



Assemblée générale

Distr. limitée
17 septembre 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-deuxième session
Vienne, 26-30 novembre 2012**

Droit de l'insolvabilité

Obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-5	3
I. Obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité	6-51	4
A. Introduction	6-19	4
B. Identification des parties redevables des obligations	20-23	5
C. Naissance des obligations: la période précédant l'insolvabilité	24-27	5
D. Nature des obligations	28-33	6
E. Le critère applicable	34-37	8
F. Exécution des obligations des administrateurs et des dirigeants lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	38-51	8
1. Moyens de défense	38-40	8
2. Voies de droit	41-47	8
3. Droit d'agir	48-50	9
4. Financement de la procédure	51	11



Projets de recommandations 1 à 10		11
II. Questions relatives aux administrateurs et dirigeants de sociétés membres de groupes d'entreprises	52-60	18
A. Remarques générales	52-59	18
B. Questions à examiner	60	21
III. Questions internationales	61	21

Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107), qui avait recommandé des thèmes de travail possibles à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un autre document (A/CN.9/709), soumis après la session du Groupe de travail V, contenait des précisions concernant la proposition de la Suisse figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. À l'issue de la discussion, la Commission a fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V au paragraphe 104 du document A/CN.9/691, selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et prévisibilité.

3. La présente note porte sur le deuxième sujet, proposé par le Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), à savoir les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité¹. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'un débat approfondi, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient se concentrer uniquement sur les obligations et les responsabilités qui naissent dans le contexte de l'insolvabilité et qu'ils n'étaient pas censés couvrir des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. Le Groupe de travail a entamé l'examen de ce thème à sa trente-neuvième session (décembre 2010, Vienne) et l'a poursuivi à ses quarantième et quarante et unième sessions (octobre-novembre 2011, Vienne, et 30 avril-4 mai 2012, New York). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail figurent dans les rapports sur les travaux de ces sessions (A/CN.9/715, A/CN.9/738 et A/CN.9/742, respectivement).

5. Conformément à l'hypothèse de travail adoptée par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/742, par. 74) selon laquelle les travaux feraient partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la présente note contient à la fois un projet de commentaire (première partie, par. 6 à 51) et les recommandations 1 à 10, ainsi que des remarques générales sur les obligations des administrateurs et dirigeants dans le contexte des groupes d'entreprises (deuxième partie) et sur les questions internationales (troisième partie). Le texte ci-après fait fond sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.96, 100 et 104, ainsi que les décisions prises par le Groupe de travail à ses trente-neuvième, quarantième et quarante et unième sessions. Les paragraphes du projet de commentaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.104 qui n'ont pas été révisés ou ne comportent pas de

¹ Le premier sujet, centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet du document A/CN.9/WG.V/WP.107.

texte révisé n'ont pas été inclus dans la présente note et sont indiqués de la manière suivante: "6. [...]". Par souci de commodité, on a conservé dans la présente note la numérotation des paragraphes du document A/CN.9/WG.V/WP.104. Lorsqu'un paragraphe a été ajouté, il porte le numéro du paragraphe qui le précède, suivi d'une lettre. Pour mieux comprendre les modifications proposées dans la présente note, le lecteur est invité à la comparer avec le document A/CN.9/WG.V/WP.104.

I. Obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité

A. Introduction

6. [...]

7. [...]

8. À la fin de la première phrase, ajouter le membre de phrase "pendant la période précédant la procédure d'insolvabilité". À la troisième phrase, remplacer le membre de phrase commençant par "Néanmoins" et se terminant par "procédure" par le membre de phrase suivant: "La nature et l'étendue des obligations que les administrateurs et dirigeants pourraient avoir dans la période où la société connaît peut-être déjà des problèmes financiers mais n'est pas encore insolvable ne sont pas bien définies. Cependant, elles".

9. À la fin de la première phrase, ajouter le membre de phrase suivant: "qui seront cruciales pour la survie de la société et bénéficieront donc à ses propriétaires, à ses créanciers, à ses clients, à ses employés et à d'autres personnes". À la troisième phrase, ajouter le mot "concernées" après les mots "parties prenantes". Ajouter une nouvelle quatrième phrase et une nouvelle cinquième phrase libellées comme suit: "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." Modifier la dernière phrase comme suit: "Les administrateurs et dirigeants qui craignent les 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".

9A. Modifier la première phrase comme suit: "Les intérêts différents et motivations différentes des parties prenantes ne sont pas si faciles à concilier et peuvent constituer une source de conflit." Modifier les premières lignes de la deuxième phrase comme suit: "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" et les mots de la fin comme suit: "et ne laisse rien aux actionnaires".

10. À la quatrième phrase, dans le texte anglais, remplacer les mots "from trading" par "for trading". À la dernière phrase, modifier les derniers mots comme suit: "à agir en temps utile".

