque peu différente, on prend en compte la connaissance de la situation par un administrateur à un moment donné précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, il savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable ou que l'insolvabilité était imminente, qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité ou que la poursuite de l'activité était menacée. La justification de cette approche est d'identifier clairement les administrateurs qui ne gèrent pas de façon raisonnable leur société alors que celle-ci connaît des difficultés financières et d'inciter les intéressés à prendre des mesures appropriées à un moment optimal. L'un des inconvénients d'un tel critère est qu'il peut être difficile de définir avec précision le moment auquel la connaissance requise peut être supposée, pour autant que les comptes de la société soient tenus correctement et exacts, mais l'administrateur devrait pouvoir déterminer lorsque celle-ci est en difficulté et risque de répondre aux critères d'insolvabilité. On peut au contraire partir du principe que l'administrateur avait connaissance des informations qui auraient été révélées si la société avait respecté son obligation de tenir correctement sa comptabilité et d'établir ses comptes annuels. Pour l'essentiel, cette norme nécessite d'évaluer le jugement de l'administrateur par rapport à la connaissance qu'un administrateur raisonnablement compétent devrait avoir ou aurait dû avoir dans ces circonstances. L'application d'un tel critère exigerait que l'on étudie de manière plus générale les circonstances et le contexte, y compris, par exemple, la comptabilité et la situation financière globale de la société. Elle pourrait impliquer que l'on examine les flux de recettes, les dettes contractées et les imprévus, y compris la capacité de mobiliser des fonds. De manière générale, il ne suffirait pas d'apporter la preuve d'un manque temporaire de liquidités.

12. Les recommandations n'empêchent pas les États d'imposer aux administrateurs des responsabilités qui pourraient leur incomber en dehors d'une procédure d'insolvabilité, si l'ouverture d'une telle procédure est refusée faute d'actifs suffisants pour en couvrir le coût.

### ***Recommandation 257***

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions relatives au moment est de déterminer le moment, pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, où naissent les obligations.

## Contenu des dispositions législatives

### *Moment où naît l'obligation*

257. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier que l'obligation visée à la recommandation 255 naît au moment où la personne visée conformément à la recommandation 258 sait, ou aurait dû raisonnablement savoir, que l'insolvabilité était imminente ou inévitable.

## C. Identification des parties redevables des obligations

13. Dans la plupart des États, les obligations concernant la gestion et la supervision des opérations de l'entreprise incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de l'entreprise, d'administrateurs officiellement désignés, (qui peuvent être des personnes externes indépendantes ou des cadres ou dirigeants d'une entreprise agissant en qualité de directeurs exécutifs, également appelés « administrateurs internes ») et de personnes ou entités non désignées, y compris de tiers agissant comme administrateurs de fait<sup>9</sup> ou administrateurs « occultes »<sup>10</sup>, et également de personnes auxquelles les pouvoirs ou obligations d'un administrateur peuvent avoir été délégués par l'ensemble des administrateurs.

14. Une large définition peut aussi englober les conseillers spéciaux et, dans certaines circonstances, des banques et autres prêteurs, qui donnent à une société des conseils sur la manière de faire face à ses difficultés financières. Dans certains cas, ces « conseils » peuvent consister à déterminer la ligne de conduite que doit suivre très exactement la société et faire de l'adoption d'une ligne de conduite particulière une condition de l'octroi de crédits. Néanmoins, à condition que les

<sup>9</sup> Un administrateur de fait est généralement considéré comme une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas officiellement désignée en cette qualité, ou dont la nomination est entachée d'un vice de forme. Une personne peut être administrateur de fait quel que soit le titre officiel qui lui est attribué pour autant qu'elle s'acquitte des fonctions pertinentes. Il peut s'agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de la société. Dans les petites entreprises familiales, il peut s'agir de membres de la famille, d'anciens administrateurs, de consultants et même d'employés ayant beaucoup d'ancienneté. Habituellement, pour être considéré comme administrateur de fait, il ne suffit pas de participer à la gestion de la société, cette qualité pouvant découler d'un ensemble d'actes, comme la signature de chèques, la signature de la correspondance de la société en qualité de « directeur », le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux employés de considérer l'intéressé comme un administrateur ou un « décideur », et l'adoption de décisions financières concernant l'avenir de la société avec la banque et les experts comptables de la société.

<sup>10</sup> Un administrateur occulte peut, sans avoir été formellement désigné en cette qualité, être une personne sur les instructions de laquelle les administrateurs de la société agissent habituellement. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels qui agissent à ce titre. Pour être considéré comme administrateur occulte, il faut pouvoir influencer l'ensemble ou la majorité du conseil d'administration et être habilité à prendre des décisions financières et commerciales qui lient la société et, dans certains cas, il faut aussi que la société ait cédé à l'administrateur occulte tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises (voir deuxième section), un membre du groupe peut être administrateur occulte d'un autre membre du groupe. Lors de l'examen de la conduite qui pourrait permettre à une personne d'accomplir les fonctions d'administrateur occulte, il peut être nécessaire de tenir compte de la fréquence selon laquelle ces fonctions sont accomplies et si oui ou non une influence est réellement exercée.

administrateurs de la société puissent conserver la faculté de refuser cette ligne de conduite, même si en réalité l'on puisse considérer qu'ils n'ont guère le choix car il faut s'attendre à terme à une liquidation, et sous réserve que les conseillers extérieurs agissent en toute indépendance, de bonne foi et d'une manière appropriée du point de vue commercial, il est souhaitable que lesdits conseillers ne soient pas considérés comme relevant de la catégorie des personnes soumises à des obligations.

15. Le terme « administrateur » ne fait pas l'objet d'une définition universellement acceptée. D'une manière générale, toutefois, on peut considérer qu'une personne remplit les fonctions d'administrateur lorsqu'elle est chargée de prendre – et qu'en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clefs s'agissant de tâches consistant notamment<sup>11</sup> : à déterminer la stratégie de l'entreprise, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d'activité ; à suivre les résultats de l'entreprise ; à contrôler les principales dépenses d'équipement ; à surveiller les pratiques de la société en matière de gouvernement d'entreprise ; à recruter et nommer les principaux dirigeants et à appuyer leurs activités ; à assurer la disponibilité de ressources financières adéquates ; à gérer les conflits d'intérêts pouvant surgir ; à s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et d'information financière ; et à rendre compte aux parties prenantes des performances de la société.

16. Les obligations décrites ci-dessus incombent à toute personne qui exerçait les fonctions d'administrateur alors que l'entreprise devait faire face à une insolvabilité effective ou imminente et peuvent viser également les administrateurs qui par la suite démissionnent (voir par. 27 ci-après). Elles ne concernent pas les administrateurs nommés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

### **Recommandation 258**

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions est d'identifier les personnes redevables des obligations visées à la recommandation 255.

#### **Contenu des dispositions législatives**

##### *Personnes redevables des obligations*

258. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier quelle personne est redevable des obligations visées à la recommandation 255. Il peut s'agir de tout administrateur officiellement désigné et de toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d'un administrateur.

<sup>11</sup> Ces exemples sont donnés à titre informatif et ne sont pas classés selon un quelconque ordre d'importance.

## D. Responsabilité

### 1. Le critère applicable

17. Les lois qui régissent les obligations des administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable évaluent le comportement de ces derniers durant cette période en se fondant sur divers critères pour déterminer s'ils ont ou non manqué à leurs obligations. Généralement, ces obligations ne pourraient être imposées qu'une fois la procédure d'insolvabilité ouverte et, en conséquence de cette ouverture, elles s'appliqueraient rétroactivement, de la même manière que les dispositions relatives à l'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 150 et 152).

18. Dans certains pays, la question de savoir à quel moment un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être est évaluée en fonction des connaissances générales, des compétences et de l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. On pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. Si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être évalué en fonction de ses compétences et de son expérience effectives plutôt que de celles qu'exigent ses fonctions. En revanche, un manque de compétences et d'expérience, eu égard à ce qu'exige l'emploi, ne constitue pas une excuse, et le comportement de l'administrateur pourra être jugé au regard des compétences et de l'expérience que suppose l'exercice de ses attributions.

19. Selon une autre approche, l'administrateur doit avoir eu des motifs raisonnables de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ou conclu l'opération ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ces motifs devraient être plus que de simples spéculations, et l'administrateur doit avoir de véritables raisons de craindre que la société ne soit insolvable. Ce critère ne va pas aussi loin que celui qui exige de l'administrateur qu'il ait prévu ou su que la société serait insolvable. Selon cette approche, le critère prend en compte un administrateur ayant des compétences courantes et possédant un minimum de connaissances sur la situation financière de la société, l'évaluation se fondant sur les informations que cet administrateur aurait pu connaître et non sur celles constatées ultérieurement le cas échéant. Les données d'expérience dans les pays ayant adopté de telles dispositions montrent que lors de l'examen des faits survenus, souvent même avant qu'il n'ait lieu, les tribunaux se montrent très compréhensifs à l'égard de la situation dans laquelle se trouvaient les administrateurs, analysant scrupuleusement cette situation et faisant preuve de compréhension à l'égard des problèmes rencontrés par la société.

20. Certaines lois prévoient un refuge pour les administrateurs, notamment au moyen d'une règle relative à l'appréciation commerciale qui établit une présomption selon laquelle les administrateurs ont, par exemple, agi de bonne foi et avaient des raisons de croire qu'ils agissaient dans l'intérêt de la société, qu'ils n'avaient pas d'intérêt personnel matériel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. Sous réserve que les administrateurs aient pris les mesures de bonne foi, avec les précautions nécessaires et dans le cadre des fonctions qui leur sont déléguées, ils seront exonérés de toute responsabilité. Pour invoquer cette règle, ils doivent se tenir informés des questions devant faire l'objet d'une décision en obtenant, en examinant et en se fondant sur des informations qu'une personne raisonnable dans une situation similaire trouverait convaincantes et ne pas être touchés par un conflit d'intérêts en la matière.

