



Assemblée générale

Distr. limitée
14 février 2013
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-troisième session
New York, 15-19 avril 2013

Droit de l'insolvabilité

Groupes d'entreprises – 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>
I. Introduction	1-7	2
II. Les différentes approches nationales des obligations des administrateurs ou dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises	8-39	4
A. Argentine	8-11	4
B. Australie	12-14	5
C. Belgique	15-16	6
D. Brésil	17-18	6
E. Colombie	19-21	7
F. France	22-24	7
G. Allemagne	25-26	8
H. Italie	27-31	8
I. Espagne	32-33	9
J. Suisse	34-35	9
K. États-Unis d'Amérique	36-39	10
III. Questions à examiner	40-41	12



I. Introduction

1. À sa quarante-deuxième session (novembre 2012), le Groupe de travail a passé en revue les obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité (A/CN.9/763, par. 66 à 91) en se fondant sur des informations contenues dans le document A/CN.9/WG.V/WP.108 qui renfermait également des renseignements sur des questions relatives aux administrateurs et dirigeants d'entreprises membres d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 52 à 60). Le Groupe de travail était convenu que même si ce sujet soulevait des questions difficiles et complexes, en particulier au point d'articulation du droit de l'insolvabilité et du droit des sociétés, la possibilité de travaux supplémentaires devait être examinée avec soin dès que les travaux relatifs aux recommandations 1 à 10 et au commentaire y relatif auraient été achevés. À la demande du Groupe de travail, le Secrétariat a établi le présent document sur différentes approches et solutions nationales concernant la question des obligations des administrateurs et dirigeants dans le cadre des groupes d'entreprises¹ pendant la période précédant l'insolvabilité afin de fournir de plus amples informations et de faciliter les délibérations du Groupe à ce sujet (A/CN.9/763, par. 92).

2. Le Groupe de travail se rappellera que lors de l'élaboration de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, il avait reconnu que les activités des sociétés étaient de plus en plus souvent menées à travers des groupes d'entreprises. Ceux-ci étaient réputés recouvrir différentes formes d'organisation économique fondée sur une entité juridique unique et étaient composés de deux ou plusieurs personnes morales liées entre elles par une forme de contrôle direct ou indirect, ou de participation. Il était précisé que les groupes d'entreprises étaient omniprésents tant sur les marchés émergents que sur les marchés développés et opéraient tous dans de nombreux secteurs parfois sans lien entre eux; ils appartenaient souvent à des familles, avec un degré variable de participation d'investisseurs extérieurs. En outre, il était indiqué que, parmi les plus grandes entités économiques du monde figuraient non seulement des États mais aussi plusieurs groupes multinationaux d'entreprises qui pouvaient générer une part considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels dépassant ceux de nombreux États².

3. Lors de sa précédente session (novembre 2012), le Groupe de travail a recensé diverses questions susceptibles de se poser au sujet des obligations des administrateurs ou dirigeants pendant la période précédant l'insolvabilité dans le cadre d'un groupe d'entreprises (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 52). Il a retenu deux grandes questions qui devaient faire l'objet d'un examen et de débats particuliers:

¹ Pour élaborer le présent document, le Secrétariat s'est fondé sur les études déjà réalisées au sujet des obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité, sur toutes les informations supplémentaires disponibles dans le cadre des groupes d'entreprises (en particulier, INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, 2009), et sur les informations qui lui avaient été communiquées par certains États membres. Seuls les États pour lesquels il disposait d'informations pertinentes provenant de ces sources ont été inclus dans le présent document.

² Troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité), section IA, par. 2, 4 et 5, et par. 1 à 39 en général.

