



Assemblée générale

Distr. limitée
13 mars 2015
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-septième session
New York, 26-29 mai 2015

Droit de l'insolvabilité

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-4	2
Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (quatrième partie): obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité – groupes d'entreprises.	1-27	3
I. Généralités.	4-14	3
II. Éléments des obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité.	15-27	7
A. Nature des obligations.	15-18	7
Recommandations 267 et 268.		8
B. Identification des parties redevables des obligations	19-22	11
C. Obligations contradictoires.	23-27	12
Recommandations 269 et 270.		13



Introduction

1. La troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité porte sur le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité et contient des informations de fond sur la nature des groupes d'entreprises; les raisons motivant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises; ce qui constitue un groupe d'entreprises en se fondant notamment sur les notions de propriété et de contrôle; et la réglementation des groupes d'entreprises. La quatrième partie du Guide législatif traite des obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité, en examinant les questions que soulèvent ces obligations au cours de cette période et, en particulier, la raison pour laquelle les obligations prévues à ce moment précis sont imposées par application du droit de l'insolvabilité, plutôt que du droit des sociétés. Aucune de ces deux parties ne traite toutefois des questions particulières qui peuvent affecter les obligations des administrateurs d'entreprises qui remplissent cette fonction pour un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises.

2. À sa quarante-quatrième session (décembre 2013), le Groupe de travail est convenu qu'il importait d'examiner les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité, étant donné que ce domaine posait manifestement de difficiles problèmes pratiques et que des solutions bénéficieraient grandement au fonctionnement de régimes d'insolvabilité efficaces. Il a cependant noté que les éventuelles solutions devraient être examinées avec soin, afin qu'elles n'entravent pas le redressement de l'entreprise, n'empêchent pas les administrateurs de continuer à chercher à faciliter ce redressement ni ne les poussent à ouvrir prématurément une procédure d'insolvabilité. Compte tenu de ces considérations, il est convenu qu'il serait utile d'examiner comment la quatrième partie du Guide législatif pourrait être appliquée au contexte de groupes d'entreprises et d'identifier toute autre question qu'il pourrait être nécessaire de traiter (comme les conflits entre les obligations d'un administrateur envers sa propre entreprise et les intérêts du groupe).

3. Le Groupe de travail a entamé les délibérations à ce sujet à sa quarante-sixième session (décembre 2014), en se fondant sur un projet élaboré par le secrétariat suite aux consultations menées avec un groupe informel d'experts, comme il en avait fait la demande (A/CN.9/WG.V/WP.125).

4. Pour établir la présente note, le secrétariat s'est fondé sur les délibérations et conclusions du Groupe de travail à sa quarante-sixième session (décembre 2014) (A/CN.9/829, par. 12 à 32). On trouvera ci-après les modifications apportées aux projets de recommandations 267 à 270 (précédemment numérotées 255 (groupes d'entreprises), 256 (groupes d'entreprises), 256 (groupes d'entreprises) *bis* et 256 (groupes d'entreprises) *ter*), ainsi qu'un premier projet de commentaire. Conformément à la décision du Groupe de travail, le texte a été élaboré de manière à constituer une section supplémentaire de la quatrième partie du Guide législatif. Les notes destinées au Groupe de travail concernant les modifications qu'il est proposé d'apporter aux recommandations apparaissent sous forme de notes de bas de page.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (quatrième partie): obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité – groupes d'entreprises

Introduction et objet de la présente section

1. La présente section de la quatrième partie se fonde sur les recommandations 255 à 266 de la première section, qui traitent des obligations des administrateurs d'entreprises pendant 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), la présente section examine comment ces recommandations pourraient être modifiées pour s'appliquer au contexte de groupes d'entreprises. Les recommandations 257 à 266 de la première section de la quatrième partie, telles que formulées, s'appliquent également au contexte de groupes d'entreprises. Toutefois, les références aux recommandations 255 et 256 qui y figurent doivent être comprises comme des références aux recommandations 267 et 268.