11. À la dernière phrase, modifier le passage du milieu comme suit: “à agir rapidement en engageant des négociations de restructuration ou une procédure de redressement, et à empêcher les administrateurs et dirigeants d’externaliser”.
12. À la troisième phrase, dans le texte anglais, remplacer le mot “they” par les mots “the obligations”. Aux troisième et quatrième phrases, remplacer le mot “dirigeants” par l’expression “administrateurs et dirigeants”.
13. Insérer une nouvelle seconde phrase libellée comme suit: “Une règle présumant d’une mauvaise gestion uniquement sur la base de difficultés financières conduit souvent des administrateurs et dirigeants par ailleurs compétents à partir, et l’occasion de redresser la société et de la rendre à nouveau rentable est manquée”. À la fin de la quatrième phrase, ajouter les mots suivants: “et devrait 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 la malchance ou des facteurs extérieurs”.
14. À la seconde phrase, remplacer le mot “évaluer” par les mots “peuvent être enclins à contester”. À la troisième phrase, dans le texte anglais, remplacer les mots “courts tend to” par les mots “courts have tended to”. À l’avant-dernière phrase, ajouter le mot “tous” devant les mots “les créanciers”.
15. À l’avant-dernière phrase, ajouter le mot “actuellement” avant les mots “dûment prises en compte”. Au début de la dernière phrase, ajouter le mot “Toutefois”.
16. Au début de la première phrase, ajouter les mots “Comme on l’a noté plus haut,”.
17. [...]
18. À la première phrase, dans le texte anglais, remplacer les mots “seeking to preserve” par le mot “preserving”. Dans la même phrase, ajouter les mots “les comportements illicites et” après le mot “décourager”. À la dernière phrase, ajouter le mot “vagues”, après le mot “inefficaces” et ajouter à la fin de la phrase les mots suivants: “et d’aggraver les difficultés financières qu’ils sont censés résoudre.”
19. À la dernière phrase, remplacer les mots “sont exécutoires” par les mots “deviennent exécutoires”.

B. Identification des parties redevables des obligations

20. [...]
21. [...]
22. Dans la seconde phrase, mettre entre crochets les mots “ou devrait prendre”.
23. [supprimé]

C. Naissance des obligations: la période précédant l’insolvabilité

24. Regrouper les deux premières phrases comme suit: Cette [partie] met l’accent sur les obligations qui peuvent naître à un moment quelconque précédant

l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et devenir exécutoires une fois la procédure ouverte et en conséquence de cette ouverture, s'appliquant rétroactivement d'une manière semblable aux dispositions d'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 150 et 152). Modifier la phrase commençant par "Ce concept" comme suit: "Ce concept pouvant sembler peu précis vise en fait à décrire la période où la stabilité financière d'une société se dégrade au point que si rien n'est fait et si aucune mesure corrective n'est prise, 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) du Guide législatif) ou inévitable." Ajouter deux nouvelles phrases libellées comme suit: "Déterminer exactement le moment où naissent ces obligations est une question cruciale pour les administrateurs et dirigeants qui cherchent à prendre en temps utile des décisions conformes à leurs obligations. En outre, sans point de référence clair, les administrateurs et dirigeants pourront difficilement prédire 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."

25. Modifier la première phrase comme suit: "Il peut y avoir diverses façons de déterminer le moment où les obligations des administrateurs et dirigeants naîtraient dans la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans la seconde phrase, remplacer le mot "créé" par le mot "apporte". À la fin du paragraphe, ajouter les mots: "pour ce qui est d'encourager les administrateurs et dirigeants à agir rapidement".

26. À la quatrième phrase, remplacer les mots "comme imposant aux administrateurs l'obligation" par "constituent le fondement de l'obligation qu'ont les administrateurs et dirigeants". Modifier la dernière phrase comme suit: "En imposant des obligations aux administrateurs sur le fondement de ces critères de solvabilité, on cherche à les encourager à agir de manière à éviter l'insolvabilité ou, si celle-ci est inévitable, à prendre des mesures pour en atténuer l'ampleur, notamment, le cas échéant, en engageant une procédure d'insolvabilité judiciaire."

27. Insérer une nouvelle quatrième phrase comme suit: "Pour l'essentiel, cette norme nécessite d'évaluer le jugement de l'administrateur ou du dirigeant par rapport à la connaissance qu'un administrateur raisonnable aurait dû avoir dans ces circonstances."

D. Nature des obligations

28. À la fin du paragraphe, supprimer les mots "à savoir engager" et modifier le passage après la parenthèse comme suit: "et l'annulation au cours de la procédure d'insolvabilité des mesures prises par les administrateurs et dirigeants, notamment des opérations qu'ils ont entamées lorsque la société était sur le point d'être insolvable".

a) Obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

29. [...]

b) Responsabilité civile

30. [...]

31. Après les mots “limiter au minimum les pertes pour la société”, ajouter les mots “(y compris ses actionnaires)”.

32. [...]

a) [...]

b) Ajouter à la fin de l’alinéa la phrase suivante: “Les administrateurs et dirigeants pourraient devoir consacrer plus de temps et d’attention aux affaires de la société dans de telles circonstances que lorsqu’elle est en bonne santé.”

c) à f) [...]

g) Remplacer les mots “l’environnement” par les mots “ainsi que les préoccupations environnementales”. À la fin de l’alinéa, dans le texte anglais, ajouter les mots “that might be the result” devant les mots “of excessively”;

h) À la première phrase, après les mots “les administrateurs pourraient veiller à ce que”, ajouter les mots “les actifs de la société soient protégés et que”. Ajouter une deuxième phrase libellée comme suit: “Dans certaines circonstances, tous les actifs ne devront pas être protégés, par exemple, ceux qui valent moins que le montant pour lequel ils sont garantis, ceux qui constituent une charge, ceux sans valeur et ceux difficilement réalisables (voir deuxième partie, chap. II, par. 88).” À la fin du paragraphe, ajouter la phrase suivante: “Les administrateurs et dirigeants 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) [...]

Responsabilité conjointe et solidaire

32A. Généralement, les administrateurs et dirigeants sont conjointement et solidairement responsables du manquement à leurs obligations, même si selon certaines lois, le tribunal a le pouvoir de décider que l’un d’eux supporte l’ensemble de la responsabilité ou une plus grande part de celle-ci, par exemple s’il est établi que la culpabilité n’est pas égale. En partant du principe que la responsabilité est conjointe et solidaire, on renforcera le caractère dissuasif de telles obligations, puisque chaque administrateur ou dirigeant aura intérêt à surveiller le comportement des autres pour ne pas devoir en répondre.