- i) La définition de l'administrateur ou du dirigeant d'entreprise et les circonstances dans lesquelles d'autres membres du groupe pouvaient relever de cette définition, en particulier dans le cas de relations entre sociétés mères et filiales leur appartenant entièrement ou contrôlées par elles (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 58 et 59); et
 - ii) Le fait de savoir si le principe de l'entité unique et son incidence sur les administrateurs et dirigeants devaient prévaloir lorsqu'il y avait contradiction entre les intérêts du membre du groupe dont ils étaient administrateurs ou dirigeants et ceux du groupe dans son ensemble (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 53 à 57).
4. Le Groupe se rappellera peut-être les échanges de vues consignés dans le document A/CN.9/WG.V/WP.113 au sujet des personnes qui devaient assumer des obligations pendant la période précédant l'insolvabilité (par. 26 à 29 et recommandation 4), personnes dénommées dans le présent document "administrateurs ou dirigeants".
5. Le Groupe de travail se rappellera peut-être aussi les informations qui avaient été recueillies à son intention à la session précédente (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 53), selon lesquelles si les intérêts d'un membre d'un groupe étaient particulièrement importants lorsque la solvabilité de ce membre pouvait poser problème ou posait problème à la suite d'une opération censée bénéficier à l'ensemble du groupe, la structure du groupe pouvait exiger que les administrateurs ou dirigeants agissent dans l'intérêt du groupe. Dans ce contexte, les administrateurs ou dirigeants devaient concilier les intérêts de leur entreprise membre du groupe et les objectifs ou besoins économiques potentiellement contradictoires du groupe pris collectivement. Un tel conflit pouvait survenir par exemple lorsqu'un membre du groupe prêtait à un autre membre du groupe ou se portait garant pour un prêt accordé par un prêteur externe à un autre membre du groupe; lorsqu'un membre du groupe concluait un accord avec un autre membre 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 pouvait qualifier de commercialement viables; ou lorsqu'un membre du groupe concluait 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. Le problème qui pouvait survenir du fait de ces opérations découlait de la relation entre les parties contractantes ou de leur position au sein du groupe, ainsi que de la nature de l'opération qui supposait une répartition des avantages et inconvénients autre que celle qui était généralement jugée commercialement viable.
6. Le Groupe de travail se rappellera peut-être également qu'il ressortait des informations communiquées à sa session précédente que le traitement de ces questions était très différent selon les pays, s'agissant en particulier des obligations qui incombaient aux administrateurs ou dirigeants de l'entreprise pendant la période précédant l'insolvabilité, et de la manière dont l'intérêt de l'entreprise devait être évalué par ces administrateurs ou dirigeants dans le cadre d'un groupe (A/CN.9/WG.V/WP.108, par. 54 à 57).
7. L'analyse qui suit passe en revue la législation de plusieurs pays concernant:
- i) les obligations des administrateurs ou dirigeants dans le cadre d'un groupe d'entreprises; et

- ii) tout élément particulier de ces obligations à prendre en compte dans le contexte de l'insolvabilité ou pendant la période précédant l'insolvabilité.

II. Les différentes approches nationales des obligations des administrateurs ou dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises

A. Argentine

8. Le droit argentin des sociétés impose une obligation fiduciaire générale aux administrateurs ou dirigeants des sociétés solvables, ce qui les oblige à agir de bonne foi et avec la diligence d'un homme d'affaires avisé³. Les administrateurs ou dirigeants se doivent donc d'être loyaux et diligents dans la gestion de la société. La loi ne prévoit pas de régime spécial pour un groupe de sociétés, ni de définition de ce terme.

9. Conformément au droit argentin des faillites⁴, la période d'insolvabilité est réputée commencer un an avant la date de la déclaration de la cessation des paiements⁵. Pour ce qui est de la responsabilité des personnes physiques, le droit des faillites vise tout représentant, administrateur, dirigeant, mandataire ou gérant de la société susceptible d'avoir produit, facilité, permis ou aggravé la situation financière du débiteur ou son insolvabilité⁶. La loi ne prévoit pas de disposition particulière pour les groupes de sociétés.

10. Cependant, les groupes de sociétés sont pris en compte au titre du droit des faillites pour ce qui est de la portée de la procédure d'insolvabilité. En fait, l'insolvabilité peut viser toute personne qui contrôle la société insolvable et qui a indûment soumis les intérêts de cette dernière à la direction unifiée du groupe en donnant la priorité aux intérêts de la société mère ou à l'ensemble du groupe auquel elle appartient⁷. À cet égard, le droit des faillites définit comme suit la personne exerçant un tel contrôle⁸: i) toute personne qui, directement ou par le biais d'une autre société, détient tout type de participation dans la société qui lui donne droit de prendre part aux votes nécessaires pour arrêter les décisions⁹, ou ii) tout groupe de personnes qui, agissant de concert, détient des participations de la société lui donnant droit de prendre part aux votes nécessaires pour arrêter les décisions¹⁰. Les obligations des administrateurs ou dirigeants au cours de la procédure d'insolvabilité ne sont pas précisées, mais le régime général des obligations exigées lorsque la société est solvable reste applicable.

³ Ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 20 de Marzo de 1984, Boletín Oficial 30 de Marzo de 1984, article 59.

⁴ Ley 24.522 de Concursos y Quiebras de 20 de Julio de 1995, Boletín Oficial 28.203 de 9 de Agosto de 1995.

⁵ Droit argentin des faillites, art. 174.