2. Des recommandations supplémentaires (269 et 270) ont été élaborées pour traiter de la situation où un administrateur est nommé à un poste de direction ou de gestion, ou occupe un tel poste, dans plusieurs membres du groupe, et où des conflits naissent en raison des obligations dues aux différents membres du groupe.

3. La présente section utilise la même terminologie que les autres parties du Guide législatif. Pour aider le lecteur, elle devrait être lue en parallèle avec la troisième partie et la première section de la quatrième partie.

I. Généralités

4. La première section de la quatrième partie du Guide législatif examine les obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité, en indiquant la manière dont elles sont traitées dans les différentes lois existantes. Si certains pays ont élaboré des dispositions visant à imposer des obligations aux administrateurs dans ce cas, les avantages et inconvénients relatifs de tels régimes font depuis longtemps l'objet d'un débat¹. La première section de la quatrième partie souligne que des mesures doivent être prises rapidement lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à des difficultés financières, pour enrayer le déclin et faciliter le sauvetage ou le redressement de l'entreprise. Elle note également que si les lois sur l'insolvabilité dans de nombreux pays ont davantage mis 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 possibilités². La première section encourage l'élaboration de mesures d'incitation appropriées en recensant, en vue de leur incorporation dans la loi relative à l'insolvabilité, les obligations fondamentales de l'administrateur d'une entreprise dans la période précédant l'insolvabilité et les

¹ Guide législatif, quatrième partie, par. 8 à 10.

² Ibid., par. 6.

mesures qui peuvent être prises pour s'en acquitter. Ces obligations ne deviendraient exécutoires qu'à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

5. Dans le contexte des groupes d'entreprises, la question des obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité ne semble pas clairement traitée ni régie en détail dans les législations nationales. Si le concept de groupes d'entreprises a été examiné et défini dans de nombreux pays, la question des obligations des administrateurs dans de telles situations est loin d'être entièrement réglée³.

6. La troisième partie du Guide législatif, relative au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, note que ces groupes se caractérisent souvent par divers degrés d'intégration économique (du très centralisé au relativement indépendant) et types de structure organisationnelle (verticale ou horizontale), qui créent des relations complexes entre les membres du groupe et peuvent impliquer divers niveaux de propriété et de contrôle. Ces facteurs, de même que l'adhésion au principe de l'entité distincte et l'absence généralisée de reconnaissance explicite de la réalité des groupes dans la législation applicable aux différents membres d'un groupe, soulèvent un certain nombre de questions concernant les administrateurs de membres de groupes d'entreprises. L'adhésion au principe de l'entité distincte implique habituellement qu'un administrateur encourage la réussite et défende les intérêts de l'entreprise qu'il dirige, en respectant la responsabilité limitée de cette entreprise et en veillant à ce que ses intérêts ne soient pas sacrifiés en faveur des intérêts du groupe, indépendamment des intérêts du groupe dans son ensemble, de la position qu'occupe cette entreprise dans la structure du groupe, du degré d'indépendance ou d'intégration entre les membres du groupe et de l'incidence de la propriété et du contrôle. Toutefois, lorsque pour exercer ses activités, une entreprise qui fait partie d'un groupe s'appuie, du moins dans une certaine mesure, sur d'autres membres du groupe pour assumer certaines fonctions essentielles (par exemple les finances, la comptabilité, les services juridiques, les fournisseurs, les marchés, la gestion, la prise de décision ou la propriété intellectuelle), il peut être difficile, voire impossible, de régler les difficultés financières de cette entreprise prise séparément. La troisième partie examine en détail la réalité économique actuelle des groupes d'entreprises et, dans le contexte de l'insolvabilité, l'impact du traitement des membres d'un groupe d'entreprises en tant qu'entités distinctes sur le règlement des difficultés financières de certains membres du groupe ou du groupe pris plus largement⁴.