32B. Les administrateurs et dirigeants peuvent prendre des mesures pour ne pas être mis en cause ou réduire leur responsabilité pour des décisions remises en question ultérieurement. À cette fin, ils devront peut-être satisfaire à certaines conditions de forme, 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 une déclaration écrite en ce sens peu après la fin de la réunion. Les administrateurs et dirigeants 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.

32C. La responsabilité peut être réduite au moyen d'une assurance ou de cautions. Une fois qu'une action est engagée contre un administrateur ou un dirigeant, 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.

c) Annulation d'opérations

33. À la troisième phrase, remplacer le membre de phrase "En outre, certains des actes accomplis par les administrateurs peuvent être déclarés illicites une fois la société devenue insolvable" par le libellé suivant: "En outre, selon certaines lois, certains actes des administrateurs et dirigeants sont illicites dès qu'une société devient insolvable". À la cinquième phrase, insérer les mots "découlant de ces dispositions" après le mot "responsabilité".

E. Le critère applicable

34. Supprimer le mot "généralement".

35. [...]

36. À la première phrase, après le mot "dette", insérer les mots "ou conclu l'opération". À la seconde phrase, remplacer les mots "l'insolvabilité" par les mots "que la société ne soit insolvable". À la quatrième phrase, remplacer les mots "avant l'examen" par les mots "avant qu'il n'ait lieu".

37. Au début de la troisième phrase, après les mots "responsabilité des administrateurs", ajouter les mots "en vertu de ces lois". Au début de la dernière phrase, ajouter les mots "En vertu de certaines lois adoptant cette approche,".

F. Exécution des obligations des administrateurs et dirigeants lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

1. Moyens de défense

38. À la dernière ligne, dans le texte anglais, remplacer le mot "duties" par le mot "obligations".

39. À la seconde phrase, remplacer les mots "s'appuyer sur ces moyens" par le mot "invoquer ce moyen".

40. [...]

2. Voies de droit

41. Au début de la première phrase, supprimer les mots "De nombreux pays" et plus loin "la loi prévoit". Remplacer la fin de la phrase, après le mot "combinées", par les mots "sont prévues en droit civil et en droit pénal.". Ajouter la nouvelle avant-dernière phrase suivante: "En général, il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs."

a) Dommages-intérêts et réparation

42. Modifier la troisième phrase comme suit: “En général, comme on l’a dit plus haut, la responsabilité des membres d’un conseil d’administration sera conjointe et solidaire, mais dans certains cas, seuls certains administrateurs ou dirigeants seront redevables”.

43. Dans le texte anglais, modifier les derniers mots comme suit: “also make provision for the award of damages”.

44. Modifier les deux premières phrases comme suit: “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 et dirigeants est de recouvrer une partie de la valeur perdue en conséquence de leurs actes, sous forme de réparation versée à la masse. Elle bénéficie donc à l’ensemble des créanciers et non à l’un ou l’autre d’entre eux.” À la seconde phrase, dans le texte anglais, remplacer les mots “there is” par les mots “the company has”. À la troisième phrase, remplacer les mots “dans ce cas” par les mots “à l’appui de cette approche”. À la fin du paragraphe, ajouter la phrase suivante: “Cependant, si la loi sur l’insolvabilité permet aux créanciers de poursuivre les administrateurs et dirigeants (voir ci-après), il peut y avoir matière à suggérer que la réparation serve d’abord à couvrir les frais du ou des créanciers engageant l’action et à rembourser leurs créances ou modifier le rang de priorité de celles-ci².”

45. Remplacer le dernier mot, “devoirs”, par le mot “obligations”

b) Interdiction d’exercer les fonctions d’administrateur

46. [...]

47. [...]

3. Droit d’agir

48. À la fin de la première phrase, ajouter les mots “c’est-à-dire avant ou après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité”. Modifier la deuxième phrase comme suit: “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.”

49. À la première phrase, après les mots “poursuivre l’administrateur,”, supprimer le membre de phrase “par exemple pour annuler une opération particulière ou”.

49A. Bien qu’une des principales raisons d’imposer des obligations aux administrateurs et dirigeants d’une société proche de l’insolvabilité soit de protéger les intérêts des créanciers, toutes les lois ne permettent pas aux créanciers de poursuivre un administrateur ou dirigeant pour manquement à ces obligations. Selon certaines lois, dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l’insolvabilité n’agit pas, les créanciers et parfois les actionnaires peuvent avoir un

² **Note à l’intention du Groupe de travail:** le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s’il convient de traiter dans le commentaire la question de savoir si l’administrateur est habilité à payer une réparation ordonnée par une juridiction et ce qu’il advient s’il ne l’est pas.

droit dérivé d'intenter une action (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195). Selon d'autres lois, un créancier unique ne peut poursuivre les administrateurs 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, les créanciers n'ayant pas le droit d'agir seuls.

49B. Lorsqu'on estime qu'il convient que la loi permette aux créanciers de poursuivre les administrateurs et dirigeants, 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. Les premiers pourraient avoir, outre le droit d'engager une procédure au profit de la masse de l'insolvabilité, un droit personnel de réclamer des dommages-intérêts à l'administrateur ou au dirigeant au motif que le comportement examiné est survenu pendant la période d'incertitude et a aggravé les problèmes financiers du débiteur. Selon certaines lois, ce droit individuel 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 ou dirigeant, 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, 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 procédures pourraient avoir sur l'administration de la masse.

[49C. 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 ou un dirigeant. 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 la procédure ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal pourrait autoriser l'ouverture de la procédure 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 la procédure; la même approche pourrait être adoptée pour les actions engagées par les créanciers contre les administrateurs et dirigeants³.]