⁶ Droit argentin des faillites, art. 173.

⁷ Droit argentin des faillites, art. 161, par. 2.

⁸ Ibid.

⁹ Droit argentin des faillites, art. 161, par. 2 a).

¹⁰ Droit argentin des faillites, art. 161, par. 2 b).

11. Le droit argentin des faillites prévoit également un régime spécial applicable à l'insolvabilité d'un groupe de sociétés: une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par deux ou plusieurs personnes physiques ou morales qui forment une union économique permanente¹¹. Comme les obligations des administrateurs et dirigeants restent les mêmes, la question se pose de savoir si ces obligations pourraient être évaluées compte tenu des intérêts de l'ensemble du groupe.

B. Australie

12. En Australie, quand une société est en liquidation, par opposition à la période précédant l'insolvabilité, les administrateurs et dirigeants ont l'obligation de prévenir les opérations que pourrait effectuer la société insolvable et ils sont personnellement tenus responsables de tout manquement à cette obligation, sous réserve que certaines conditions soient réunies¹². Une société holding peut également être tenue responsable des opérations effectuées par sa filiale alors qu'elle est insolvable, mais cette responsabilité ne s'étend pas aux administrateurs ou dirigeants de la société holding¹³.

13. S'agissant d'un groupe de sociétés, les intérêts à prendre en compte par les administrateurs ou dirigeants varient selon que la société est solvable ou insolvable. En vertu de la *common law*, le terme groupe de sociétés désigne "un ensemble de sociétés liées par des participations communes ou croisées, et soumises à un contrôle ou à une capacité de contrôle unifiés"¹⁴. Si la société est solvable, les administrateurs ou dirigeants sont en droit de prendre en considération les intérêts des sociétés en tant que groupe pour déterminer si les intérêts supérieurs de la société dont ils sont administrateurs ou dirigeants sont couverts par un plan d'action proposé¹⁵, à condition que les intérêts du groupe restent compatibles avec les intérêts de la société elle-même¹⁶. Si le groupe dans son ensemble est insolvable, les intérêts de la société suite à des opérations hasardeuses s'écarteraient sensiblement des intérêts du groupe¹⁷. Si les administrateurs ou dirigeants agissent de telle sorte que la société porte atteinte aux intérêts de ses créanciers dans une situation d'insolvabilité, ils manquent alors à leur obligation d'œuvrer au mieux des intérêts de cette société¹⁸.

14. L'affaire Bell synthétise bien ce que l'on attend des administrateurs ou dirigeants dans le cadre d'un groupe lorsqu'il y a insolvabilité. Les administrateurs ou dirigeants ne peuvent ignorer les intérêts de l'ensemble du groupe, mais ils doivent tenir compte des intérêts de chaque société lorsqu'une ou plusieurs sociétés

¹¹ Droit argentin des faillites, art. 65.

¹² Corporations Act 2001 (loi sur les sociétés), art. 588G.

¹³ Corporations Act 2001, art. 588V.

¹⁴ *Walker v Wimborne & Ors* (1976) 3 ACLR 529, p. 532 (Mason J).

¹⁵ *Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd.* (in liquidation) (No. 3) [2012] WASCA 157, p. 952 (Lee AJA); *Neat Domestic Trading Property Ltd. v AWB Ltd.* [2003] HCA 35 [47]; (2003) 216 CLR 277 (McHugh, Hayne, Callinan JJ).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Westpac Banking Corporation v Bell Group Ltd.*, voir note 15 ci-dessus, p. 952.

¹⁸ Ibid et *Walker v Wimborne & Ors*, voir note 14 ci-dessus, p. 532.

d'un groupe concluent une opération¹⁹. Dans l'affaire considérée, on a estimé que les administrateurs ou dirigeants avaient exposé les sociétés à un risque probable de perte et ne leur avaient pas offert une perspective probable de gain en se concentrant sur le groupe et en négligeant de prendre en compte les intérêts de chaque société²⁰.

C. Belgique

15. La loi belge impose aux administrateurs ou dirigeants l'obligation d'agir dans l'intérêt social de la société et non d'un actionnaire particulier ou des créanciers. La définition du terme "intérêt social" est interprétée par les tribunaux au cas par cas²¹. Même si les intérêts d'une société belge coïncident généralement avec les intérêts de l'ensemble du groupe, selon les circonstances, les administrateurs ou dirigeants d'une société donnée peuvent être amenés à agir de façon plus indépendante vis-à-vis du groupe²².