7. L'obligation d'agir dans l'intérêt de l'entreprise qu'il dirige peut devenir encore plus complexe, dans le contexte des groupes, lorsque l'administrateur d'un membre exerce cette fonction ou occupe un poste de gestion ou de direction dans d'autres membres du groupe. Dans une telle situation, l'administrateur peut avoir du mal à cerner les intérêts de chaque membre du groupe et à les traiter séparément. En effet, il devra peut-être évaluer les intérêts des membres concernés du groupe les uns par rapport aux autres, les mettre en balance avec les objectifs économiques ou les besoins, peut-être concurrents, d'autres membres du groupe et avec ceux du groupe d'entreprises dans son ensemble. De plus, pour trouver le bon équilibre, il

³ A/CN.9/WG.V/WP.115, par. 40. Ce document examine la manière dont cette question est traitée dans différents pays.

⁴ Guide législatif, troisième partie, chap. I.

devra peut-être examiner les incidences à court et à long termes sur les intérêts des différents membres du groupe, voire accepter de sacrifier, ne serait-ce qu'à court terme, les intérêts de certains membres du groupe pour obtenir un avantage à plus long terme.

8. Parmi les exemples de situations dans lesquelles un administrateur pourra devoir mettre en balance les intérêts de certains membres du groupe et ceux du groupe plus largement, on peut envisager les cas suivants: lorsqu'un membre du groupe fournit un financement à un autre membre ou se porte garant pour un financement fourni par un prêteur externe à un autre membre du groupe, dans le cadre d'une tentative de sauvetage du groupe dans son ensemble, et de son entreprise en particulier; lorsqu'un membre du groupe accepte de transférer son activité ou ses actifs, de céder une opportunité d'affaires 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; ou lorsqu'un membre du groupe 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.

9. Ce type de considérations peuvent être pertinentes pendant la période précédant l'insolvabilité, à un moment où il peut être nécessaire de renforcer le contrôle et la coordination des activités du groupe pour maximiser l'efficacité et trouver des solutions aux 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, dans l'intérêt d'autres membres, notamment par le biais de transferts d'actifs, du détournement d'opportunités commerciales 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.

10. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt du membre du groupe qu'il dirige, l'administrateur peut nécessiter une certaine souplesse pour évaluer les différents intérêts en concurrence et il devra peut-être agir dans l'intérêt d'autres membres du groupe ou du groupe dans son ensemble lorsque cela est dans l'intérêt supérieur du membre concerné. Dans la mesure où la ligne de conduite qu'il choisit de suivre dans de telles circonstances est raisonnable et contribue à éviter l'insolvabilité ou à en minimiser l'impact sur le membre du groupe qu'il dirige, l'administrateur ne devrait pas répondre du manquement à ses obligations.

11. 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 qu'ils dirigent, dans certains pays, ils peuvent être autorisés à tenir compte, par exemple, des avantages commerciaux directs ou indirects que ce membre pourra retirer d'une stratégie adoptée à l'égard d'autres membres du groupe et de la mesure dans laquelle la prospérité de ce membre ou sa survie dépend de la santé de l'ensemble du groupe. Toutefois, un avantage collectif n'est généralement pas en lui-même une justification suffisante. En outre, les administrateurs devront peut-être aussi tenir compte de tout préjudice raisonnablement prévisible que ce membre

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 pour un prêt à un autre membre du groupe.

12. Dans d'autres pays, les administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe sont autorisés à agir dans l'intérêt de l'ensemble du groupe lorsque certaines conditions sont réunies: si le groupe a une structure équilibrée et fermement établie; si le membre du groupe a participé à la politique cohérente et à long terme du groupe; et si les administrateurs ont présumé raisonnablement et de bonne foi que tout préjudice subi par leur entreprise serait compensé le moment venu par d'autres avantages. Selon une autre approche, l'administrateur d'une entreprise faisant partie d'un groupe peut agir dans l'intérêt de l'entreprise mère à condition que cela ne nuise pas à la capacité du membre du groupe de payer ses propres créanciers et que l'administrateur soit autorisé à le faire, soit par les statuts de l'entreprise soit par les actionnaires, selon que le membre du groupe est détenu en propriété exclusive ou partielle. Selon ces législations, le membre du groupe ne doit pas être insolvable au moment de l'intervention de l'administrateur et ne doit pas le devenir à la suite de celle-ci.

13. 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 pour remplir ses obligations pendant 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 pendant la période précédant l'insolvabilité. 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 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 les entrepreneurs.