50. Modifier la première phrase comme suit: "Les lois qui imposent aux administrateurs et dirigeants l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité (voir par. 29), la société elle-même, ses actionnaires et les créanciers peuvent demander des dommages-intérêts en cas de manquement à cette obligation". À la fin du paragraphe, ajouter la phrase suivante: "Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévoie la coordination de toutes les procédures qui pourraient être ouvertes par ces différentes parties."

³ **Note à l'intention du Groupe de travail:** Ce paragraphe se fonde sur le texte du Guide législatif concernant les actions en annulation (en particulier la deuxième partie, chap. II, par. 193). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faut l'insérer ici ou si un renvoi aux paragraphes pertinents du Guide législatif suffirait.

4. Financement de la procédure

51. Modifier le paragraphe comme suit: “Une difficulté pouvant survenir dans les pays qui autorisent les représentants de l’insolvabilité à intenter une action concerne le paiement de leurs frais au cas où une action engagée contre les administrateurs ou dirigeants n’aboutit pas. L’absence de fonds est souvent citée comme une des raisons principales du nombre relativement faible d’actions engagées pour manquement aux 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 ou dirigeant, même s’il est très probable que l’action aboutisse. 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 et dirigeants, de s’attaquer aux abus, d’enquêter sur les actes déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance. 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, les frais qu’elle occasionne pourraient être remboursés sur toute réparation obtenue. Selon certaines lois, les réclamations contre les administrateurs et dirigeants pourraient 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 et dirigeants à verser leur contribution. Enfin, il serait bon de déterminer dans quels tribunaux de telles actions pourraient être engagées; cette question est examinée plus haut, à la deuxième partie, chapitre I, paragraphe 19.”

Projets de recommandations 1 à 10

Objet des dispositions législatives

Les dispositions régissant les obligations [des personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d’une entreprise] [des administrateurs et dirigeants] qui naissent lorsque l’insolvabilité est probable[ment 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 entreprise] [les administrateurs et dirigeants] soient informés de leurs rôles et responsabilités dans ces circonstances;
- 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;

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

Remarques

1. Le paragraphe b) a été ajouté à la clause relative à l'objet conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/742, par. 99) de souligner que le texte servait aussi à mieux faire comprendre aux administrateurs et dirigeants quels étaient leur rôle et leurs responsabilités dans la période précédant l'insolvabilité. La deuxième partie du nouveau paragraphe c) a été ajoutée pour préciser que les obligations ne deviennent exécutoires qu'une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. L'ancien paragraphe c) forme maintenant une seconde phrase.

Contenu des dispositions législatives

Recommandation 1 [précédemment recommandations 4 et 6]

L'obligation

1-1. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] devrait spécifier qu'à compter du moment visé à la recommandation 2, les personnes visées à la recommandation 3 sont dans l'obligation de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes et:

a) De prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité;

b) Si l'insolvabilité est inévitable, d'en réduire l'ampleur au minimum.

1-2. Des mesures raisonnables pourraient être notamment de veiller à ce que [cette personne soit] [ces personnes soient] pleinement [informée] [informées] des affaires de la société; de demander des avis spécialisés le cas échéant; [et] de veiller à ce que les actifs de la société soient protégés; [et de ne pas autoriser la société à réaliser des opérations qui pourraient être susceptibles d'annulation conformément [au chapitre II de la deuxième partie] [à la recommandation 87].

Remarques

2. L'ordre des recommandations a été modifié de sorte que celles-ci concernent d'abord l'obligation, puis le moment où elle naît et la personne à qui elle incombe. Se pose alors cependant une question que le Groupe de travail voudra peut-être examiner, concernant l'utilisation de l'expression "administrateurs et dirigeants" dans la clause d'objet et dans les recommandations 1 et 2. Puisque la partie à qui incombe l'obligation fait l'objet d'une recommandation de fond (la recommandation 3), il serait peut-être bon de renvoyer dans les autres recommandations à la personne visée à la recommandation 3 ou de la mentionner de manière plus générique, par exemple la personne chargée de prendre des décisions concernant la gestion de la société ou la personne responsable de la gestion de la société.

3. À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réexaminer les recommandations 1, 4, 5 et 6 (A/CN.9/742, par. 93). L'actuel projet

de recommandation 1 regroupe les précédents projets de recommandations 4 et 6. Le paragraphe 1 traite des éléments de l'obligation, tandis que le paragraphe 2 décrit ce que pourraient être les mesures raisonnables visées au paragraphe 1.

4. La référence à la loi sur l'insolvabilité (ou à la loi relative à l'insolvabilité) sert à indiquer que l'obligation visée à la recommandation 1 ne s'applique qu'en vertu de cette loi et que même si le manquement à obligation doit survenir avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité conformément à la recommandation 2, la responsabilité ne peut exister qu'une fois la procédure ouverte. Si cela n'est pas assez clair, il sera peut-être bon de répéter la deuxième partie de la clause d'objet c) dans le texte des recommandations.

5. La deuxième partie de l'obligation visée à la recommandation 1 exige que soient prises des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ou en réduire l'ampleur au minimum si elle est inévitable. Cela laisse supposer que l'obligation pourrait naître à deux moments différents. Cependant, en pratique, la distinction entre ces deux moments peut dépendre de l'enchaînement des événements et n'apparaître clairement qu'après coup. Par exemple, une catastrophe ou un bouleversement exogène peut rendre l'insolvabilité inévitable sans laisser le temps de prendre des mesures correctives. Il peut aussi se produire que l'insolvabilité devienne probable en raison de facteurs externes tels qu'un événement particulier ou une récession temporaire du marché mais ne se produise finalement pas, à cause d'une amélioration de ces facteurs externes ou de mesures prises pour en éviter les conséquences.