16. Lorsqu'il s'agit de concilier l'intérêt social d'une société et l'intérêt général du groupe, la loi belge renvoie aux principes énoncés dans la jurisprudence française pour déterminer si une opération donnée est équilibrée au regard de l'intérêt social (voir France, par. 22 à 24 ci-dessous).

D. Brésil

17. La loi brésilienne prévoit la possibilité de créer un groupe contractuel de sociétés. Le groupe de sociétés repose sur un contrat conclu par une société mère et une ou plusieurs sociétés placées sous contrôle, contrat en vertu duquel l'ensemble de ces sociétés s'engagent à regrouper leurs ressources ou leurs efforts pour atteindre des objectifs communs ou participer à des activités ou des entreprises communes²³.

18. Bien que chaque société conserve sa capacité juridique et ses avoirs propres²⁴, le groupe de sociétés peut désigner une direction pour le groupe et définir les pouvoirs, les obligations et les responsabilités de ses administrateurs ou dirigeants²⁵. Les administrateurs ou dirigeants des filiales doivent agir dans les limites des pouvoirs et obligations déterminés par les statuts constitutifs et par le contrat collectif, et suivre les instructions établies par les administrateurs ou dirigeants du groupe, sous réserve qu'elles n'entraînent pas de violation des obligations juridiques ou contractuelles²⁶. Les administrateurs ou dirigeants sont tenus de prendre en compte l'intérêt de l'ensemble du groupe lorsqu'ils doivent décider de conclure ou non une opération donnée.

¹⁹ *The Bell Group Ltd. v Westpac Banking Corporation* (No. 9) [2008] WASC 239 p. [4621] (Owen J).

²⁰ Ibid p. [9746].

²¹ International Insolvency Institute, Committee on Corporate and Professional Responsibility, Survey on Director and Officer Duties, Responsibilities, and Accountability, Belgium (Nora Wouters), p. 2.

²² Ibid., p.3.

²³ Lei 6404/76 du 15 décembre 1976, art. 265.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid, art. 272.

²⁶ Ibid, art. 273.

E. Colombie

19. La Colombie a adopté une définition du terme “groupe de sociétés”. Une filiale ou une entreprise placée sous contrôle est une société dont le pouvoir de décision est subordonné à la volonté d’une ou de plusieurs sociétés, directement ou indirectement²⁷. Selon la définition donnée par le Code du commerce, un groupe de sociétés est une entité qui fonde son action sur une unité de buts et d’orientations. Autrement dit, un objectif commun est déterminé par la société mère en vertu du contrôle et de la direction qu’elle exerce sur l’ensemble du groupe, même si chaque entreprise a une activité différente ou poursuit un but différent²⁸.

20. Dans le cadre d’un groupe de sociétés, les administrateurs ou dirigeants ne sont pas assujettis à des obligations particulières, mais chacun d’entre eux demeure soumis à une obligation générale de bonne foi et de loyauté, et doit gérer la société dont il a la charge en homme d’affaires avisé²⁹.

21. En cas d’insolvabilité, la société mère est responsable des engagements pris par la filiale si la faillite ou la liquidation a été provoquée par les opérations effectuées dans l’intérêt de la société mère ou d’une autre filiale, et contre les intérêts de la société insolvable³⁰. L’on présume, sauf preuve contraire, que la société est insolvable en raison des mesures découlant du contrôle auquel elle est soumise³¹.

F. France

22. En France, conformément à la jurisprudence, un groupe de sociétés existe dès lors que certaines sociétés sont unies par un lien de dépendance les mettant sous le contrôle d’une direction unique³². Il n’est pas nécessaire que soit constatée l’identité d’objet, la notion de groupe impliquant le simple effacement de la personnalité morale des sociétés dans un but financier unique³³.

23. S’agissant des obligations des administrateurs ou dirigeants, il faut que les opérations effectuées à l’intérieur du groupe i) soient dictées par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d’une politique élaborée pour l’ensemble de ce groupe; et ii) ne soient pas démunies de contrepartie, ne rompent pas l’équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées et n’excèdent pas les possibilités financières de celle qui en supporte la charge³⁴.

24. L’intérêt de chacune des entreprises est le principal critère pour évaluer la validité de l’opération. Il semble, cependant, que le cadre du groupe soit un facteur susceptible d’influer sur le résultat final pour ce qui est de l’exécution des obligations de l’administrateur ou du dirigeant envers la société.

²⁷ Code colombien du commerce, art. 260.

²⁸ Ibid, art. 261.

²⁹ Ley 222 de 1995 (20 décembre 1995), art. 23.

³⁰ Ley 1116 de 2006 (27 décembre 2006), art. 61.