14. La présente section ne traite pas des obligations des administrateurs qui peuvent relever du droit pénal, du droit des sociétés ou de la législation sur les délits civils. 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. Éléments des obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité

A. Nature des obligations

15. La raison d'être des obligations imposées aux administrateurs d'entreprises proches de l'insolvabilité, qui est examinée dans la première section de la quatrième partie, aux paragraphes 1 à 7, est également applicable dans le contexte des groupes d'entreprises. Les obligations de l'administrateur d'un membre d'un groupe sont identiques aux obligations fondamentales définies dans la recommandation 255, mais il est possible de prévoir une disposition permettant de prendre en compte le contexte plus large de la réalité économique du groupe d'entreprises lorsqu'il s'agit de définir les mesures qu'un administrateur devrait prendre pour éviter d'être tenu responsable du manquement à ces obligations. Parmi les facteurs qui peuvent être pris en compte figurent la position qu'occupe ce membre dans le groupe d'entreprises, le degré d'intégration entre les membres du groupe (mentionné dans la recommandation 217 de la troisième partie) et la possibilité de maximiser la valeur du groupe en trouvant une solution à ses difficultés financières incluant le groupe dans son ensemble ou certains de ses éléments. De telles solutions peuvent exiger que l'administrateur d'un membre d'un groupe en difficulté financière prenne des mesures qui peuvent sembler, à première vue, porter préjudice à ce membre, mais qui, à terme, permettront d'obtenir un meilleur résultat et garantiront la poursuite de son exploitation et la maximisation de sa valeur. S'il prend ce type de mesures alors qu'il est peu probable qu'elles bénéficient au membre du groupe en difficulté financière, un administrateur peut être jugé responsable de ne pas s'être acquitté de ses obligations de manière raisonnable.

16. L'un des facteurs qu'un administrateur qui évalue les mesures à prendre pour résoudre les difficultés financières du membre qu'il dirige devra garder à l'esprit est l'impact de ces mesures sur les créanciers de ce membre, surtout lorsqu'il faut tenir compte des intérêts du groupe pris plus largement. La recommandation 255 prévoit que les administrateurs doivent tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes. Les intérêts des créanciers de ce membre peuvent être préservés par l'application de la règle voulant que l'adoption de mesures n'entraîne pas une détérioration de la position des créanciers par rapport au statu quo.

17. La première section de cette partie examine les types de mesures qu'un administrateur sera normalement censé prendre pour remédier aux difficultés financières, éviter le début de l'insolvabilité et, si celle-ci est inévitable, en minimiser les effets (quatrième partie, chap. II, par. 5). Ces mesures, qui restent pertinentes dans le contexte des groupes, peuvent être complétées par des mesures supplémentaires, en fonction de la situation de fait, qui nécessiteront un certain degré d'assistance mutuelle et de coopération avec les autres membres du groupe. Ces mesures supplémentaires peuvent être influencées par la position du membre dans le groupe d'entreprises. Avant de les définir, il faudra également déterminer si le fait d'appuyer la mise en œuvre d'une solution à l'échelle 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 ce membre du groupe. On pourra notamment envisager d'examiner les éléments suivants: les obligations tant

financières que juridiques du membre concerné envers les autres membres du groupe; les opérations qui devraient (ou ne devraient pas) être réalisées avec d'autres membres du groupe; les sources possibles et la disponibilité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, y compris l'octroi d'un financement par le membre concerné aux autres membres du groupe; et les incidences des solutions possibles, qu'elles soient limitées au membre concerné ou impliquent le groupe plus largement, sur les créanciers et autres parties prenantes du membre concerné. Un administrateur pourra aussi envisager d'organiser des négociations informelles avec les créanciers, notamment des négociations volontaires de restructuration, en vue de trouver une solution à l'échelle du groupe ou pour certains de ses éléments qui sera favorable au membre concerné.

18. Lorsque l'insolvabilité est inévitable et qu'une procédure formelle doit être engagée, un administrateur peut déterminer le tribunal qui devra être saisi, surtout lorsqu'il est possible de présenter une demande conjointe avec d'autres membres du groupe et de coordonner les procédures sur le plan procédural, comme évoqué dans la troisième partie⁵.