21. D'autres lois peuvent exiger qu'il soit établi qu'il existe un lien de causalité entre la faute de gestion et les dettes qui en résultent ou que la faute de gestion a joué un rôle important dans l'insolvabilité de la société. Cette approche exige qu'un administrateur soit reconnu coupable d'avoir commis une faute de gestion par référence à ce que ferait un administrateur normalement avisé. Des exemples de comportement ou d'actes pouvant engager la responsabilité des administrateurs dans ces pays sont notamment l'imprudence, l'incompétence, le manque d'attention, l'inaction, les transactions d'initiés ou n'ayant pas de caractère commercial ou l'octroi irrégulier de crédits dépassant les moyens de la société, mais les plus fréquents sont le fait de permettre à la société de continuer d'opérer alors qu'elle est manifestement insolvable et d'entreprendre des projets dépassant ses moyens financiers et ne répondant pas à ses intérêts. D'autres exemples, relevant également du concept de faute de gestion, sont notamment les cas dans lesquels les administrateurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour vérifier l'assise financière des partenaires commerciaux ou pour analyser d'autres facteurs importants avant de conclure des contrats, n'ont pas fourni d'informations suffisantes pour permettre au comité de surveillance de superviser l'action de la direction, n'ont pas obtenu ou étudié les comptes de gestion, n'ont pas suivi comme il convient la gestion financière de la société, n'ont pas pris de mesures préventives contre des risques manifestement prévisibles ou ont, par leur mauvaise gestion, été à l'origine de troubles et de grèves. Dans certains pays qui ont adopté cette approche, pour établir qu'une faute de gestion a été commise, il n'est pas nécessaire qu'un administrateur ait activement participé à la gestion de la société; son consentement passif peut être suffisant.

## 2. *Nature de la responsabilité*

22. Pour déterminer si un administrateur ou une administratrice en particulier a manqué à ses obligations, il faut tenir compte des faits liés à son comportement qui ont pu mener à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur. Une

fois qu'il a été établi qu'il ou elle a manqué à ses obligations conformément à la norme applicable en matière de preuve, la responsabilité peut être attribuée de plusieurs manières. Selon une approche, la responsabilité sera attribuée à chaque administrateur en fonction de l'étendue de sa participation aux décisions ou au comportement incriminés, ce qui exige un examen de cette participation dans sa globalité. La mise en place d'un conseil d'administration est un élément important pour régler ces questions. Lorsqu'une entreprise a des administrateurs indépendants ne possédant pas une part importante du capital et ne représentant pas les actionnaires, ces administrateurs n'ont peut-être pas accès aux informations dans la même mesure que les administrateurs internes. La responsabilité peut varier selon que les administrateurs sont internes ou indépendants et selon le cas d'espèce.

23. Dans un certain nombre d'autres pays, la loi prévoit une règle générale selon laquelle les administrateurs sont tenus conjointement et solidairement responsables pour tout manquement à leurs obligations. Cette règle peut s'appliquer également même lorsque chaque administrateur n'est pas redevable de toutes les obligations visées. Certains de ces pays donnent toutefois au tribunal un pouvoir d'appréciation pour déterminer le rôle de chacun d'entre eux en tenant compte de données factuelles, notamment du niveau de culpabilité. Ainsi, le tribunal a le pouvoir de décider que l'un d'eux supporte l'ensemble de la responsabilité (si, par exemple, des obligations spécifiques lui ont été confiées personnellement et que ces obligations sont liées aux préjudices visés) ou une plus grande part de celle-ci, par exemple s'il est établi que la culpabilité n'est pas égale. Dans un pays, les administrateurs ne peuvent être tenus conjointement et solidairement responsables que s'il est établi qu'ils ont commis une fraude ou une malhonnêteté en connaissance de cause ; autrement, la responsabilité est fonction de la mesure dans laquelle les actes d'un administrateur ont contribué aux pertes de l'entreprise. Un autre pays a adopté une approche légèrement différente selon laquelle le tribunal détermine si une personne jugée responsable doit rembourser les dommages causés à l'entreprise, en fonction de la gravité de la faute et de l'importance du lien de causalité, mais l'évaluation des dommages n'est pas nécessairement proportionnelle au niveau de la responsabilité ou de la faute. Dans certains pays, la question de savoir si la responsabilité est conjointe ou si elle doit être attribuée spécifiquement aux administrateurs responsables du comportement incriminé (qui peut être notamment l'inaction ou le fait de ne pas s'être assuré que les autres administrateurs s'acquittaient de leurs obligations) est fonction de l'acte donnant lieu à la responsabilité.

### *3. Moyens de défense*

24. Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations lorsque la société est sur le point d'être déclarée insolvable, peuvent néanmoins invoquer certains moyens de défense, comme la règle relative au jugement d'affaires pour



démontrer que leur comportement a été raisonnable. Une approche légèrement différente donne aux administrateurs le bénéfice du doute, l'idée étant que les risques sont inévitables dans les affaires et sont un élément inhérent à toute décision de gestion. Les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines des obligations prévues par la loi, mais pas à toutes.

25. Dans d'autres pays, les administrateurs doivent démontrer qu'ils avaient pris les mesures voulues pour réduire au minimum les pertes que risquaient de subir les créanciers de la société, après avoir constaté qu'il serait difficile d'éviter la liquidation. Sous réserve de pouvoir prouver qu'ils ont pris des décisions commerciales raisonnables et objectives fondées sur des données financières exactes et sur l'avis de professionnels compétents, les administrateurs devraient pouvoir s'appuyer sur ces éléments comme moyens de défense même si leurs décisions se sont révélées mauvaises d'un point de vue commercial.

26. Certains pays prévoient également que les administrateurs peuvent prendre certaines mesures touchant la procédure ou la forme pour ne pas être mis en cause ou réduire leur responsabilité pour des décisions ou actes contestés ultérieurement, telles que faire consigner leur désaccord au procès-verbal d'une réunion; communiquer leur désaccord par écrit au secrétaire de la réunion avant la fin de la réunion; ou déposer ou envoyer au siège statutaire de la société ou à toute autre autorité prévue dans la législation nationale une déclaration écrite en ce sens peu après la fin de la réunion. Les administrateurs absents à une réunion où de telles décisions ont été prises peuvent être réputés y avoir consenti à moins de suivre des procédures spécifiques telles que faire consigner leur désaccord dans un délai précis après avoir pris connaissance de la décision.

27. Le fait qu'un administrateur ne connaisse pas les affaires de la société ne peut en général pas lui servir d'excuse pour ne pas s'acquitter de ses obligations. Par ailleurs, la démission d'un administrateur lorsque la société est sur le point d'être insolvable ne le libérera pas nécessairement de sa responsabilité, étant donné que certaines lois prévoient qu'il laisserait ainsi entendre que sa démission était liée à l'insolvabilité, qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'imminence de l'insolvabilité et qu'il a omis de prendre des mesures raisonnables pour réduire au minimum les pertes des créanciers et pour redresser la situation. Si un administrateur s'est opposé à une décision qui fait ultérieurement l'objet d'un examen, son désaccord devrait normalement être consigné afin qu'il puisse s'y référer. Lorsqu'un administrateur est en désaccord avec les autres administrateurs sur les mesures à prendre et ne parvient pas à les convaincre en dépit des mesures raisonnables engagées à cette fin, sa démission peut être justifiée sous réserve que ses efforts et ses conseils soient consignés.



28. La responsabilité peut être réduite au moyen d'une assurance spéciale, qui peut être conclue par la société pour ses administrateurs, ou de cautions. Lorsqu'il existe une assurance, les cas de fraude intentionnelle et d'abus de confiance en sont généralement exclus, l'assurance ne couvrant les administrateurs qu'en cas de manquement aux obligations susmentionnées, sauf si la couverture est inadaptée, comme cela est possible en cas d'insolvabilité. Une fois qu'une action est engagée contre un administrateur, certaines législations permettent de parvenir à un règlement en négociant avec le représentant de l'insolvabilité ; dans certains pays, c'est la façon de procéder habituelle.

#### 4. Voies de droit

29. Lorsqu'un administrateur manque à ses obligations, le droit civil prévoit différentes voies de droit qui peuvent également être combinées. Celles-ci visent essentiellement à fournir une réparation pour manquement aux obligations et dommages subis ; la manière de calculer le montant de la réparation varie toutefois. En général, il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs. Dans un certain nombre de pays, la loi prévoit également l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise.

##### a) Dommages-intérêts et réparation

30. Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'omissions ou d'actes fautifs lorsque la société est sur le point d'être insolvable, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers et des employés ainsi que par la société elle-même, lorsque les pertes résultent directement de ses actes ou omissions. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse de l'insolvabilité ou des actifs de la société. Certains pays autorisent les tribunaux à évaluer le degré de responsabilité en fonction de la nature et de la gravité de la mauvaise gestion ou des actes ayant engagé la responsabilité de l'intéressé. Dans certains pays, l'administrateur peut être tenu pour responsable de la différence entre la valeur des actifs de la société au moment où elle aurait dû cesser d'opérer et la valeur à la date à laquelle elle a effectivement cessé de fonctionner. Certains pays tiennent compte de la différence entre la situation des créanciers et de la société une fois commise la faute de gestion et leur situation en l'absence de faute de gestion.