³¹ Ibid.

³² Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 février 1985, n° 84-91581.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

G. Allemagne

25. Selon le droit allemand, la notion de “responsabilité collective” a été introduite pour imposer une obligation à l’administrateur ou dirigeant qui est également actionnaire majoritaire, afin de compenser toute perte imputable à l’exercice abusif de son pouvoir de gestion³⁵. La Cour fédérale allemande a estimé que ce principe s’appliquait également lorsque l’actionnaire était une personne physique³⁶. En l’espèce, l’administrateur, qui était aussi l’unique actionnaire, avait dirigé l’entreprise en fonction de ses seuls intérêts et fait de celle-ci une “entreprise dominante”, ce qui renvoie à la notion de responsabilité dans un groupe de sociétés.

26. La doctrine du dévoilement de la personnalité morale a été affinée afin d’établir la responsabilité délictuelle de l’administrateur ou du dirigeant de l’entreprise lorsque la direction encourage une filiale à recevoir une aide financière qui peut provoquer son insolvabilité³⁷. Ainsi, l’administrateur ou dirigeant a le devoir, pendant la période précédant l’insolvabilité, de veiller à la survie de la société, indépendamment de l’existence d’un groupe³⁸.

H. Italie

27. La législation italienne ne contient pas de dispositions spéciales sur les obligations des administrateurs et dirigeants au sein de groupes d’entreprises pendant la période précédant l’insolvabilité. Néanmoins, le Code civil contient des dispositions sur la responsabilité des sociétés mères et de leurs administrateurs et dirigeants pour les préjudices causés aux actionnaires ou créanciers des filiales³⁹. Les entités juridiques qui exercent des fonctions de “direction et de coordination” dans une entreprise italienne peuvent être tenues responsables à l’égard d’actionnaires minoritaires et de créanciers de la filiale en cas d’abus de ces fonctions lorsque la société exerçant le contrôle agit dans son propre intérêt ou dans l’intérêt de tiers⁴⁰.

28. Si la notion de “direction et de coordination” n’a pas été interprétée par la justice, les commentateurs ont estimé que des fonctions de “direction et de coordination” étaient exercées lorsqu’une part importante des décisions d’administration concernant la filiale sont prises quant au fond et de manière systématique par la direction de l’entité exerçant le contrôle, même si les décisions sont formellement mises en œuvre par la direction de la filiale. Cette législation s’applique aussi lorsque ces fonctions sont exercées conformément à un quelconque arrangement ou aux statuts de la société.

³⁵ INSOL, *Directors in the Twilight Zone III*, voir note 1 ci-dessus, p. 321.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., p.322.

³⁹ INSOL, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), voir note 1 ci-dessus, p. 446 à 448.

⁴⁰ Article 2497 du Code civil italien. Le contrôle est défini à l’article 2359 du Code civil italien comme la situation dans laquelle une entreprise peut: i) exercer une influence particulière sur l’assemblée générale des actionnaires d’une autre entreprise, indépendamment de la question de savoir si elle dispose ou non de la majorité des droits de vote, ou ii) exercer une influence particulière sur l’entreprise contrôlée en vertu de liens contractuels conclus entre ces deux entreprises.

29. Ce régime de responsabilité s'applique également aux personnes ayant commis une faute de gestion ou qui en tirent parti (par exemple, les administrateurs et dirigeants de l'entité exerçant le contrôle ou d'une de ses filiales), ces personnes pouvant être tenues conjointement et solidairement responsables⁴¹. Toutefois, elles peuvent être exonérées de leur responsabilité si les préjudices sont entièrement réparés, que ce soit au moyen d'opérations réalisées ultérieurement spécifiquement à cette fin ou par l'effet général des décisions de direction et de coordination prises à l'égard de la filiale⁴².

30. De plus, les parties lésées (créanciers et actionnaires minoritaires) ne peuvent engager des actions contre la société exerçant le contrôle et ses administrateurs et dirigeants que si elles ne sont pas en mesure d'obtenir réparation de la filiale.⁴³ Ces actions ne seront généralement possibles que lorsque la filiale est devenue insolvable.

31. Enfin, dans le cas d'un groupe d'entreprises, les administrateurs et dirigeants de la société mère et ceux de la filiale peuvent être tenus conjointement responsables pour les préjudices causés à la filiale insolvable en cas d'abus des fonctions de direction au sein du groupe⁴⁴.