Recommandations 267 et 268

Objet des dispositions législatives

Les dispositions régissant les obligations des personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'un membre d'un groupe d'entreprises, 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 du 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 du membre d'un groupe d'entreprises dans le groupe sur la manière dont ce membre devrait être géré en cas d'insolvabilité imminente ou inévitable, ainsi que 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 un membre d'un groupe d'entreprises d'être géré, au besoin, d'une manière qui permette de maximiser la valeur du groupe d'entreprises en encourageant les approches visant à résoudre l'insolvabilité pour le groupe d'entreprises dans son ensemble ou pour certains de ses éléments, tout en veillant à ce que les créanciers de ce membre du groupe et les autres parties prenantes ne se trouvent pas dans une position plus défavorable que si ce membre n'avait pas été géré de manière à encourager ce type d'approches en vue d'un règlement.

Les alinéas a) à d) seront appliqués de manière à:

- a) Ne pas compromettre inutilement le succès du redressement du membre du groupe d'entreprises, en tenant compte de la possibilité de maximiser la valeur

⁵ Guide législatif, troisième partie, recommandations 202 à 210.

du groupe et de promouvoir une solution à l'insolvabilité à l'échelle 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) Ne pas décourager la participation à la gestion d'entreprises, en particulier de celles en difficulté financière; ou

c) Ne pas empêcher l'exercice d'un jugement commercial raisonnable ni la prise de risques commerciaux raisonnables.

Contenu des dispositions législatives

Les obligations⁶

Variante 1

267. (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 du membre du groupe d'entreprises dont elles sont administrateurs et, dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec cette obligation, elles peuvent prendre des mesures pour promouvoir une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe ou pour certains de ses éléments. Pour ce faire, des mesures raisonnables peuvent notamment viser à:

a) Éviter l'insolvabilité du membre du groupe dont elles sont administrateurs; et

b) Lorsque l'insolvabilité de ce membre du groupe est inévitable, en réduire les incidences sur les créanciers et les autres parties prenantes de ce membre, en tenant compte de l'avantage qu'il pourrait y avoir à maximiser la valeur du groupe d'entreprises dans son ensemble, de la position du membre au sein du groupe et du degré d'intégration entre les membres du groupe.

Variante 2

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

b) Dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec ces obligations, l'administrateur du membre d'un groupe d'entreprises peut prendre des mesures

⁶ **Note à l'intention du Groupe de travail**

La **variante 1** correspond à la recommandation 255 de la quatrième partie, mais elle a été étoffée pour être adaptée au contexte des groupes et contient des considérations supplémentaires à l'alinéa b), qui renvoient spécifiquement au contexte des groupes, conformément à ce dont le Groupe de travail était convenu à sa quarante-sixième session (A/CN.9/829, par. 16 à 19).

La **variante 2** a été élaborée par le secrétariat pour souligner l'importance primordiale des obligations d'un administrateur envers les entreprises qu'il dirige. Par conséquent, elle précise à l'alinéa a) que la recommandation 255 constitue le point de départ pour les obligations d'un administrateur dans le contexte des groupes d'entreprises. L'alinéa b), qui introduit le contexte des groupes, intègre des mots du chapeau et de l'alinéa b) de la variante 1, de manière à inclure les aspects spécifiques au contexte des groupes dans les facteurs à prendre en compte pour s'acquitter des obligations visées dans la recommandation 255 et à refléter plusieurs suggestions formulées à la quarante-sixième session (voir par exemple A/CN.9/829, par. 18).

raisonnables pour promouvoir une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe ou pour certains de ses éléments. Pour ce faire, l'administrateur peut tenir compte des avantages qu'il pourrait y avoir à maximiser la valeur du groupe d'entreprises dans son ensemble, de la position du membre au sein du groupe et du degré d'intégration entre les membres du groupe, tout en veillant à ce que les créanciers de ce membre du groupe et les autres parties prenantes ne se trouvent pas dans une position plus défavorable que si des mesures n'avaient pas été prises pour promouvoir une telle solution.