31. Dans certains pays, qui imposent l'obligation de présenter une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital, la loi prévoit également l'octroi de dommages-intérêts.

32. Lorsque les administrateurs sont jugés responsables, il peut être précisé que le montant recouvré doit être versé à la masse de l'insolvabilité, au motif que la principale raison de poursuivre les administrateurs est de recouvrer une partie de la valeur perdue en conséquence de leurs actes, sous forme de réparation versée à la masse. Cela bénéficie donc à l'ensemble des créanciers et non à l'un ou l'autre d'entre eux. Dans certains pays, en cas de nantissement global d'entreprise, le montant des dommages-intérêts recouverts est versé aux créanciers chirographaires. On peut faire valoir à l'appui de cette approche que la réparation ne devrait pas être attribuée aux créanciers garantis, étant donné que les faits motivant l'action ne se produisent pas avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et ne peuvent donc être visés par une sûreté constituée auparavant par la société. Par ailleurs, contrairement à ce qui est le cas dans une action en annulation, l'objectif n'est pas de recouvrer les actifs de la société, mais d'obtenir une contribution des administrateurs pour réparer les dommages subis par les créanciers. Cependant, si la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de poursuivre les administrateurs (voir ci-dessous, par. 36 à 42 du présent chapitre), il peut y avoir matière à suggérer que toute réparation serve d'abord à couvrir les frais du ou des créanciers engageant l'action.

33. Outre les voies de droit susmentionnées, les dettes ou obligations dues aux administrateurs par la société peuvent être différées ou déclassées et les administrateurs peuvent être tenus de restituer tous les biens qu'ils ont acquis ou qu'ils se sont attribués sur le compte de la société ou tout avantage obtenu en situation de manquement à leurs obligations.

*b) Interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur*

34. La législation d'un certain nombre de pays dispose que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Ces mesures sont généralement considérées comme des mesures de protection destinées à empêcher ces administrateurs d'occuper un poste où ils risquent de causer d'autres préjudices en continuant d'exercer leurs fonctions de gestion et d'administration dans la même ou dans une autre société. Selon la législation d'un pays, une personne peut se voir interdire d'exercer ces fonctions pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsqu'elle n'est pas jugée « apte » à les assumer. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à l'obligation fiduciaire, un détournement de fonds, des déclarations financières ou non financières trompeuses, ou un manquement à l'obligation de tenir une comptabilité et de soumettre des rapports appropriés. Les causes d'interdiction peuvent être également des actes en rapport avec l'insolvabilité de la société, l'administrateur pouvant ainsi être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être

annulées pour des motifs semblables à ceux visés dans la recommandation 87 ou si elle a continué d'opérer alors que l'intéressé savait ou aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Ces différents facteurs sont généralement pris en considération globalement pour déterminer, dans un cas spécifique, si l'intéressé n'est pas « apte » à exercer les fonctions d'administrateur. Dans les pays qui prévoient une telle interdiction, les administrateurs reconnus inaptes sont souvent, mais pas toujours, ceux qui se sont signalés par un manque d'honnêteté dans les affaires, une faute grave ou une incompétence manifeste.

35. L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur justifie une telle sanction. Lorsque cette interdiction existe, il est possible de limiter les personnes pouvant recourir à cette mesure à certains cadres ou organismes, au représentant de l'insolvabilité et, dans certains cas, aux créanciers.

### ***Recommandations 259 à 261***

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions relatives à la responsabilité est :

- a) D'établir des règles pour les cas où les actes commis par une personne soumise aux obligations visées à la recommandation 255 avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peuvent être considérés comme préjudiciables et donc comme un manquement auxdites obligations ;
- b) De déterminer les moyens de défense face à une allégation de manquement aux obligations ; et
- c) De déterminer les conséquences de ce manquement.

#### **Contenu des dispositions législatives**

##### *Responsabilité*

259. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier que si les créanciers ont subi une perte ou un dommage du fait d'un manquement aux obligations visées à la recommandation 255 la personne redevable des obligations peut être responsable.

260. La loi relative à l'insolvabilité devrait prévoir que la responsabilité résultant d'un manquement aux obligations visées à la recommandation 255 est limitée à la mesure dans laquelle ce manquement a causé une perte ou un dommage.

**Recommandations 259 à 261 (suite)***Responsabilité et moyens de défense*

261. La loi relative à l'insolvabilité devrait préciser quels éléments doivent être prouvés pour établir qu'il y a eu manquement aux obligations visées à la recommandation 255 et qu'en conséquence, les créanciers ont subi une perte ou un dommage ; quelle partie est tenue de les prouver ; et quels moyens de défense peuvent être opposés à une allégation de manquement à ces obligations. Un de ces moyens de défense peut être que la personne redevable des obligations a pris des mesures raisonnables telles que celles visées à la recommandation 256.

**E. Exécution des responsabilités des administrateurs***1. Personnes pouvant engager une action en justice*

36. Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur pour manquement aux obligations examinées plus haut selon la nature de l'action et la personne habilitée à agir. Des considérations similaires à celles concernant l'exercice des pouvoirs d'annulation visés à la recommandation 87 (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195) peuvent s'appliquer.

37. Dans un certain nombre de pays, lorsque la procédure d'insolvabilité a commencé, le représentant de l'insolvabilité est le seul qui, après avoir analysé les décisions prises par l'administrateur avant l'insolvabilité, soit habilité à poursuivre ce dernier pour obtenir, dans l'intérêt des créanciers, réparation du préjudice causé à la société. Les lois en matière de fautes de gestion, par exemple, peuvent autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre des administrateurs pour qu'ils contribuent à la masse de l'insolvabilité lorsque leurs actes ont contribué à l'insolvabilité de leur société ou ont constitué des actes de mauvaise gestion. Certains pays autorisent également le procureur ou le tribunal agissant d'office à intervenir.

38. Bien qu'une des principales raisons d'imposer des obligations aux administrateurs d'une entreprise proche de l'insolvabilité soit de protéger les intérêts des créanciers, toutes les lois ne permettent pas aux créanciers de poursuivre un administrateur pour manquement à ces obligations. Conformément à certaines lois, lorsque le représentant de l'insolvabilité n'agit pas, les créanciers et parfois les actionnaires peuvent avoir un droit dérivé d'intenter une action (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195). Lorsque les créanciers sont bénéficiaires de tous les dommages-intérêts revenant à la masse de l'insolvabilité, les actionnaires n'ont guère de raisons

d'intenter une telle action. D'autres lois autorisent les créanciers à intenter une action seulement contre certains types d'actes ou d'opérations, par exemple les fautes d'exécution, ou les opérations à des prix sous-évalués. Conformément à d'autres lois, lorsque les créanciers n'ont pas le droit d'agir seuls, un créancier unique ne peut poursuivre un administrateur qu'avec le consentement de la majorité des créanciers ou du comité des créanciers, ou encore les créanciers peuvent demander à leur représentant, à leur comité ou au tribunal d'engager une telle action.

39. Lorsqu'on estime qu'il convient que la loi permette aux créanciers de poursuivre les administrateurs, une distinction pourrait être faite entre les créanciers dont la créance est née dans la période précédant l'insolvabilité et découle directement du comportement examiné, et ceux dont la créance date d'avant cette période. En fonction de la loi applicable relative à l'insolvabilité, une action autorisée peut être engagée contre un administrateur par le représentant de l'insolvabilité au profit de la masse de l'insolvabilité. Si la loi relative à l'insolvabilité le permet, le créancier peut engager une action contre un administrateur au profit de la masse de l'insolvabilité si le représentant de l'insolvabilité ne le fait pas. Dans certains États et sous réserve de la loi relative à l'insolvabilité, un créancier peut engager une action contre un administrateur pour son propre compte. Dans tous les cas, le comportement examiné sera celui de la période proche de l'insolvabilité. Selon certaines lois, ce droit individuel d'un créancier se limite aux situations où le comportement inacceptable visait un créancier en particulier. S'il était jugé souhaitable de permettre aux créanciers de poursuivre un administrateur, la loi sur l'insolvabilité telle qu'elle s'applique aux actions en annulation pourrait constituer un bon exemple de procédure à suivre (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195). La loi pourrait exiger, par exemple, le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité afin que celui-ci soit informé de ce que les créanciers proposent et ait la possibilité de refuser, évitant ainsi tout effet négatif que ces actes pourraient avoir sur l'administration de la masse.

40. Lorsque le consentement du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers est exigé mais n'est pas obtenu ou est refusé, la loi sur l'insolvabilité pourrait autoriser un créancier à demander l'approbation d'un tribunal afin de poursuivre un administrateur. Le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit d'être entendu à toute audience découlant d'une telle demande et d'y expliquer pourquoi il estime que l'action ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal pourrait autoriser l'ouverture de l'action ou décider de se prononcer sur le fond. Une telle approche peut contribuer à réduire la probabilité d'une entente entre les diverses parties. Lorsque les actions en annulation à l'initiative des créanciers sont autorisées, certaines lois exigent que ceux-ci en supportent les frais ou permettent que des sanctions leur soient imposées pour décourager tout abus potentiel de ces actions ; la même approche pourrait être adoptée pour les actions engagées par les créanciers contre les administrateurs.

41. Conformément aux lois qui imposent aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même, ses actionnaires et les créanciers peuvent demander des dommages-intérêts en cas de manquement à cette obligation. Lorsque des paiements ont été effectués par les administrateurs en violation du moratoire accompagnant l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même peut demander des dommages-intérêts. Elle peut également le faire dans les pays qui prévoient l'obligation de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévienne la coordination de toutes les actions qui pourraient être engagées par ces différentes parties.