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le moment de la naissance de l'obligation est une question à traiter dans le texte des recommandations (en particulier les recommandations 1 et 2) ou si le libellé actuel est suffisamment clair.

Recommandation 2 [ancienne recommandation 3]

Moment où naît l'obligation

2. [La loi sur l'insolvabilité] [La relative à l'insolvabilité] devrait spécifier que l'obligation visée à la recommandation 1 naît au moment où la personne visée à la recommandation 3, sait ou aurait dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était probable[ment imminente] ou inévitable.

Remarques

7. À la quarante et unième session, il a été convenu de conserver en l'état la recommandation 3 (A/CN.9/742, par. 82). Certaines préoccupations ont cependant été exprimées quant à savoir si le libellé actuel couvrait à la fois la situation financière effective du débiteur (c'est-à-dire si l'insolvabilité était effectivement "probable[ment imminente] ou inévitable" au moment considéré) et la connaissance de cette situation par l'administrateur ou le dirigeant. Dans le libellé actuel, cette question devrait être couverte par les mots "probable[ment imminente] ou inévitable" à la fin du projet de recommandation, puisqu'une connaissance ne peut porter que sur une situation existante. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient d'ajouter des précisions.

8. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si la question soulevée au paragraphe 5 concernant le moment doit être traitée dans la recommandation 2 ou si le libellé actuel est suffisamment souple pour couvrir les diverses possibilités.

Recommandation 3 [ancienne recommandation 2]

Personnes redevables de l'obligation

3. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] devrait spécifier qui [quelle personne] est redevable de l'obligation. Il peut s'agir de toute personne définie en droit interne comme exerçant les fonctions d'un administrateur ou d'un dirigeant* [, tel qu'un administrateur ou dirigeant officiellement désigné et de toute autre personne [exerçant le contrôle effectif] [[et les fonctions d'] [assumant les responsabilités d'] un administrateur ou dirigeant]].

* Voir plus haut, aux paragraphes 20 à 22, l'explication sur les personnes pouvant être considérées comme administrateurs ou dirigeants.

Remarques

9. À la quarante et unième session, diverses propositions ont été faites au sujet de cette recommandation (A/CN.9/742, par. 79 et 80). De l'avis général, elle devait s'appliquer aux personnes qui, au regard du droit interne, exercent les fonctions d'administrateurs ou dirigeants. À titre d'exemple, il a été proposé (par. 79) que la recommandation s'applique aux personnes exerçant librement des fonctions de gestion ou prenant librement des décisions de gestion, y compris aux personnes censées prendre de telles décisions mais ne le faisant pas nécessairement. Pour préciser davantage quels types de personnes devraient être inclus dans cette définition, on a ajouté les mots entre crochets et une note renvoyant aux paragraphes pertinents du commentaire.

Recommandation 4 [anciennes recommandations 1, 5 et 7]

Responsabilité

4-1. [La loi sur l'insolvabilité] [la loi relative à l'insolvabilité] devrait spécifier que si [les intérêts des créanciers ont été lésés] [les créanciers ont subi une perte ou un dommage] du fait d'un manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 [pendant la période visée à la recommandation 2], [la personne redevable de l'obligation] [l'administrateur ou dirigeant] peut être responsable.

4-2. [La loi sur l'insolvabilité] [la loi relative à l'insolvabilité] devrait prévoir que la responsabilité pour manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 est limitée à la mesure dans laquelle ce manquement a causé une perte ou un dommage.

Remarques

10. Le projet de recommandation 4 combine les idées exprimées précédemment dans les projets de recommandations 1 et 5 et dans le chapeau de la recommandation 7, à savoir qu'en cas de manquement à l'obligation visée à la recommandation 1, si les créanciers subissent une perte ou un dommage ou si leurs intérêts sont lésés, la personne à qui incombe l'obligation peut être tenue responsable. Le reste du précédent projet de recommandation 7 (c'est-à-dire les paragraphes a) à d)) est à présent incorporé au projet de recommandation 6. Le

paragraphe 2 du projet de recommandation 4 porte sur une exigence précédemment contenue dans le chapeau du projet de recommandation 7, selon laquelle la responsabilité doit être proportionnelle au préjudice causé ou, en d'autres termes, la responsabilité est limitée à la mesure dans laquelle le manquement a causé un dommage.

11. À la quarante et unième session, il a été suggéré (A/CN.9/742, par. 77) que les mots “commis pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité” soient ajoutés à ce qui était auparavant la recommandation 1 afin de préciser que le manquement à l'obligation doit survenir à ce moment. Puisque le projet de recommandation 1 renvoie à la recommandation 2, il peut être souhaitable de ne conserver que le renvoi au projet de recommandation 1 et éviter de compliquer les choses en répétant la condition du moment du manquement dans le projet de recommandation 4.

Recommandation 5 [texte neuf, remplace la recommandation 6]

Responsabilité et moyens de défense

5. [La loi sur l'insolvabilité] [la loi relative à l'insolvabilité] devrait préciser quels éléments doivent être prouvés pour établir qu'il y a eu manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 et qu'en conséquence [les créanciers ont subi une perte ou un dommage] [les intérêts des créanciers ont été lésés]; quelle partie est tenue de les prouver; et quels moyens de défense peuvent être opposés à une allégation de manquement à cette obligation. Un de ces moyens de défense peut être que [la personne redevable de l'obligation] [l'administrateur ou le dirigeant] a pris des mesures raisonnables telles que celles visées à la recommandation 1-2. La loi peut aussi établir des présomptions et permettre le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la conduite d'une procédure pour manquement à l'obligation.