Mesures raisonnables aux fins de la recommandation 267⁷

268. (256) Aux fins des recommandations 255 et 267, et dans la mesure [du possible] [où ce n'est pas incompatible avec les obligations de l'administrateur envers le membre du groupe dont il est administrateur], des mesures raisonnables dans le contexte des groupes d'entreprises pourraient être les suivantes, outre celles énoncées dans la recommandation 256:

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 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 si des opérations devraient être réalisées avec d'autres membres du groupe, ainsi que les sources possibles et la disponibilité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure;
 - c) Évaluer si les créanciers du membre du groupe d'entreprises et les autres parties prenantes ne seraient pas mieux servis par une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe ou pour certains de ses éléments;
 - d) Appuyer la mise en œuvre d'une solution à l'échelle du groupe ou pour certains de ses éléments; et
 - e) Tenir des négociations informelles avec les créanciers et y participer, notamment des négociations volontaires de restructuration⁸, organisées pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments.
2. Dans le cas où une procédure d'insolvabilité formelle doit être engagée, déterminer le tribunal qui devrait être saisi, voir si une demande conjointe⁹ avec d'autres membres concernés du groupe d'entreprises est possible ou appropriée, et si les procédures devraient être coordonnées sur le plan procédural¹⁰.

⁷ **Note à l'intention du Groupe de travail:** Le projet de recommandation 268 a été modifié selon ce dont il était convenu à sa quarante-sixième session (A/CN.9/829, par. 21 à 24).

⁸ Guide législatif, première partie, par. 2 à 18.

⁹ Ibid., troisième partie, recommandations 199 à 201.

¹⁰ Ibid., troisième partie, recommandations 202 à 210.

B. Identification des parties redevables des obligations

19. Il peut être plus difficile de déterminer les personnes responsables de prendre des décisions de gestion dans un groupe d'entreprises que dans une entreprise individuelle. Différents niveaux de gestion et d'influence peuvent avoir des incidences sur les affaires des différents membres d'un groupe et la manière dont ils mènent leurs activités, surtout lorsque l'insolvabilité est imminente. Une telle influence peut empêcher l'administrateur d'un membre de prendre des mesures appropriées pour remédier à ses difficultés financières ou impliquer ce membre dans les difficultés financières d'autres membres du groupe, au détriment des créanciers du membre du groupe qu'il dirige. Cela peut se produire dans de nombreuses circonstances, notamment lorsque les conseils d'administration des deux membres se composent pour l'essentiel des mêmes personnes; lorsque la majorité du conseil d'un membre est nommée 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; et lorsqu'un membre du groupe intervient de manière systématique et omniprésente dans la gestion d'un autre membre, généralement dans le cas d'une entreprise mère contrôlant un autre membre du groupe.

20. Dans certains groupes, il peut également être difficile de définir précisément les frontières entre les membres parce que les responsabilités de gestion sont mal établies entre les différents conseils d'administration. En outre, les dirigeants et les décideurs concernés peuvent être employés par des membres du groupe séparés par plusieurs maillons du membre en question et l'identité et la responsabilité distinctes de ce membre peuvent être négligées dans les activités quotidiennes du groupe. Dans de telles situations, des questions peuvent se poser quant aux obligations de ces personnes pour ce qui est des activités menées par le membre du groupe en question et vis-à-vis du membre du groupe qui les emploie.

21. Les personnes susceptibles d'être considérées comme un administrateur dans le contexte des groupes peuvent inclure un autre membre du groupe ou l'administrateur d'un autre membre du groupe, y compris un administrateur occulte¹¹ de cet autre membre. Si certaines lois ne permettent pas au membre d'un groupe d'être officiellement nommé administrateur d'un autre membre, il peut néanmoins être considéré comme un administrateur occulte de celui-ci lorsqu'il exerce une influence sur les activités de ce membre, ou les dirige.

22. Les paragraphes 13 à 16 de la première section de cette partie traitent des parties redevables des obligations mentionnées ci-avant. 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 recense les types de fonctions qu'une telle personne est censée remplir.

¹¹ Ibid., quatrième partie, note 11 relative au par. 13.