42. Une action engagée contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations peut viser un actif important de la masse de l'insolvabilité et accroître la valeur pour les créanciers. Cependant, dans de nombreux pays, la procédure d'insolvabilité ne peut être close et les actifs ne peuvent être répartis tant que l'action est pendante. Il est donc souhaitable qu'avant d'engager une action contre un administrateur, le représentant de l'insolvabilité examine les chances de succès ainsi que d'autres circonstances telles que la capacité de l'administrateur de donner suite à une décision lui enjoignant de payer des dommages-intérêts, la portée de la couverture d'assurance dont il dispose et les incidences de l'action envisagée sur la durée de la procédure d'insolvabilité.

## 2. *Financement des actions*

43. Une difficulté pouvant survenir dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à intenter une action pour manquement à ces obligations concerne le paiement de ses frais au cas où cette action n'aboutit pas. L'absence de fonds est souvent citée comme une des raisons principales du nombre relativement faible d'actions engagées pour manquement à ces obligations. Même si des fonds peuvent être dégagés de la masse de l'insolvabilité lorsqu'il y a suffisamment d'actifs, comme souvent dans le cas d'une action en annulation, les représentants de l'insolvabilité peuvent être réticents à utiliser ces actifs à des poursuites à moins que celles-ci n'aient de très bonnes chances d'aboutir (voir deuxième partie, chap. II, par. 196). Cependant, dans de nombreux cas, il n'y aura pas suffisamment de fonds dans la masse de l'insolvabilité pour poursuivre un administrateur, même s'il est très probable que l'action aboutisse.

44. Dans ces circonstances, d'autres possibilités de financement peuvent constituer, si la situation s'y prête, un moyen efficace de rendre à la masse la valeur perdue à cause des actes des administrateurs, de s'attaquer aux abus, d'enquêter sur les actes déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance. Le fait d'intégrer l'autorisation adéquate dans toute loi relative à l'insolvabilité, essentiellement comme le

prévoit la recommandation 95 en ce qui concerne le financement d'actions en annulation, faciliterait l'obtention de ces autres sources de financement. Le droit d'engager une telle action, ou le produit escompté si elle aboutit, pourrait être cédé contre valeur à un tiers, notamment à des créanciers, ou un prêteur pourrait être sollicité pour fournir des fonds. Si l'action est intentée par une partie autre que le représentant de l'insolvabilité au profit de l'ensemble des créanciers, les frais qu'elle occasionne pourraient être remboursés sur toute réparation obtenue. Selon certaines lois, les réclamations contre les administrateurs pourraient être réglées au moyen d'une négociation avec les représentants de l'insolvabilité, ce qui éviterait de devoir trouver des fonds. Ce type de règlement, peu fréquent dans certains pays, est la pratique habituelle dans d'autres pays, où les représentants de l'insolvabilité « invitent » les administrateurs à verser leur contribution. Enfin, il serait bon de déterminer dans quels tribunaux de telles actions pourraient être engagées ; cette question est examinée dans la deuxième partie, chapitre I, paragraphe 19.

### ***Recommandations 262 à 266***

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions relatives à l'exécution des obligations des administrateurs est de déterminer des voies de droit appropriées en cas de manquement à ces obligations et de faciliter l'ouverture et la conduite d'actions visant à obtenir réparation pour tel manquement.

#### **Contenu des dispositions législatives**

##### *Voies de droit*

262. La loi relative à l'insolvabilité devrait préciser que les voies de droit concernant la responsabilité établie par le tribunal pour manquement à l'obligation visée à la recommandation 255 devraient inclure le paiement à la masse de l'insolvabilité de la totalité des dommages-intérêts fixés par le tribunal.

##### *Ouverture d'actions pour manquement à l'obligation*

263. La loi relative à l'insolvabilité devrait préciser que le droit d'agir fondé sur la perte ou le dommage résultant du manquement aux obligations visées à la recommandation 255 revient à la masse de l'insolvabilité et que le représentant de l'insolvabilité est responsable au premier titre de l'ouverture d'une action pour manquement à ces obligations. La loi relative à l'insolvabilité peut aussi permettre à un créancier ou à toute autre partie intéressée, avec l'accord du représentant de l'insolvabilité, d'engager une telle action. Si le représentant de l'insolvabilité ne donne pas son accord, le créancier ou l'autre partie intéressée peut demander au tribunal l'autorisation d'engager l'action.

**Recommandations 262 à 266 (suite)***Financement d'actions pour manquement à l'obligation*

264. La loi relative à l'insolvabilité devrait préciser que les frais d'une action visant la personne redevable des obligations sont payés comme dépenses afférentes à l'administration<sup>12</sup> de l'action.

265. La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions pour le déroulement et le financement de telles actions.

*Mesures supplémentaires*

266. Afin de décourager les comportements engageant la responsabilité visée à la recommandation 259, la loi relative à l'insolvabilité peut prévoir des voies de droit supplémentaires<sup>13</sup> s'ajoutant au paiement d'une réparation prévu à la recommandation 262.

<sup>12</sup> Pour une explication du terme « dépenses afférentes à l'administration », voir le paragraphe 12 a) du glossaire figurant dans l'introduction du *Guide*.

<sup>13</sup> Les voies de droit disponibles dépendront du type de voies de droit disponibles dans un pays donné et de ce qui, en plus du paiement d'une réparation, peut être proportionné au comportement en cause et approprié dans les circonstances de l'espèce. On trouvera aux paragraphes 33 à 35 du présent chapitre des exemples de ces voies de droit.



## Deuxième section

# Obligations des administrateurs de membres d'un groupe d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité

### Introduction et objet de la deuxième section

1. La présente section se fonde sur les recommandations 255 à 266 de la première section, qui traitent des obligations des administrateurs d'entreprises qui ne sont pas membres d'un groupe dans la période précédant l'insolvabilité. En mettant l'accent sur la nature des obligations et les mesures qui peuvent être prises pour s'en acquitter (visées dans les recommandations 255 et 256), elle explique comment ces recommandations pourraient être adaptées pour s'appliquer aux administrateurs<sup>14</sup> dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Les recommandations 257 à 266 de la première section restent applicables dans le contexte des groupes d'entreprises. Toutefois, les renvois aux recommandations 255 et 256 qui y figurent doivent être compris, aux fins de la présente section, comme des références aux recommandations 267 et 268 qu'elle contient.
2. Des recommandations supplémentaires (269 et 270) ont été ajoutées à la présente section pour traiter de la situation où un administrateur est nommé à un poste de direction ou de gestion, ou occupe un tel poste auprès de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, et où un conflit naît dans le cadre de l'exécution des obligations dues aux différents membres du groupe.
3. La présente section est à lire en parallèle avec la première section, ainsi qu'avec la troisième partie du *Guide*. En outre, en 2019, la CNUDCI a adopté un texte législatif, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup>La question de savoir quelles personnes peuvent être considérées comme administrateurs d'entreprises est examinée aux paragraphes 13 à 16 du chapitre II de la première section. Bien qu'il n'existe pas de définition universellement acceptée du terme, la présente section fait également référence, de manière générale, aux « administrateurs », par souci de commodité.

<sup>15</sup>*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), annexe II.*

qui vise à faciliter les procédures d'insolvabilité des groupes d'entreprises. Ce texte et le guide pour l'incorporation qui l'accompagne définissent un cadre destiné à rationaliser la conduite de ces procédures et à contribuer à l'élaboration de solutions collectives à l'insolvabilité, notamment en établissant un régime relatif à la reconnaissance internationale de ces solutions et en prévoyant les mesures qui pourraient être nécessaires pour en faciliter l'élaboration. Cette Loi type et le guide pour son incorporation fournissent des informations qui seront utiles aux administrateurs et autres responsables visés dans la présente section.

## Glossaire

4. La présente section utilise la même terminologie que les autres parties du *Guide*. Les termes supplémentaires suivants se rapportent spécifiquement à la présente section et doivent être lus conjointement avec les termes et explications que contiennent le glossaire présenté dans l'introduction du *Guide* et celui qui figure dans l'introduction de la troisième partie du *Guide* :

a) Le terme « membre d'un groupe d'entreprises » désigne une entreprise qui fait partie d'un groupe d'entreprises ;

b) Le terme « procédure de planification » désigne une procédure principale ouverte à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, sous réserve que :

- i) Un ou plusieurs autres membres du groupe d'entreprises participent à cette procédure principale aux fins de l'élaboration et de la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité ;
- ii) Il y ait des chances que le membre du groupe d'entreprises faisant l'objet de la procédure principale soit un participant nécessaire et à part entière à cette solution collective à l'insolvabilité ; et
- iii) Un représentant du groupe ait été désigné ;

Sous réserve des exigences énoncées aux alinéas i) à iii) ci-dessus, le tribunal peut reconnaître en tant que procédure de planification une procédure qui a été approuvée par un tribunal ayant compétence à l'égard d'une procédure principale dont fait l'objet un membre d'un groupe d'entreprises, en vue d'élaborer une solution collective à l'insolvabilité au sens de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises ;

c) Le terme « procédure principale » désigne une procédure d'insolvabilité qui a lieu dans l'État où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur membre d'un groupe d'entreprises ;

d) Le terme « représentant du groupe » désigne une personne ou un organe, même désigné à titre provisoire, autorisé à agir en qualité de représentant d'une procédure de planification ; et

e) Le terme « solution collective à l'insolvabilité » désigne une proposition ou une série de propositions élaborées dans le cadre d'une procédure de planification aux fins du redressement, de la vente ou de la liquidation de tout ou partie des biens et activités d'un ou de plusieurs membres du groupe d'entreprises, avec l'objectif de protéger, de préserver, de réaliser ou d'accroître la valeur combinée globale de ces membres du groupe d'entreprises.