I. Espagne

32. En vertu de la législation espagnole, est considéré comme un groupe d'entreprises la situation où une entreprise contrôle directement ou indirectement une autre entreprise, ou a la possibilité de le faire, en ce qui concerne les droits de vote ou la nomination des administrateurs ou dirigeants de l'entreprise contrôlée, que ce soit par l'acquisition d'actions donnant à l'entreprise exerçant le contrôle des droits de vote ou en vertu de tout autre accord⁴⁵.

33. Les administrateurs et dirigeants d'entreprises sont, en vertu de la loi espagnole, soumis au devoir de loyauté, qui doit tenir compte de l'intérêt général de l'entreprise elle-même⁴⁶. D'après la doctrine universitaire, la législation espagnole reconnaît l'existence et la légitimité d'un groupe d'entreprises, mais il reste difficile de déterminer si l'intérêt d'une entreprise peut tenir compte de l'intérêt du groupe tout entier⁴⁷.

J. Suisse

34. La législation suisse ne prévoit aucune disposition sur le traitement d'un groupe d'entreprises dans le domaine du droit des sociétés ou du droit de

⁴¹ Ibid.

⁴² INSOL, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), voir note 1 ci-dessus, p. 448.

⁴³ Article 2497 du Code civil italien.

⁴⁴ INSOL, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), voir note 1 ci-dessus, p. 448.

⁴⁵ Code du commerce espagnol, art. 42.

⁴⁶ Ley de Sociedades de Capital [loi sur les sociétés de capitaux] (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), art. 226.

⁴⁷ José Miguel Embrid Irujo, "Apuntes sobre los Deberes de Fidelidad y Lealtad de los Administradores de las Sociedades Anónimas" (2006) 46 Cuadernos de Derecho y Comercio 9.

l'insolvabilité, sauf quelques dispositions spécifiques prévues dans le droit de la comptabilité et des entreprises. La principale question en ce qui concerne les obligations d'un administrateur ou dirigeant d'une entreprise faisant partie d'un groupe est de savoir si la subordination des intérêts de l'entreprise contrôlée aux intérêts du groupe dans son ensemble peut être considérée comme un manquement à ses obligations. Le fait de savoir s'il y a insolvabilité ou non n'est pas pertinent à cet égard.

35. En général, le Tribunal fédéral suisse adopte une position conservatrice, estimant que les intérêts de l'entreprise devraient être considérés du point de vue de chaque entreprise et non de celui du groupe dans son ensemble⁴⁸. Il a récemment réaffirmé cette position⁴⁹: la responsabilité d'un membre du conseil d'administration de la société mère, qui est également président du conseil d'administration de la filiale, a été maintenue car la société mère, devenue ultérieurement insolvable, avait accordé un prêt à sa filiale qui à ce moment-là était déjà insolvable. Il a été estimé qu'un transfert d'avoirs de la société mère vers une filiale est considéré comme un manquement aux obligations qui incombent à la société mère lorsqu'un remboursement n'est pas envisageable. En outre, en sa qualité d'administrateur des deux entreprises, il était soumis à un examen plus strict en ce qui concerne sa responsabilité à l'égard de transactions intragroupe, il aurait donc dû être mieux informé qu'une partie externe de la situation financière des deux entreprises et des risques liés à la transaction.

K. États-Unis d'Amérique

36. Aux États-Unis⁵⁰, il a été estimé que les obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises évoluent légèrement lorsqu'une entreprise est insolvable. Dans une entreprise solvable, les administrateurs et dirigeants ont des obligations fiduciaires à l'égard de l'entreprise et de ses actionnaires⁵¹, mais en règle générale pas directement à l'égard des créanciers⁵². En cas d'insolvabilité, toutefois, il a été estimé que les obligations fiduciaires qui incombent aux administrateurs évoluent tout du moins partiellement pour englober également les créanciers de l'entreprise⁵³. Il a été fait observer que la question de savoir à l'égard de quelles personnes les administrateurs et dirigeants d'entreprises doivent s'acquitter de leurs obligations fiduciaires pendant l'insolvabilité fait depuis longtemps l'objet d'un

⁴⁸ Bundesgericht [Tribunal fédéral] BGE 138 57 et 61; BGE 130 III 213, 216 et suiv.

⁴⁹ Bundesgericht [Tribunal fédéral] 4A_74/2012 (18 juin 2012).

⁵⁰ Comme la section consacrée aux États-Unis d'Amérique dans INSOL, *Directors in the Twilight Zone* III (voir note 1 ci-dessus, p. 697), la présente section porte essentiellement sur la législation du Delaware, qui incorpore souvent la législation, et la législation fédérale (pour toutes les questions traitées par la United States Bankruptcy Court et non par les tribunaux des états).