C. Obligations contradictoires

23. Il arrive souvent, dans les groupes d'entreprises, qu'un administrateur exerce ses fonctions ou occupe un poste de gestion ou de direction dans 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 la manière dont les activités du groupe sont organisées¹². Quelle que soit la raison, un administrateur qui siège dans plusieurs conseils d'administration peut se trouver confronté, dans la période précédant l'insolvabilité, à un conflit entre les obligations dues aux différents membres du groupe lorsqu'il cherche à définir la stratégie la mieux à même de préserver la valeur et d'apporter la meilleure solution aux difficultés financières de chaque membre du groupe. La nature et la complexité du conflit peuvent tenir à la position des entités qu'il dirige dans la hiérarchie du groupe, au degré d'intégration entre les membres du groupe et aux modalités de contrôle et de propriété. Ainsi, lorsqu'un administrateur siège aux conseils d'administration de l'entreprise mère et d'un membre contrôlé du groupe, il devra peut-être prouver que toute opération impliquant l'entreprise mère a tenu compte du membre contrôlé du groupe et a été réalisée de manière juste et raisonnable à son égard.

24. En outre, les intérêts des membres du groupe qu'il dirige peuvent être étroitement liés à ceux du groupe pris plus largement, ce qui implique 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 pourront être considérées comme raisonnables lorsqu'elles sont examinées dans un contexte plus vaste. Ainsi, les activités d'une filiale peuvent dépendre des activités du groupe 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 les activités de la filiale elle-même.

25. Les administrateurs qui sont confrontés à un tel conflit sont censés agir de manière raisonnable et prendre les mesures appropriées pour remédier à la situation. En fonction de la situation de fait, un administrateur devra peut-être définir la nature précise du conflit, conformément à la loi applicable, et déterminer la manière de le régler. Dans certaines circonstances, il peut suffire qu'il déclare ce conflit aux conseils d'administration concernés, tandis que dans d'autres, il sera souhaitable qu'il divulgue cette information plus largement aux créanciers et aux autres parties prenantes, y compris aux conseils d'administration des autres membres du groupe. Une telle déclaration peut être suffisante pour démontrer l'intégrité de l'administrateur et tout défaut d'impartialité ou d'indépendance pourra être évalué au regard des faits révélés.

26. Dans certaines circonstances, il peut être souhaitable que l'administrateur évite 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 peut être possible, dans certains cas, de nommer un membre du conseil supplémentaire ou de remplacement et, si le conflit ne peut pas être résolu, l'administrateur peut envisager en dernier recours de démissionner de l'un ou

¹² Guide législatif, troisième partie, par. 6 à 15.

l'autre des conseils concernés. Cela peut impliquer de démissionner du conseil d'un membre solvable ou insolvable du groupe. Si cette possibilité de démissionner d'un conseil peut libérer l'administrateur de son dilemme, elle occulte le problème de fond et risque d'aggraver la situation, surtout pendant la période précédant l'insolvabilité, si elle prive le ou les membres affectés du groupe des compétences nécessaires pour remédier à leurs difficultés financières.

27. De bonnes pratiques au sein du conseil, qui consistent à analyser la situation des membres du groupe concernés par le conflit et à consigner les raisons motivant les mesures adoptées, peuvent aider l'administrateur à s'acquitter des obligations qui lui incombent en relation avec le conflit.

Recommandations 269 et 270

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions sur les conflits d'obligations est de 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, que ce soit l'entreprise mère ou un membre contrôlé du groupe. Cette situation peut donner naissance, dans la période précédant l'insolvabilité, à un conflit entre les obligations dues aux différents membres du groupe, ce qui peut avoir un effet sur les mesures prises pour s'acquitter de ces obligations.

Contenu des dispositions législatives

[Conflit d'obligations] [Obligations contradictoires]

269. (256 bis) La loi relative à l'insolvabilité devrait régir le cas où, dans la période précédant l'insolvabilité, 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 doit s'acquitter d'obligations contradictoires à l'égard des créanciers et d'autres parties prenantes de ces différents membres du groupe.