# I. Généralités

1. La première section examine les obligations des administrateurs d'entreprises ne faisant pas partie de groupes dans la période précédant l'insolvabilité, en indiquant la manière dont ces obligations sont traitées dans les lois existantes. Si certains pays imposent de telles obligations aux administrateurs, les avantages et inconvénients relatifs de tels régimes continuent de faire l'objet de débats<sup>16</sup>. La première section souligne que des mesures doivent être prises rapidement lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à des difficultés financières, pour en enrayer le déclin et faciliter son sauvetage ou son redressement. Elle note également que, si de nombreux pays ont revu leurs lois sur l'insolvabilité afin de mettre davantage l'accent sur les possibilités d'adopter rapidement des mesures, on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit ces possibilités<sup>17</sup>. La première section encourage l'élaboration de mesures d'incitation appropriées en recensant les obligations fondamentales qui peuvent incomber à l'administrateur d'une entreprise dans la période précédant l'insolvabilité et les mesures qui peuvent être prises pour s'en acquitter. Ces obligations ne deviendraient exécutoires qu'en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

2. Dans le contexte des groupes d'entreprises, la question des obligations des administrateurs dans la période précédant l'insolvabilité ne semble pas être clairement traitée ni régie en détail dans les législations nationales. Si le concept de groupe d'entreprises a été examiné et défini dans de nombreux pays, la question des obligations des administrateurs d'un ou de plusieurs membres d'un tel groupe reste entourée d'une certaine incertitude.

3. La troisième partie du *Guide*, relative au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, note que ces groupes se caractérisent souvent par des degrés d'intégration économique différents (du très centralisé au relativement indépendant) et divers types de structure organisationnelle (verticale ou horizontale), qui créent des relations complexes entre leurs membres et peuvent impliquer différents niveaux de propriété et de contrôle. Ces facteurs, de même que l'adhésion à l'approche de l'entité distincte et l'absence généralisée de reconnaissance explicite de la réalité des groupes d'entreprises dans la législation applicable aux différents membres d'un groupe, soulèvent un certain nombre de questions pour les

---

<sup>16</sup>Voir première section, chap. I, par. 8 à 10.

<sup>17</sup>Ibid., par. 6.

administrateurs de membres de groupes d'entreprises. L'adhésion à l'approche de l'entité distincte signifie en général que l'administrateur encourage la réussite et défend les intérêts de l'entreprise qu'il dirige, en respectant la responsabilité limitée de celle-ci et en veillant à ce que ses intérêts ne soient pas sacrifiés en faveur des intérêts du groupe. Pour ce faire, il ne tient pas compte des intérêts du groupe d'entreprises dans son ensemble, de la position qu'occupe l'entreprise concernée dans la structure du groupe, du degré d'indépendance ou d'intégration entre les membres du groupe et de la portée de la propriété et du contrôle. Toutefois, lorsqu'une entreprise qui fait partie d'un groupe s'appuie, au moins dans une certaine mesure, sur d'autres membres du groupe pour assumer certaines fonctions essentielles (par exemple, le financement, la comptabilité, les services juridiques, les fournisseurs, les marchés, la gestion, la prise de décisions ou la propriété intellectuelle), il risque d'être difficile, voire impossible, de régler ses difficultés financières en la considérant comme une entité distincte. La non-compréhension de la complexité des obligations de l'administrateur peut provoquer l'échec que l'on cherche à éviter. La troisième partie examine en détail la réalité économique des groupes d'entreprises et, dans le contexte de l'insolvabilité, l'impact du traitement des membres d'un groupe en tant qu'entités distinctes sur le règlement des difficultés financières de certains membres du groupe d'entreprises ou du groupe d'entreprises pris plus largement<sup>18</sup>.

4. L'obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise qu'il dirige peut s'avérer encore plus complexe, dans le contexte des groupes, lorsque l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises exerce cette fonction ou occupe un poste de gestion ou de direction dans un ou plusieurs autres membres du groupe. Dans une telle situation, il peut avoir du mal à cerner les intérêts de chaque membre du groupe d'entreprises et à les traiter séparément. En outre, les intérêts de ces membres peuvent être affectés par les objectifs ou besoins économiques, éventuellement concurrents, d'autres membres du groupe et par ceux du groupe d'entreprises dans son ensemble. Il faudra peut-être évaluer les incidences à court et à long terme sur les intérêts des différents membres du groupe, ce qui peut impliquer d'accepter de sacrifier, ne serait-ce qu'à court terme, les intérêts de certains membres pour obtenir un avantage à plus long terme pour l'ensemble du groupe d'entreprises. Lorsqu'on recherche une solution collective à l'insolvabilité, il serait raisonnable que certaines garanties s'appliquent pour protéger les intérêts des créanciers des membres du groupe d'entreprises concernés et d'autres parties prenantes.

5. Les situations dans lesquelles les intérêts de membres particuliers d'un groupe d'entreprises peuvent être affectés par ceux du groupe pris plus largement se présentent, entre autres, dans les cas suivants : lorsqu'un des membres du groupe est un fournisseur essentiel, fournit un financement à un autre membre, ou se porte

---

<sup>18</sup> Voir troisième partie, chap. I.

garant pour un financement fourni par un prêteur externe à un autre membre, dans le cadre d'une tentative de sauvetage des activités du groupe dans son ensemble, y compris les siennes propres ; lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises accepte de transférer son activité ou ses actifs, de céder un débouché commercial à un autre membre ou de passer avec lui un contrat à des conditions qu'on ne peut qualifier de commercialement viables, mais d'une manière qui pourrait, en fin de compte, profiter aux activités du membre du groupe qui accepte le transfert, la cession ou le contrat en question ; ou lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises conclut des garanties réciproques avec d'autres membres du groupe pour aider le groupe dans son ensemble à mieux tirer parti de ses actifs pour financer les activités du groupe.

6. Des considérations de ce type peuvent être pertinentes dans la période précédant l'insolvabilité, au moment où il peut être nécessaire de renforcer le contrôle et la coordination des activités du groupe d'entreprises afin de maximiser ses performances et de trouver des solutions collectives à l'insolvabilité pour résoudre les difficultés financières du groupe dans son ensemble ou de certains de ses éléments. À ce moment, il peut aussi y avoir davantage d'occasions de tirer profit des membres plus vulnérables et dépendants du groupe d'entreprises, dans l'intérêt d'autres membres, notamment par le biais de transferts d'actifs, du détournement de débouchés commerciaux et de l'utilisation de ces membres du groupe pour effectuer des opérations ou activités plus risquées ou absorber des pertes et des actifs douteux.

7. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt du membre du groupe d'entreprises qu'il dirige, l'administrateur peut évaluer les différents intérêts en présence, notamment ceux d'autres membres du groupe ou du groupe dans son ensemble lorsque ces différents intérêts coïncident avec l'intérêt supérieur du membre en question. Dans la mesure où la ligne de conduite qu'il choisit de suivre dans de telles circonstances est raisonnable et vise à éviter l'insolvabilité ou à en limiter l'impact sur le membre du groupe d'entreprises qu'il dirige, l'administrateur ne devrait pas avoir à répondre du manquement à ses obligations. Si, après avoir soupesé les intérêts concurrents des membres du groupe d'entreprises qu'il dirige, l'administrateur choisit une ligne de conduite qui donne lieu à un conflit entre les obligations dues aux différents membres du groupe, ce conflit devrait être porté à l'attention des membres concernés. La résolution d'un tel conflit pourrait nécessiter le recours à la médiation ou à la négociation, le but étant de concilier les intérêts opposés.

8. Si, comme il est noté plus haut, rares sont les législations qui traitent des obligations des administrateurs dans le contexte des groupes d'entreprises, les tribunaux de différents pays reconnaissent à des degrés divers la réalité pratique du mode de fonctionnement des groupes d'entreprises. Si l'on considère généralement que les administrateurs doivent agir dans l'intérêt du membre ou des membres du

groupe d'entreprises qu'ils dirigent, dans certains pays, ils peuvent être autorisés à tenir compte, par exemple, des avantages commerciaux directs ou indirects que ce ou ces membres pourraient retirer d'une stratégie adoptée conjointement avec d'autres membres du groupe et de la mesure dans laquelle la prospérité de ce ou ces membres ou leur survie dépendent de la santé du groupe dans son ensemble. Toutefois, un avantage collectif ne suffira généralement pas en lui-même à justifier des actes jugés comme portant préjudice aux créanciers. En outre, les administrateurs peuvent également être tenus de prendre en compte tout préjudice raisonnablement prévisible que le membre qu'ils dirigent pourrait subir du fait de la stratégie adoptée, et de la position des créanciers chirographaires de ce membre, en particulier lorsque sa solvabilité risque d'être mise en cause. Cette dernière considération est particulièrement importante lorsque l'opération porte sur une garantie ou une sûreté sur un prêt consenti à un autre membre du groupe d'entreprises, surtout lorsque la survie de cet autre membre n'est pas essentielle à la solvabilité du membre du groupe fournissant la garantie ou la sûreté.