Remarques

12. À la quarante et unième session, des préoccupations ont été exprimées quant à la manière dont le projet de recommandation 6 abordait la question de la preuve d'un manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 et des moyens de défense possibles.

13. Le projet de recommandation aborde maintenant la conduite de la procédure pour manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 de la même manière que la recommandation 97 du Guide législatif aborde la conduite de l'action en annulation. Cela signifie que tout en soulignant que la loi doit traiter de questions telles que les moyens de défense, les éléments à prouver, l'utilisation de présomptions et la charge de la preuve, le projet de recommandation laisse au droit interne le soin de déterminer et de spécifier les exigences précises.

Recommandation 6 [ancienne recommandation 7]

Voies de droit

6. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] devrait spécifier que les voies de droit [peuvent] [devraient] inclure le paiement à la masse de l'insolvabilité de la totalité des dommages-intérêts fixés pour le manquement à l'obligation visée à la recommandation 1. En cas de non-paiement de la totalité de

ces dommages-intérêts, [la personne redevable de l'obligation] [l'administrateur ou dirigeant] ne devrait pas pouvoir faire valoir de droit ni de créance contre la masse de l'insolvabilité [tant que le paiement reste dû] [jusqu'au paiement du montant total].

Remarques

14. À sa quarante et unième session, le Groupe de travail a décidé que le projet de recommandation devrait porter sur le dommage causé par le manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 et sur la réparation de ce dommage. Le texte révisé précise que les dommages-intérêts reviennent à la masse de l'insolvabilité (le projet de recommandation 7 précise que la capacité ou le droit de poursuivre un administrateur ou dirigeant est un actif de la masse de l'insolvabilité). La deuxième phrase fait fond sur les paragraphes c) et d) de l'ancien projet de recommandation 7.

15. La condition du paiement intégral avant qu'un administrateur ou dirigeant ne puisse faire valoir une créance contre la masse vise à régler la question de savoir si la compensation serait autorisée. Cependant, en vertu de certaines lois, une règle empêchant la personne redevable de l'obligation de faire valoir tout droit ou toute créance contre la masse de l'insolvabilité pourrait créer des difficultés, puisqu'une telle disposition est étroitement liée à des questions de droits réels. Elle pourrait être vue, par exemple, comme supprimant les droits réels des créanciers pour ce qui est des créances. Le projet de recommandation 6 vise à encourager le paiement et à empêcher un directeur ou administrateur tenu pour responsable de dommages de bénéficier d'une répartition pour ses créances contre la masse si les dommages-intérêts n'ont pas été payés. La recommandation pourrait préciser que l'idée est de reporter le droit de faire valoir une créance ou des droits contre la masse tant que le montant total n'a pas été payé, et non de supprimer ce droit. Voir plus haut la note accompagnant le paragraphe 44, sur la capacité de l'administrateur ou du dirigeant de payer tous dommages-intérêts fixés.

Recommandation 7 [ancienne recommandation 8]

Conduite d'une action pour manquement à l'obligation

7. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] devrait spécifier que le droit d'agir fondé sur [le préjudice causé par le] [la perte ou le dommage résultant du] manquement à l'obligation visée à la recommandation 1 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 l'obligation. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] peut aussi permettre à un créancier ou à toute autre partie intéressée d'engager une telle action avec l'accord du représentant de l'insolvabilité et, si celui-ci ne donne pas son accord, permettre au créancier ou à la partie intéressée de demander au tribunal l'autorisation d'engager l'action.

Remarques

16. Le projet de recommandation 7 a été modifié conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa quarante et unième session (A/CN.9/742, par. 96) selon laquelle le texte devrait permettre aux créanciers ou aux autres parties intéressées

d'engager une action pour manquement à l'obligation visée à la recommandation 1. L'expression "partie intéressée" étant définie dans le glossaire du Guide législatif (introduction, par. 12. dd), elle est utilisée dans le texte révisé pour inclure les actionnaires et autres parties concernées.

17. Puisque différents pays peuvent permettre aux créanciers et à d'autres de faire valoir des motifs d'action en justice, cette possibilité pourrait être incluse dans la recommandation à titre d'option. Le droit d'engager une telle action devrait revenir à la masse de l'insolvabilité pour poser un principe clair et établir une destination claire pour le paiement de tous dommages-intérêts fixés en relation avec le manquement (voir projet de recommandation 6).

18. Dans certains pays, la majorité des créanciers ou le comité des créanciers doit renoncer au droit d'agir contre un administrateur ou un dirigeant pour manquement avant qu'il ne puisse être attribué à un créancier individuel. Bien que cette possibilité soit mentionnée dans le commentaire (par. 49A et B), le projet de recommandation serait plus compliqué s'il fallait prévoir a) que le droit d'agir revient à la masse de l'insolvabilité, b) que le représentant de l'insolvabilité a le droit de l'exercer, c) que les créanciers pourraient l'exercer avec l'approbation du représentant de l'insolvabilité (ou du tribunal) et d) qu'un créancier individuel ne pourrait agir ainsi qu'avec l'accord de la majorité des créanciers et du représentant de l'insolvabilité.

Recommandations 8 et 9 [anciennes recommandations 9 et 10]

Financement d'une action pour manquement à l'obligation

8. [La loi sur l'insolvabilité] [La relative à l'insolvabilité] devrait spécifier que les frais d'une procédure visant un administrateur ou un dirigeant sont payés comme dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

9. [La loi sur l'insolvabilité] [La loi relative à l'insolvabilité] peut prévoir d'autres solutions pour le déroulement et le financement de la procédure.

Remarques

19. Le Groupe de travail avait adopté quant au fond le texte des projets de recommandation 9 et 10 à sa quarante et unième session (A/CN.9/742, par. 97).