Mesures raisonnables aux fins de la recommandation 269

*Variante 1*¹³

270. (256 ter) La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir qu'un administrateur qui doit s'acquitter de telles obligations contradictoires devrait prendre des mesures raisonnables pour gérer un tel conflit entre ses obligations, notamment demander conseil afin d'établir la nature exacte des différentes obligations; informer les créanciers, les administrateurs des membres concernés et les autres parties prenantes des situations susceptibles de donner naissance à des obligations contradictoires; ne participer à aucune décision du conseil d'administration du même membre du groupe sur les questions donnant lieu à un tel conflit; [demander la nomination

¹³ **Note à l'intention du Groupe de travail:** La **variante 1** comprend les modifications arrêtées par le Groupe de travail à sa quarante-sixième session (A/CN.9/829, par. 27 à 29). Étant donné que l'administrateur confronté à un conflit peut ne pas être en mesure de nommer un administrateur supplémentaire, une formulation différente est proposée pour cette démarche.

d'un] [nommer un] administrateur supplémentaire lorsque le conflit d'obligations ne peut pas être résolu; et, en dernier recours, démissionner lorsqu'il n'y a pas d'autre solution et sous réserve que la démission n'aggrave pas la situation.

*Variante 2*¹⁴

270. (256 *ter*) La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir qu'un administrateur qui doit s'acquitter d'obligations contradictoires devrait prendre des mesures raisonnables pour gérer un tel conflit entre ses obligations. Ces mesures peuvent consister notamment à demander un avis professionnel afin d'établir la nature exacte des obligations contradictoires et la manière de les gérer, et à informer les autres administrateurs, les créanciers et les autres parties prenantes de la nature du conflit et des situations susceptibles de le déclencher. Pour déterminer si le conflit est correctement géré, un administrateur devrait examiner si les mesures prises sont suffisantes pour que les créanciers et les autres parties prenantes des membres du groupe dont il est administrateur ne se retrouvent pas dans une position plus défavorable que si le conflit n'était pas survenu. En dernier recours, l'administrateur peut avoir à démissionner du conseil d'administration de tout membre du groupe à l'égard duquel le conflit n'est pas correctement gérable.

*Variante 3*¹⁵

270. (256 *ter*) La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir qu'un administrateur qui doit s'acquitter de telles obligations contradictoires devrait prendre des mesures raisonnables pour gérer un tel conflit entre ses obligations. Ces mesures raisonnables peuvent consister à:

- a) Demander conseil afin d'établir la nature exacte des différentes obligations;
- b) Identifier les parties devant être informées du conflit d'obligations et leur communiquer les informations pertinentes;
- c) Déterminer lorsque l'administrateur ne devrait i) participer à aucune décision du conseil d'administration de tout membre concerné du groupe sur les questions donnant lieu à un tel conflit, ou ii) assister à aucune réunion du conseil qui examinera ce type de questions;

¹⁴ **Note à l'intention du Groupe de travail:** La **variante 2** a été proposée à la quarante-sixième session, mais n'a pas été examinée faute de temps (A/CN.9/829, par. 30).

¹⁵ **Note à l'intention du Groupe de travail:** La **variante 3** est une proposition élaborée par le secrétariat. Elle se fonde sur la variante 1, mais présente les mesures à prendre de manière plus générale. Ainsi, plutôt que d'énumérer les personnes que l'administrateur doit informer d'un conflit d'intérêts, elle précise que la mesure raisonnable consiste à identifier les parties devant être informées et à leur communiquer les informations pertinentes. Le commentaire relatif à la recommandation pourrait préciser certaines des parties qu'il conviendrait d'informer, y compris d'autres membres du conseil des membres du groupe concernés, voire le conseil d'administration d'autres membres du groupe. L'alinéa c) intègre certains éléments qui ont été ajoutés à la quarante-sixième session, tendant à prévoir la possibilité qu'un administrateur n'assiste pas à une réunion qui examinera des questions liées au conflit. À l'alinéa d), étant donné que l'administrateur confronté au conflit peut ne pas être en mesure de nommer un administrateur supplémentaire, une formulation différente est proposée.

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

e) En dernier recours, lorsqu'il n'y a pas d'autre solution et sous réserve que la démission n'aggrave pas la situation, démissionner du ou des conseils concernés.