9. Dans d'autres pays, les administrateurs de membres de groupes d'entreprises sont autorisés à agir dans l'intérêt de l'ensemble du groupe lorsque certaines conditions sont réunies, par exemple les suivantes : si le groupe a une structure qui confère à ses membres une certaine influence sur les décisions globales ; si le membre du groupe a participé à une politique applicable à l'échelle du groupe qui était cohérente et axée sur le long terme ; et si les administrateurs ont présumé raisonnablement et de bonne foi que tout préjudice subi par le membre du groupe qu'ils dirigent serait compensé le moment venu par d'autres avantages. Selon une autre approche, l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises peut agir dans l'intérêt de l'entreprise mère à condition que cela ne nuise pas à la capacité de l'entreprise qu'il dirige de payer ses propres créanciers et qu'il soit autorisé à le faire, soit par les actes constitutifs du membre du groupe, soit par ses actionnaires. Selon ces législations, pour que la responsabilité de l'administrateur ne soit pas engagée, le membre du groupe d'entreprises ne doit pas être insolvable au moment de l'intervention de l'administrateur, ni le devenir du fait de celle-ci.

10. La présente section examine la mesure dans laquelle l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises peut tenir compte de facteurs allant au-delà du membre qu'il dirige dans la période précédant l'insolvabilité et les garanties qui devraient s'appliquer. Ces facteurs refléteront, dans une plus ou moins grande mesure, des aspects de la réalité économique du groupe d'entreprises. La présente section propose des principes qui pourraient être inclus dans la législation concernant les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe dans la période précédant l'insolvabilité. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs au moment d'examiner et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire adéquat. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir première partie, chap. I,



par. 1 à 14 et recommandation 1) à travers une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement rigoureuses peuvent présenter des écueils et constituer des menaces pour les entrepreneurs.

11. La présente section ne traite pas de la responsabilité des administrateurs au titre du droit pénal, du droit des sociétés ou du droit de la responsabilité civile délictuelle. Elle porte uniquement sur les obligations qui peuvent figurer dans la loi relative à l'insolvabilité et qui deviennent exécutoires dès lors qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte.



## **II. Aspects des obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité**

### **A. Nature des obligations**

1. La raison d'être des obligations imposées aux administrateurs d'entreprises proches de l'insolvabilité, présentée dans la première section (chap. I, par. 1 à 7), est également applicable dans le contexte des groupes d'entreprises. Les obligations de l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises sont identiques aux obligations fondamentales définies dans la recommandation 255, mais il serait peut-être souhaitable que la loi prévoit la prise en compte du contexte plus large de la réalité économique de l'ensemble du groupe pour définir les mesures que l'administrateur devrait prendre pour ne pas être jugé responsable d'un manquement à ces obligations. Parmi les facteurs à prendre en considération figurent la position qu'occupe le membre concerné dans le groupe d'entreprises, le degré d'intégration entre les membres du groupe (mentionné dans la recommandation 217) et la possibilité de maximiser la valeur du groupe en trouvant une solution collective à l'insolvabilité pour régler les difficultés financières soit à l'échelle du groupe soit pour certains de ses éléments. De telles solutions collectives peuvent exiger que l'administrateur d'un membre d'un groupe en difficulté financière prenne des mesures qui pourraient sembler, à première vue, porter préjudice à ce membre mais qui, au bout du compte, lui permettront d'obtenir un meilleur résultat et garantiront la poursuite de son exploitation et la maximisation de sa valeur. S'il prend de telles mesures alors qu'il est peu probable qu'elles bénéficient au membre en difficulté financière, l'administrateur peut être jugé responsable de ne pas s'être acquitté de ses obligations de manière raisonnable.

2. L'un des facteurs que devra garder à l'esprit l'administrateur qui évalue les mesures à prendre pour résoudre les difficultés financières du membre du groupe d'entreprises qu'il dirige est l'impact qu'elles pourraient avoir sur les créanciers de

ce membre, surtout lorsqu'il faut tenir compte des intérêts du groupe pris plus largement. La recommandation 255 prévoit que l'administrateur doit tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes du membre du groupe d'entreprises. Les intérêts des créanciers peuvent être préservés par l'application de la règle voulant que les mesures prises n'entraînent pas de détérioration de la position des créanciers par rapport au statu quo.

3. La première section (chap. II, par. 5) examine les types de mesures qu'un administrateur est raisonnablement censé prendre pour remédier aux difficultés financières, éviter la survenue de l'insolvabilité et, si celle-ci est inévitable, en réduire le plus possible les effets. Ces mesures, qui restent pertinentes dans le contexte des groupes d'entreprises, pourraient être complétées par des mesures supplémentaires, en fonction de la situation, qui pourraient nécessiter un certain degré d'assistance mutuelle et de coopération avec d'autres membres du groupe d'entreprises. Il est possible que les mesures supplémentaires dépendent de la position qu'occupe le membre au sein du groupe d'entreprises et il convient, par conséquent, de déterminer si le fait d'appuyer la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments permettrait de préserver ou de créer une valeur plus grande que l'adoption de mesures concernant uniquement le membre concerné. Pour ce faire, on pourrait envisager d'évaluer les facteurs suivants : les obligations, tant financières que juridiques, du membre concerné envers les autres membres du groupe d'entreprises ; les opérations qui devraient (ou non) être réalisées avec d'autres membres du groupe ; les sources possibles et la disponibilité de financements (à la fois dans la période précédant l'insolvabilité et après l'ouverture d'une procédure formelle), y compris la fourniture de tels financements par le membre concerné à d'autres membres du groupe ; et l'impact des solutions collectives à l'insolvabilité envisageables, qu'elles soient limitées au membre concerné ou impliquent le groupe plus largement, sur les créanciers et les autres parties prenantes du membre en question. L'administrateur pourrait aussi envisager de prendre des dispositions aux fins de la tenue de négociations informelles avec les créanciers, notamment des négociations volontaires de restructuration, en vue de trouver une solution collective à l'insolvabilité, pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments, qui soit favorable au membre concerné.

4. Lorsque l'insolvabilité est inévitable et qu'une procédure formelle doit être ouverte, l'administrateur pourrait déterminer quel tribunal il convient de saisir, surtout lorsqu'il est possible de présenter une demande conjointe avec d'autres membres du groupe d'entreprises et de mettre en place une coordination procédurale, comme cela est exposé dans la troisième partie du *Guide* (voir recommandations 202 à 210).

### **Recommandations 267 et 268**

#### **Objet des dispositions législatives**

Les dispositions qui régissent les obligations des personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'un membre d'un groupe d'entreprises lorsque l'insolvabilité est imminente ou inévitable ont pour objet :

- a) De protéger les intérêts légitimes des créanciers et des autres parties prenantes de ce membre du groupe d'entreprises ;
- b) De faire en sorte que les personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'un membre d'un groupe d'entreprises soient informées de leurs rôles et responsabilités dans ces circonstances ;
- c) De reconnaître l'incidence de la position de ce membre au sein du groupe d'entreprises sur la manière dont il devrait être géré en cas d'insolvabilité imminente ou inévitable, ainsi que sur les obligations des personnes chargées de prendre des décisions concernant sa gestion, y compris lorsqu'elles sont également chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'autres membres du groupe ; et
- d) De permettre à ce membre d'être géré, le cas échéant, d'une manière qui permette de maximiser la valeur du groupe en favorisant les solutions qui visent à résoudre l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments, tout en prenant des mesures raisonnables pour garantir que les créanciers et les autres parties prenantes du membre du groupe en question ne se retrouveront pas dans une position plus défavorable que si ce membre n'avait pas été géré d'une manière qui favorise ce type de solutions.

Les alinéas a) à d) devraient être appliqués de manière à ne pas :

- a) Compromettre inutilement le succès du redressement de ce membre du groupe d'entreprises, en tenant compte des avantages qu'il pourrait y avoir à maximiser la valeur du groupe et à promouvoir une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments, de la position du membre au sein du groupe et du degré d'intégration entre les membres du groupe ;
- b) Décourager la participation à la gestion d'entreprises, en particulier de celles qui connaissent des difficultés financières ; ou
- c) Empêcher l'exercice d'un jugement commercial raisonnable ou la prise de risques commerciaux raisonnables.

## **Recommandations 267 et 268 (suite)**

### **Contenu des dispositions législatives**

#### *Obligations*

267. a) La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier que les obligations établies dans la recommandation 255 s'appliquent à une personne visée dans la recommandation 258 à l'égard d'une entreprise qui est membre d'un groupe d'entreprises ;

b) Dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec ces obligations, la personne visée à l'alinéa a) peut prendre des mesures raisonnables pour promouvoir une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments. Pour ce faire, elle peut tenir compte des avantages qu'il pourrait y avoir à maximiser la valeur du groupe d'entreprises dans son ensemble, tout en prenant des mesures raisonnables pour faire en sorte que les créanciers et les autres parties prenantes du membre du groupe ne se retrouvent pas dans une position plus défavorable que si ce membre n'avait pas été géré d'une manière qui favorise une telle solution collective à l'insolvabilité.

#### *Mesures raisonnables aux fins de la recommandation 267*

268. Aux fins des recommandations 255 et 267, et sous réserve que cela ne soit pas incompatible avec les obligations de la personne visée à l'alinéa a) de la recommandation 267 envers le membre du groupe d'entreprises auprès duquel elle a été nommée, les mesures raisonnables que peut prendre cette personne dans le contexte des groupes d'entreprises, outre celles qui sont énoncées dans la recommandation 256, pourraient être les suivantes :

1. a) Évaluer la situation financière du membre du groupe d'entreprises et du groupe d'entreprises au moment considéré pour déterminer si une valeur plus grande pourrait être préservée ou créée en envisageant une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments ;

b) Examiner les obligations, financières et autres, du membre du groupe d'entreprises envers les autres membres, déterminer s'il convient de réaliser des opérations avec d'autres membres du groupe et étudier les sources possibles et la disponibilité de financements ;

c) Déterminer si les intérêts des créanciers et des autres parties prenantes du membre du groupe d'entreprises seraient mieux servis par une solution collective à l'insolvabilité destinée à l'ensemble du groupe ou à certains de ses éléments ;

d) Appuyer la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments ;

e) Tenir des négociations informelles avec les créanciers, notamment des négociations volontaires de restructuration<sup>19</sup>, organisées à l'intention de l'ensemble du groupe d'entreprises ou de certains de ses éléments, et participer à ces négociations ;  
et

f) Déterminer s'il convient d'ouvrir une procédure formelle d'insolvabilité.