Recommandation 10 [ancienne recommandation 11]

Mesures supplémentaires

10. [La loi sur l'insolvabilité] [La relative à l'insolvabilité] peut prévoir d'autres mesures complétant les voies de droit visées à la recommandation 6 pour décourager les comportements engageant la responsabilité d'un administrateur ou dirigeant en vertu de la recommandation 4. [Ces mesures peuvent notamment consister à limiter la possibilité pour [la personne redevable de l'obligation] [l'administrateur ou le dirigeant] d'exercer des fonctions d'administrateur ou de dirigeant pendant une certaine période.]

Remarques

20. À la quarante et unième session, des préoccupations ont été exprimées concernant la deuxième phrase du projet de recommandation, qui pouvait équivaloir à une sanction et ne convenait donc pas (A/CN.9/742, par. 98). Aucun accord ne s'étant finalement dégagé sur ce point, il a été convenu de conserver la deuxième phrase entre crochets et d'en poursuivre l'examen ultérieurement.

II. Questions relatives aux administrateurs et dirigeants de sociétés membres de groupes d'entreprises

A. Remarques générales

52. Il est noté dans la troisième partie du Guide législatif que les groupes d'entreprises se caractérisent souvent par des degrés d'intégration (du très centralisé au relativement indépendant) et des types d'intégration variables (intégration horizontale ou verticale) et par des relations complexes entre membres du groupe, où peuvent intervenir différents niveaux de participation et de contrôle. Ces facteurs et la façon dont le droit applicable tend à réglementer ces groupes (comme des entités distinctes et non comme une entreprise unique) soulèvent plusieurs questions concernant les administrateurs et dirigeants de membres de groupes d'entreprises. L'examen qui suit porte sur deux questions se rapportant aux obligations des administrateurs et dirigeants dans le contexte du groupe d'entreprises. La première porte sur la prédominance du principe de l'entité unique et son incidence sur les administrateurs et dirigeants lorsqu'il y a contradiction entre les intérêts du membre du groupe dont ils sont administrateurs ou dirigeants et ceux du groupe dans son ensemble. La deuxième question concerne la définition de la personne pouvant être considérée comme administrateur ou dirigeant (voir plus haut, par. 20 à 22) et les circonstances dans lesquelles d'autres membres du groupe pourraient relever de cette définition, en particulier dans le cas de relations entre sociétés mères et filiales leur appartenant entièrement ou contrôlées par elles.

a) Incidence des structures de groupes d'entreprises sur les obligations des administrateurs et dirigeants

53. Généralement, les administrateurs et dirigeants ont des obligations envers leur société et doivent agir dans l'intérêt de celle-ci. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, le principe de l'entité distincte doit être respecté et la plupart des législations imposent les mêmes obligations indépendamment de toute prise en compte des intérêts du groupe et de la position qu'occupe cette société dans la structure du groupe. Cet accent mis sur les intérêts du membre individuel d'un groupe est particulièrement important lorsque la solvabilité de ce membre pose problème à la suite d'une opération censée bénéficier à l'ensemble du groupe. Dans la pratique, toutefois, la structure de groupe peut faire que les administrateurs et dirigeants aient à agir pour le bien de l'ensemble du groupe, ce qui leur impose de concilier les intérêts de leur société membre du groupe et les objectifs ou besoins économiques potentiellement contradictoires du groupe pris collectivement. Un tel conflit peut survenir par exemple lorsqu'un membre du groupe prête à un autre membre du groupe ou se porte garant pour un prêt accordé par un prêteur externe à

un autre membre du groupe; lorsqu'un membre du groupe conclut un accord avec un autre membre du groupe pour lui transférer son activité ou ses actifs, lui céder une opportunité d'affaires ou passer avec lui un contrat à des conditions qu'on ne saurait qualifier de commercialement viables; 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. Ces opérations peuvent poser problème à cause de la relation entre les parties contractantes (en ce qui concerne la participation et le contrôle) ou de leur position au sein du groupe (société mère ou filiale) et parce que la nature de l'opération suppose une répartition des avantages et inconvénients autre que celle qui serait généralement jugée commercialement viable. Il peut être plus facile, par exemple, de déterminer les avantages qu'une société mère retire en prêtant à une filiale qui lui appartient entièrement ou en concluant avec elle d'autres opérations (opérations en aval) que l'inverse (opérations en amont), surtout si la filiale n'appartient pas entièrement à la société mère, ou de déterminer les avantages découlant d'opérations intragroupe entre les filiales (opérations latérales).

54. Alors que cela peut sembler commercialement irréaliste d'exiger qu'un administrateur ou dirigeant de société membre d'un groupe ignore la structure organisationnelle dans laquelle fonctionne cette société, la difficulté, compte tenu des considérations qui précèdent, est de savoir comment évaluer l'avantage qu'un membre du groupe retire d'une opération qui ne semble avoir un sens que du point de vue de l'ensemble du groupe. Dans certains cas, il peut s'agir d'un avantage direct et relativement facile à déterminer; dans d'autres cas, l'avantage peut ne pas être évident et même exiger un sacrifice, ne serait-ce qu'à court terme, pour certains membres du groupe. En outre, cette évaluation pourrait faire intervenir plusieurs facteurs tels que ceux mentionnés à la recommandation 217 (troisième partie), tels que la relation entre les parties à l'opération et leur degré d'intégration, l'objet de l'opération, le point de savoir si l'opération a procuré aux sociétés membres du groupe ou à d'autres personnes liées à celles-ci des avantages qui ne seraient normalement pas accordés à des parties sans liens entre elles, et le point de savoir s'il s'agit d'une opération en amont, en aval ou latérale.