⁵¹ Voir notamment *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, 930 A.2d 92, 99 (Del. 2007).

⁵² J. Haskell Murray, "Latchkey corporations": Fiduciary duties in wholly owned, financially troubled subsidiaries" (2011) 36 *Delaware Journal of Corporate Law*, p. 584; *Geyer v Ingersoll Publications Co.*, 621 A.2d 784, 787 (Del.Ch. 1992); et *In re Netzel*, 442 B.R. 896, 899 (Bankr. N.D. Ill. 2011).

⁵³ *Geyer v Ingersoll*, *ibid* p. 787 et *In re Netzel*, *ibid* p. 899.

débat et est source de confusion⁵⁴. Néanmoins, on s'accorde à dire que les tribunaux devraient conférer aux créanciers des droits supplémentaires lorsque l'entreprise est insolvable ou est sur le point de l'être⁵⁵.

37. Toutefois, la question de l'étendue de ces droits et de savoir à quel moment ils naissent n'est pas encore tranchée⁵⁶. Si la législation a été longtemps claire dans la mesure où les créanciers pouvaient exiger certaines obligations fiduciaires de la part des administrateurs et dirigeants lorsque l'entreprise devenait insolvable⁵⁷, une décision prise en 1991 a créé une certaine incertitude quant à la teneur de ces droits et à leur date de validité, estimant que du moins lorsqu'une entreprise était sur le point d'être insolvable, un conseil d'administration n'était pas seulement l'agent des porteurs de risques résiduels, mais devait également s'acquitter de ses obligations à l'égard de l'ensemble de l'entreprise⁵⁸. Une décision plus récente a précisé que les créanciers de l'entreprise ne pouvaient pas invoquer des droits fiduciaires directement à l'égard d'une entreprise indépendamment de sa solvabilité, mais qu'en cas d'insolvabilité ils pouvaient engager au nom de l'entreprise des actions obliques contre les administrateurs pour manquement à leurs obligations fiduciaires⁵⁹. Malheureusement, la décision ne traite pas de la question de savoir si les créanciers peuvent engager une telle action pendant la période précédant l'insolvabilité, et aucune affaire à ce jour n'a donné d'orientations dans le cas où une entreprise était proche de l'insolvabilité. En outre, certains états autorisent les créanciers à engager des actions obliques en cas de manquement aux obligations fiduciaires lorsque la filiale est proche de l'insolvabilité⁶⁰ et ne limitent pas ces actions aux seules actions obliques engagées au nom de la filiale.

38. Dans le cas d'un groupe d'entreprises, il a été estimé que les administrateurs et dirigeants de filiales détenues à 100 % par le groupe⁶¹ sont tenus de gérer les

⁵⁴ Murray, "Latchkey corporations", voir note 52 ci-dessus, p. 587.

⁵⁵ Ibid. p. 588 et *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, voir note 51 p. 101.

⁵⁶ Voir d'une manière générale *INSOL, Directors in the Twilight Zone III*, voir note 1 ci-dessus, p. 704 à 706.

⁵⁷ *Geyer v Ingersoll Publications Co.*, voir note 52 ci-dessus, p. 787.

⁵⁸ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v Pathé Communications Corp.* 1991 WL 277613 (Del. Ch. Dec. 30, 1991).

⁵⁹ *N. Am. Catholic Educ. Programming Foundation, Inc. v Gheewalla*, voir note 51 ci-dessus, p. 101 et *In re Netzel*, voir note 52 ci-dessus, p. 901.

⁶⁰ Murray, "Latchkey corporations", voir note 52 ci-dessus, p. 588 à 591 et 608; *Carrieri v Jobs.com Inc.*, 393 F.3d 508, 534 n.24; *In re James River Coal Co.*, 360 B.R. 139, 170 (Bankr. E.D. Va. 2007).

⁶¹ Dans un contexte autre que celui d'une filiale détenue à 100 %, il a été dit que le conflit entre les obligations qui incombent à l'entreprise contrôlée et ceux qui incombent à la société mère ne revêt guère d'importance dans la pratique, étant donné que les décisions des administrateurs et dirigeants sont généralement protégées par la règle relative à l'appréciation commerciale et les dispositions de la charte sur la décharge. Voir Murray, "Latchkey corporations", voir note 52 ci-dessus, p. 580 et *Orman v Cullman*, 794 A.2d 5, 22 (Del. Ch. 2002) (où il est noté que la présomption prévue dans la règle relative à l'appréciation commerciale protège largement les décisions prises par les administrateurs et dirigeants d'entreprises, mais peut être réfutée dans certaines circonstances, par exemple lorsque les administrateurs et dirigeants d'une entreprise avaient un "intérêt" dans le résultat de la transaction contestée) et Del. Code Ann tit. 8 § 102(b)(7) (qui permet aux entreprises de ne pas être tenues responsables des dommages causés par un manquement au devoir de diligence sauf en cas de manquement au devoir de loyauté de l'administrateur ou dirigeant d'entreprise à l'égard de la société ou de ses actionnaires).