2. Dans le cas où une procédure formelle d'insolvabilité doit être ouverte, déterminer quel tribunal il convient de saisir, s'il est possible ou approprié de présenter une demande conjointe<sup>20</sup> avec d'autres membres concernés du groupe d'entreprises, et s'il est souhaitable de mettre en place une coordination procédurale<sup>21</sup>.

## B. Identification des personnes redevables des obligations

5. Il peut être plus difficile de déterminer les personnes responsables de prendre des décisions de gestion dans le contexte des groupes d'entreprises que dans celui des entreprises indépendantes. Différents niveaux de gestion et d'influence peuvent avoir des incidences sur les affaires des différents membres d'un groupe d'entreprises et la manière dont ils mènent leurs activités, surtout à l'approche de l'insolvabilité. Une telle influence peut empêcher les administrateurs de prendre des mesures appropriées pour remédier aux difficultés financières du membre qu'ils dirigent ou impliquer celui-ci dans les difficultés financières d'autres membres du groupe d'entreprises, au détriment de ses créanciers. Cela peut se produire dans de nombreuses circonstances, notamment lorsque les conseils d'administration de deux membres se composent pour l'essentiel des mêmes personnes ; lorsque les personnes siégeant au conseil d'un membre sont en majorité nommées par l'autre membre, qui est en position de contrôle ; lorsqu'un membre du groupe contrôle la gestion et la prise de décisions financières du groupe d'entreprises ; ou lorsqu'un membre du groupe intervient de manière constante et systématique dans la gestion d'un autre membre, l'exemple type étant celui d'une entreprise mère et d'un membre du groupe d'entreprises qu'elle contrôle.

6. Dans certains groupes d'entreprises, il peut également être difficile de discerner précisément les frontières entre les membres, en raison d'un manque de clarté dans la répartition des responsabilités de gestion entre les différents conseils

<sup>19</sup> Voir première partie, chap. II, par. 2 à 18.

<sup>20</sup> Voir recommandations 199 à 201.

<sup>21</sup> Voir recommandations 202 à 210.

d'administration. En outre, les dirigeants et décideurs concernés sont parfois employés par des membres du groupe d'entreprises séparés par plusieurs échelons du membre en question, auquel cas il se peut que l'identité et la responsabilité distinctes de ce membre soient généralement négligées dans les activités quotidiennes du groupe. Dans de telles situations, des questions importantes peuvent se poser quant aux obligations de ces personnes en ce qui concerne tant les activités effectivement menées par le membre du groupe en question que le membre du groupe qui les emploie.

7. Parmi les personnes susceptibles d'être considérées comme administrateurs dans le contexte d'un groupe d'entreprises figurent un autre membre du groupe ou l'administrateur d'un autre membre du groupe, y compris un administrateur occulte<sup>22</sup> de cet autre membre. Si certaines lois ne permettent pas à un membre d'un groupe d'entreprises d'être officiellement nommé en tant qu'administrateur d'un autre membre, il peut néanmoins être considéré comme un administrateur occulte de ce membre lorsqu'il exerce une influence sur ses activités ou qu'il les dirige.

8. La première section (chap. II, par. 13 à 16) s'attache aux personnes redevables des obligations mentionnées ci-dessus. La recommandation 258 adopte une formulation large, en prévoyant qu'il peut s'agir de tout administrateur officiellement désigné et de toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d'un administrateur. Le paragraphe 15 du commentaire accompagnant cette recommandation recense les types de fonctions susceptibles d'être remplies par une telle personne. Ces considérations s'appliqueraient également dans le contexte des groupes d'entreprises, qui fait l'objet de la présente section.

### C. Conflit d'obligations

9. Il arrive souvent, dans les groupes d'entreprises, qu'un administrateur exerce ses fonctions ou occupe un poste de gestion ou de direction au sein de plusieurs membres du groupe, que ce soit en raison de la structure du groupe en matière de propriété et de contrôle, des alliances entre les membres du groupe, de liens familiaux existant dans le groupe ou d'un autre aspect de l'organisation des activités du groupe<sup>23</sup>. Quelle qu'en soit la raison, un administrateur qui siège aux conseils d'administration de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, ou est responsable de leur gestion, peut se trouver confronté, dans la période précédant l'insolvabilité, à un éventuel conflit entre les obligations qu'il doit à ces différents membres du groupe, alors qu'il cherche à définir la stratégie la mieux à même de préserver la

---

<sup>22</sup> Ce terme est expliqué dans la première section, chap. II, par. 13.

<sup>23</sup> Voir troisième partie, chap. I, par. 6 à 15.



valeur de chacun d'entre eux et à apporter la meilleure solution à leurs difficultés financières respectives. La nature et la complexité du conflit peuvent tenir à la position des membres qu'il dirige dans la hiérarchie du groupe, au degré d'intégration entre les membres et à la portée du contrôle et de la propriété. Ainsi, lorsqu'un administrateur siège, par exemple, aux conseils d'administration de l'entreprise mère et d'un membre du groupe d'entreprises qu'elle contrôle, il faudra qu'il puisse prouver que toute opération impliquant l'entreprise mère a tenu compte du membre du groupe qu'elle contrôle et a été réalisée de manière juste et raisonnable à l'égard de celui-ci.

10. En outre, les intérêts des membres du groupe d'entreprises que dirige l'administrateur peuvent être étroitement liés à ceux du groupe pris plus largement, auquel cas il est nécessaire de tenir compte de la réalité économique du groupe dans son ensemble. Dans de telles circonstances, des mesures qui peuvent être jugées préjudiciables à une entreprise fonctionnant en tant qu'entité autonome peuvent être raisonnables lorsqu'elles s'inscrivent dans ce contexte plus large. Ainsi, les activités d'une filiale peuvent dépendre des activités du groupe d'entreprises dans son ensemble, et cette filiale peut avoir intérêt à octroyer un financement à court terme à d'autres membres afin de permettre à l'ensemble de continuer de fonctionner et, en fin de compte, de préserver ses propres activités.

11. On peut attendre des administrateurs confrontés à ce type de conflits qu'ils agissent de manière raisonnable et prennent des mesures appropriées pour remédier à la situation. En fonction de la situation, l'administrateur devra peut-être définir la nature et l'étendue du conflit, conformément à la loi applicable, et déterminer la manière de le régler. Dans certaines circonstances, il peut suffire qu'il communique aux conseils d'administration des membres concernés des informations pertinentes relatives au conflit (notamment à sa nature et à sa portée), tandis que dans d'autres, il sera raisonnable de transmettre ce type d'informations plus largement aux créanciers et aux autres parties prenantes, y compris aux conseils d'administration d'autres membres du groupe d'entreprises. La communication de ces informations peut être suffisante pour attester du maintien de l'intégrité de l'administrateur, et tout défaut d'impartialité ou d'indépendance de sa part pourra être évalué au regard des éléments communiqués.

12. Dans certaines circonstances, il peut être souhaitable que l'administrateur s'abstienne de participer à toute décision relative au conflit qui doit être prise par les conseils d'administration concernés ou d'assister à des réunions où des questions connexes seront abordées; il convient alors de noter qu'il s'agit d'un comportement intentionnel et non d'une omission. Il peut être possible, dans certains cas, de nommer des membres du conseil supplémentaires ou des remplaçants et, si le conflit ne peut pas être résolu, l'administrateur peut envisager en dernier recours de démissionner du conseil de l'un ou l'autre des membres concernés. En

pareil cas, le conseil dont l'administrateur démissionne peut être celui d'un membre solvable ou insolvable du groupe d'entreprises. Si cette possibilité de démission peut mettre fin au dilemme de l'administrateur, elle occulte cependant le problème de fond et risque d'aggraver la situation, surtout dans la période précédant l'insolvabilité, si elle prive le ou les membres concernés du groupe des compétences nécessaires pour remédier à leurs difficultés financières. Comme il est indiqué dans la première section (chap. II, par. 27), le fait que l'administrateur démissionne du conseil ne l'exonérera pas de toute responsabilité, car certaines lois prévoient qu'il laisserait ainsi entendre que sa démission était liée à l'insolvabilité ou qu'il n'a pas pris de mesures raisonnables pour limiter au minimum les pertes des créanciers face à une insolvabilité imminente.

13. Il peut être essentiel, pour que l'administrateur puisse s'acquitter des obligations liées au conflit, de mettre en œuvre une bonne gouvernance d'entreprise, c'est-à-dire qui facilite l'analyse de la situation du membre du groupe dont découle le conflit et consigne les motifs des mesures prises. Toutefois, une politique en matière de gouvernance d'entreprise ne saurait remplacer ou limiter les obligations de l'administrateur envers le ou les membres du groupe d'entreprises. Elle fournit des indications quant aux mesures considérées comme raisonnables pour la gestion du conflit. Il est également possible que des différences de politiques ou de normes en matière de gouvernance d'entreprise entre les membres d'un groupe d'entreprises entraînent des conclusions et des solutions contradictoires, que les administrateurs doivent soigneusement examiner et évaluer.