55. Les tribunaux de différents pays reconnaissent à des degrés divers les réalités pratiques du fonctionnement des groupes d'entreprises. On considère généralement que les administrateurs et dirigeants doivent agir dans l'intérêt de la société dont ils ont la charge mais dans certains pays, ils peuvent néanmoins tenir compte par exemple des avantages commerciaux directs ou dérivés qu'elle retire d'une opération avec d'autres membres du groupe et de la mesure dans laquelle la prospérité de cette société ou sa survie dépend de la santé de l'ensemble du groupe. Généralement, un avantage collectif n'est pas en lui-même une justification suffisante. En outre il pourrait être exigé des administrateurs et dirigeants qu'ils tiennent compte de tout préjudice raisonnablement prévisible que leur société pourrait subir du fait de l'opération et qu'ils examinent la position des créanciers chirographaires de leur société, en particulier si les opérations en question peuvent influencer sur la solvabilité de celle-ci. Cette dernière considération est

particulièrement importante lorsque l'opération porte sur une garantie ou une sûreté pour un prêt à un autre membre du groupe⁴.

56. Dans d'autres pays, les administrateurs et dirigeants de sociétés membres d'un groupe sont autorisés à agir dans l'intérêt de l'ensemble du groupe si 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 et dirigeants ont présumé raisonnablement et de bonne foi que tout préjudice subi par leur société serait compensé le moment venu par d'autres avantages. Dans un autre pays encore, l'administrateur ou dirigeant d'une société membre d'un groupe peut agir dans l'intérêt de la société mère à condition que cela ne nuise pas à la capacité de la société membre de payer ses propres créanciers et que les administrateurs et dirigeants y soient autorisés soit par les statuts de la société soit par les actionnaires, selon que le membre du groupe appartient entièrement ou partiellement à la société mère. Le membre du groupe ne doit pas être insolvable au moment de l'opération et ne doit pas le devenir à la suite de celle-ci.

57. Comme indiqué dans la troisième partie (par. 75 à 80), certaines opérations intragroupe pourraient être considérées comme des opérations entre personnes ayant des liens privilégiés entre elles et susceptibles d'être annulées dans le contexte de l'insolvabilité. Selon certaines lois, de telles opérations peuvent aussi engager la responsabilité personnelle de l'administrateur ou du dirigeant si le membre du groupe était déjà insolvable ou l'est devenu à la suite de l'opération. D'autres opérations ou d'autres actes ne relèveraient pas des dispositions concernant les parties ayant des liens privilégiés, notamment la décision de ne pas agir (par exemple pour ne pas entrer en concurrence avec un autre membre du groupe sur une opportunité particulière) ou de modifier le rôle de la société (par exemple en vendant les actifs du membre à des tiers pour réduire ses activités ou en faire la "caisse" du groupe). Les dispositions concernant les parties ayant des liens privilégiés n'exigent pas la prise en compte des intérêts des créanciers.

b) Définition de l'expression "administrateur et dirigeant" dans le contexte du groupe d'entreprises

58. Le paragraphe 20 ci-dessus traite de la deuxième question concernant les circonstances dans lesquelles une société membre d'un groupe ou l'administrateur ou dirigeant de celle-ci (par exemple d'une société holding) pourrait être considéré comme l'administrateur ou le dirigeant, notamment occulte (note 6), d'un autre membre du groupe. Certaines lois ne permettent pas au membre d'un groupe d'être nommé administrateur ou dirigeant d'un autre membre, mais il pourrait être considéré comme un administrateur ou dirigeant occulte de celui-ci. Cela peut se produire de nombreuses manières, notamment si les conseils d'administration des deux membres du groupe sont composés essentiellement des mêmes personnes, si la majorité du conseil d'administration d'un membre du groupe est nommée par l'autre, qui est en position de contrôle, si un membre du groupe contrôle la gestion et la prise de décisions financières du groupe ou si un membre du groupe intervient

⁴ Ces considérations sont similaires à celles de la recommandation 212 sur le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe d'entreprises.

de manière systématique et omniprésente dans la gestion d'un autre membre, généralement dans le cas d'une société mère contrôlant un autre membre du groupe.

59. La troisième partie du Guide législatif traite de l'extension de la responsabilité aux dettes externes dans le contexte d'un groupe d'entreprises. On y fait observer (par. 99) que dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère, les membres du conseil d'administration de celle-ci (qui peuvent être des administrateurs ou dirigeants nommés officiellement, de facto ou occultes) pourront aussi être tenus personnellement responsables. Une des principales difficultés à cet égard est d'apporter la preuve du comportement en question et d'établir que la société mère a de fait ou de manière occulte agi comme administrateur ou dirigeant de l'autre membre du groupe.

B. Questions à examiner

60. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faut des recommandations supplémentaires pour traiter les questions soulevées ci-dessus. Par exemple, est-il souhaitable de permettre à un administrateur ou dirigeant d'une société proche de l'insolvabilité de prendre en compte les intérêts de l'ensemble du groupe en plus de ceux de sa société membre du groupe, ou doit-il se préoccuper exclusivement des intérêts de la société dont il a la charge? Deuxièmement, le Groupe est convenu qu'aux fins de ces travaux, "l'administrateur ou dirigeant" devait être défini conformément au droit national (voir projet de recommandation...). Cette définition est-elle suffisamment large pour englober les considérations ayant trait aux groupes d'entreprises?

III. Questions internationales

61. À ses trente-neuvième et quarantième sessions, le Groupe de travail est convenu que les questions internationales seraient abordées à une prochaine session (A/CN.9/715, par. 109, et A/CN.9/738, par. 52). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer quelles questions devraient être examinées plus avant dans le contexte des travaux en cours et comment elles pourraient être traitées.