affaires de la filiale dans le meilleur intérêt de la société mère et de ses actionnaires⁶². D'autres décisions judiciaires dont certaines prises récemment ont limité ce cas de figure et ont indiqué que les administrateurs ou dirigeants d'une filiale solvable détenue à 100 % ont des obligations fiduciaires tant à l'égard de la filiale que de son seul actionnaire, à savoir la société mère⁶³.

39. Néanmoins, la législation actuelle en ce qui concerne les obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises au sein de groupes d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité est assez floue. Comme indiqué plus haut au paragraphe 37, les créanciers peuvent engager des actions obliques au nom d'une entreprise insolvable pour les préjudices causés par les administrateurs et dirigeants de l'entreprise ou l'actionnaire qui exerce le contrôle⁶⁴. En outre, comme indiqué ci-dessus dans la note de bas de page 61, des actions obliques peuvent être engagées par des créanciers de la filiale contre les administrateurs de filiales pour manquement à leur devoir de loyauté ou parce qu'ils ont agi dans leur propre intérêt. Pendant la période précédant l'insolvabilité, les administrateurs de filiales détenues à 100 % qui suivent simplement les ordres de la société mère et qui approuvent des accords provoquant l'insolvabilité de la filiale pourraient être tenus responsable pour manquement à leur devoir de loyauté ou pour avoir agi dans leur propre intérêt⁶⁵. Ainsi, la législation actuelle risque d'encourager les administrateurs et dirigeants de filiales détenues à 100 % pendant la période précédant l'insolvabilité à privilégier les intérêts des créanciers de la filiale au lieu de gérer la filiale de manière à servir au mieux les intérêts de la société mère et de la filiale, même s'ils n'ont aucune obligation fiduciaire spécifique à l'égard des créanciers de la filiale puisque celle-ci n'est pas encore insolvable. Pendant la période précédant l'insolvabilité, les administrateurs et dirigeants de filiales détenues à 100 % seraient donc tenus d'agir dans l'intérêt de leur filiale, ce qui peut aussi être dans l'intérêt de la société mère ainsi que des créanciers de la filiale⁶⁶.

III. Questions à examiner

40. Compte tenu de l'analyse qui précède, il semble que la question des obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité dans le contexte des groupes d'entreprises n'est pas clairement traitée ni régie en détail dans les législations nationales. Le concept de groupes d'entreprises a été examiné et défini dans de nombreux pays, mais les questions liées aux obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises au sein de tels groupes ne sont pas entièrement clarifiées.

⁶² *Anadarko Petroleum Corp. v Panhalde Eastern Corp.* 545 A.2d 1171 (Supreme Court of Delaware, 1988) et *Trenwick Am. Litigation Trust v Ernst & Young, L.L.P.*, 906 A.2d 168, 196 n.75 (Del. Ch. 2006).

⁶³ *First American Corporation v Al-Nahyan*, 17 F Supp. 2d 26 (DC, 1998) et *In re Touch American Holdings, Inc.*, 401 BR 107, 129 (United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, 2009). Dans la réalité toutefois, lorsqu'une filiale détenue à 100 % est solvable, seul la société mère a le droit d'engager une action pour manquement aux obligations fiduciaires: Murray, "Latchkey corporations", voir note 52 ci-dessus, p. 597.

⁶⁴ Murray, "Latchkey corporations", voir note 52 ci-dessus, p. 603.

⁶⁵ Ibid, p. 605.

⁶⁶ Ibid, p. 607 et 608.

41. Vu l'importance grandissante des groupes d'entreprises dans le commerce mondial moderne, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il peut dans le cadre de ses travaux actuels formuler des orientations dans ce domaine, en tenant compte de la question des obligations des administrateurs et dirigeants d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité. Le cas échéant, il voudra peut-être se demander comment il convient de traiter cette question. Dans ses délibérations, il pourrait aussi se demander s'il serait utile de rappeler l'approche adoptée en ce qui concerne les dispositions relatives à l'annulation entre les membres d'un groupe d'entreprises dans la recommandation 217 de la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité).