### ***Recommandations 269 et 270***

#### **Objet des dispositions législatives**

Les dispositions sur les conflits d'obligations visent à tenir compte des cas où l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises occupe ce même poste ou exerce des fonctions de direction ou de gestion dans un ou plusieurs autres membres de ce groupe, qu'il s'agisse de l'entreprise mère ou d'un membre du groupe qu'elle contrôle. Cette situation peut donner naissance, dans la période précédant l'insolvabilité, à un conflit entre les obligations dues aux différents membres du groupe d'entreprises, ce qui peut avoir des incidences sur les mesures à prendre pour s'acquitter de ces obligations.

## Contenu des dispositions législatives

### *Conflit d'obligations*

269. La loi relative à l'insolvabilité devrait régir le cas où, à compter du moment visé dans la recommandation 257, l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises qui occupe ce même poste ou exerce des fonctions de direction ou de gestion dans un ou plusieurs autres membres de ce groupe se trouve face à un conflit entre les obligations qu'il doit aux créanciers et à d'autres parties prenantes de ces différents membres du groupe d'entreprises.

### *Mesures raisonnables aux fins de la gestion d'un conflit d'obligations*

270. La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir que l'administrateur qui fait face à un conflit d'obligations devrait prendre des mesures raisonnables pour le gérer. Ces mesures raisonnables peuvent être les suivantes :

a) Prendre conseil afin d'établir la nature et l'étendue des différentes obligations;

b) Identifier les personnes devant être informées du conflit d'obligations et leur communiquer des informations pertinentes, relatives notamment à la nature et à l'étendue du conflit;

c) Déterminer les cas où l'administrateur ne devrait pas i) participer aux décisions du conseil d'administration de tout membre concerné du groupe d'entreprises sur les questions donnant lieu à un conflit d'obligations, ou ii) assister aux réunions de conseils d'administration lors desquelles ce type de questions sera examiné;

d) Demander la nomination d'un administrateur supplémentaire lorsque le conflit d'obligations ne peut pas être résolu; et

e) En dernier recours, en l'absence d'autre solution, démissionner du ou des conseils d'administration concernés.



## **Annexe V**

# **Décisions de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international adoptées le 18 juillet 2013 et le 15 juillet 2019, et résolution 68/107 B de l'Assemblée générale**

### **A. Décisions de la Commission**

1. À sa 973<sup>e</sup> séance, le 18 juillet 2013, la Commission a adopté la décision suivante :

*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

*Reconnaissant* que des régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen d'encourager le développement économique et l'investissement, de favoriser l'activité des entreprises et de préserver l'emploi,

*Considérant* que des régimes d'insolvabilité efficaces, outre qu'ils proposent un processus juridique prévisible pour faire face aux problèmes financiers des entreprises en difficulté et le cadre nécessaire à leur redressement efficace ou à leur liquidation ordonnée, donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et en particulier la conduite des administrateurs de ces entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité,

*Notant* que le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*<sup>1</sup> traite des obligations des administrateurs une fois ouverte la procédure d'insolvabilité

---

<sup>1</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.05.V.10.

mais pas de leur conduite dans la période précédant l'insolvabilité ni des obligations qui pourraient leur incomber pendant cette période,

*Considérant* qu'inciter les administrateurs à agir rapidement pour limiter les effets des difficultés financières d'une entreprise peut jouer un rôle clef dans son redressement ou sa liquidation et que de telles incitations devraient faire partie intégrante d'un régime d'insolvabilité efficace,

*Se félicitant* du soutien et de la participation que des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité ont apportés à l'élaboration d'une partie supplémentaire du *Guide législatif* traitant des obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité,

*Remerciant* le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour élaborer la quatrième partie du *Guide législatif*, relative aux obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité,

1. *Adopte* la quatrième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, à savoir le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.113, tel que révisé par le Groupe de travail à sa quarante-troisième session (voir A/CN.9/766) et par la Commission à sa session en cours (voir rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-sixième session (A/68/17), par. 202), et autorise le Secrétariat à éditer et à finaliser le texte de la quatrième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* en tenant compte de ces révisions;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, notamment sous forme électronique, le texte de la quatrième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, de le transmettre aux gouvernements et aux organismes intéressés, et d'envisager de regrouper les quatre parties du *Guide législatif* et de les publier, notamment sous forme électronique, à une date ultérieure;

3. *Recommande* que tous les États utilisent le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime d'insolvabilité et en tiennent compte lorsqu'ils modifieront leur législation en matière d'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États ayant utilisé le *Guide* à l'en informer.

2. À sa 1099<sup>e</sup> séance, le 15 juillet 2019, la Commission a adopté la décision suivante :

*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,*

*Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, qui porte création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

*Reconnaissant* que des régimes d'insolvabilité efficaces sont de plus en plus considérés comme un moyen d'encourager le développement économique et l'investissement, de favoriser l'activité des entreprises et de préserver l'emploi,

*Considérant* que des régimes d'insolvabilité efficaces devraient prévoir un processus juridique prévisible pour faire face aux difficultés financières des entreprises débitrices et le cadre nécessaire à leur redressement efficace ou à leur liquidation ordonnée, et également donner la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité, en particulier la conduite des administrateurs de ces entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité,

*Rappelant* l'adoption de la quatrième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (2013)<sup>1</sup>, qui traite des obligations des administrateurs d'entreprises ne faisant pas partie d'un groupe dans la période précédant l'insolvabilité,

*Notant* l'importance que revêtent les groupes d'entreprises, qu'ils soient constitués au niveau national ou international, pour le commerce et les échanges internationaux dans une économie mondiale de plus en plus globalisée,

*Rappelant* l'adoption de la troisième partie du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (2010)<sup>2</sup>, relative au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, et de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises (2019)<sup>3</sup>,

*Rappelant* aussi que les travaux sur les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité ont été menés par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) parallèlement à ceux visant à élaborer un projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, compte tenu du fait que ni la troisième ni la quatrième partie du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* ne traitaient de la situation où un administrateur était

<sup>1</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), par. 204.

<sup>2</sup> Ibid., soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 233.

<sup>3</sup> Ibid., soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 110 et annexe II.

nommé à un poste de direction ou de gestion, ou occupait un tel poste, auprès de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, et où un conflit naissait dans le cadre de l'exécution des obligations dues aux différents membres du groupe,

*Remerciant* le Groupe de travail V d'avoir élaboré une section supplémentaire de la quatrième partie du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, qui traite des obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité, en mettant l'accent sur l'exécution des obligations qu'un administrateur doit aux différents membres du groupe d'entreprises,

*Se félicitant* de la participation à ces travaux d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité,

*Convaincue* qu'un cadre juridique régissant les conflits entre les obligations dues aux créanciers et à d'autres parties prenantes de différents membres d'un groupe d'entreprises, compte dûment tenu d'autres considérations, en particulier du redressement des entreprises, devrait faire partie intégrante d'un régime d'insolvabilité efficace,

1. *Adopte* une section supplémentaire de la quatrième partie du *Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le droit de l'insolvabilité* concernant les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité, figurant dans le document A/CN.9/990 ;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, y compris sous forme électronique, la quatrième partie du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* comprenant une section supplémentaire sur les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, et de la diffuser largement auprès des gouvernements et d'autres organismes intéressés ;

3. *Recommande* que tous les États utilisent le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime d'insolvabilité et en tiennent compte lorsqu'ils modifieront leur législation en matière d'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États ayant utilisé le *Guide législatif* à l'en informer.



## B. Résolution 68/107 B de l'Assemblée générale

Le 16 décembre 2013, l'Assemblée générale a adopté la résolution suivante :

### **Quatrième partie du *Guide législatif* sur le droit de l'insolvabilité**

*L'Assemblée générale,*

*Rappelant* sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant à celle-ci pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

*Rappelant également* sa résolution 59/40 du 2 décembre 2004, par laquelle elle a recommandé l'utilisation du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>1</sup>, et sa résolution 65/24 du 6 décembre 2010, par laquelle elle a recommandé l'utilisation de la troisième partie du *Guide*, consacrée au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité,

*Considérant* que tout bon régime d'insolvabilité, outre qu'il doit proposer un processus juridique prévisible pour régler les problèmes financiers des entreprises en difficulté et le cadre nécessaire à leur redressement efficace ou à leur liquidation ordonnée, devrait aussi permettre d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité, et en particulier la conduite des administrateurs de ces entreprises pendant la période précédant la procédure d'insolvabilité,

*Notant* que le *Guide législatif* traite des obligations des administrateurs une fois la procédure d'insolvabilité entamée mais pas de leur conduite dans la période précédant l'insolvabilité ni des obligations qui pourraient leur incomber pendant cette période,

*Considérant* que les incitations offertes aux administrateurs pour qu'ils prennent à temps les mesures voulues afin de limiter les effets des difficultés financières d'une entreprise peuvent jouer un rôle clef dans son redressement ou sa

---

<sup>1</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.05.V.10.

liquidation et qu'elles devraient faire partie intégrante de tout bon régime d'insolvabilité,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir mis au point et adopté la quatrième partie du *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, traitant des obligations des administrateurs d'entreprise dans la période précédant l'insolvabilité<sup>2</sup>;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, notamment sous forme électronique, le texte de la quatrième partie du *Guide législatif* et de le transmettre aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime d'insolvabilité et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation en matière d'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États ayant utilisé le *Guide* à en informer la Commission.

---

<sup>2</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), chap. V, sect. B.



