



Assemblée générale

Distr. générale
30 janvier 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-deuxième session
Vienne, 8-26 juillet 2019

Finalisation et adoption des textes relatifs au droit de l'insolvabilité

Projet de texte sur les obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité

Note du Secrétaire

1. Conformément à la demande faite par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa cinquante-quatrième session (Vienne, 10-14 décembre 2018), le Secrétaire transmet à la Commission, pour qu'elle le finalise et l'adopte à sa cinquante-deuxième session, en 2019, un projet de texte sur les obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité, joint en annexe à la présente note (A/CN.9/966, par. 113). Ce projet de texte intègre les modifications que le Groupe de travail était convenu d'apporter au document A/CN.9/WG.V/WP.153 à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/966, par. 112).

2. Les travaux sur ce thème ont été menés par le Groupe de travail parallèlement à ceux visant à élaborer un texte législatif sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises en se fondant sur des projets de textes établis par le Secrétaire (A/CN.9/WG.V/WP.125, A/CN.9/WG.V/WP.129, A/CN.9/WG.V/WP.139 et A/CN.9/WG.V/WP.153)¹. Ils ont été entrepris compte tenu du fait que ni la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, relative au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité (2010)², ni la quatrième partie de ce Guide législatif, relative aux obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité (2013)³, ne traitaient des questions particulières qui pourraient avoir une incidence sur les obligations des administrateurs exerçant cette fonction pour un ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises (par exemple un conflit entre les obligations de l'administrateur envers sa propre société et les intérêts

¹ Voir les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses quarante-sixième, quarante-septième, quarante-neuvième, cinquante-deuxième et cinquante-quatrième sessions (A/CN.9/829, A/CN.9/835, A/CN.9/870, A/CN.9/931 et A/CN.9/966).

² Disponible à l'adresse : <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-F.pdf>.

³ Disponible à l'adresse : <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-F.pdf>.



du groupe auquel appartient cette société). À sa quarante-quatrième session (Vienne, 16-20 décembre 2013), le Groupe de travail est convenu qu'il importait de traiter ces questions et d'examiner comment la quatrième partie du Guide législatif pourrait être appliquée au contexte de groupes d'entreprises, tout en notant que les solutions éventuelles devraient être examinées avec soin afin qu'elles n'entravent pas le redressement, qu'elles ne compliquent pas la tâche des administrateurs en vue de ce redressement ni ne poussent ces derniers à ouvrir prématurément une procédure d'insolvabilité (A/CN.9/798, par. 23).

3. À ses quarante-huitième, quarante-neuvième et cinquantième sessions, tenues entre 2015 et 2017, la Commission a noté que si les travaux étaient déjà en bonne voie, ils ne lui seraient présentés pour finalisation et adoption qu'une fois que les travaux sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises seraient suffisamment avancés, de manière à garantir la cohérence des approches suivies dans les deux textes⁴. À sa cinquante et unième session, en 2018, elle a noté qu'un projet de commentaires et de recommandations sur les obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité avait été établi et qu'il était probable que ce texte puisse être finalisé et adopté en même temps que les projets de loi type et de guide pour l'incorporation sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises⁵.

4. Le projet de texte figurant en annexe à la présente note a été établi étant entendu qu'il constituerait une section supplémentaire de la quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, traitant des obligations des administrateurs pendant la période précédant l'insolvabilité. Les renvois dans le projet de texte reflètent cette approche. Certaines parties du projet de texte figurant entre crochets seront complétées lorsque la Commission aura adopté un projet de loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises et le guide pour son incorporation.

⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17), par. 235 ; *ibid.*, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17), par. 243 ; et *ibid.*, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17), par. 269.

⁵ *Ibid.*, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17), par. 132.

Annexe

Projet de texte sur les obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité

Table des matières

| | <i>Page</i> |
|--|-------------|
| Introduction et objet de la présente section | 4 |
| Glossaire | 4 |
| I. Généralités | 5 |
| II. Aspects des obligations des administrateurs de membres de groupes d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité | 8 |
| A. Nature des obligations | 8 |
| Recommandations 267 et 268 | 9 |
| B. Identification des personnes redevables des obligations | 11 |
| C. Conflit d'obligations | 12 |
| Recommandations 269 et 270 | 13 |

Introduction et objet de la présente section

1. La présente section se fonde sur les recommandations 255 à 266 de la première section, qui traitent des obligations des administrateurs d'entreprises autonomes dans la période précédant l'insolvabilité. En mettant l'accent sur la nature des obligations et les mesures qui peuvent être prises pour s'en acquitter (visées dans les recommandations 255 et 256), elle examine comment ces recommandations pourraient être modifiées pour s'appliquer aux administrateurs¹ dans le contexte de groupes d'entreprises. Les recommandations 257 à 266 de la première section restent applicables dans le contexte des groupes d'entreprises. Toutefois, les renvois aux recommandations 255 et 256 qui y figurent doivent être compris, aux fins de cette section supplémentaire, comme des références aux recommandations 267 et 268 de la présente section.
2. Des recommandations supplémentaires (269 et 270) ont été ajoutées à la présente section pour traiter de la situation où un administrateur est nommé à un poste de direction ou de gestion, ou occupe un tel poste, auprès de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, et où un conflit naît dans le cadre de l'exécution des obligations dues aux différents membres du groupe.
3. La présente section est à lire en parallèle avec la première section, ainsi qu'avec la troisième partie du Guide législatif. [En outre, en 2019, la CNUDCI a adopté un texte législatif intitulé « Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises », qui vise à faciliter les procédures d'insolvabilité des groupes d'entreprises. Ce texte et le guide pour l'incorporation qui l'accompagne procurent un cadre destiné à rationaliser la conduite de ces procédures et à contribuer à l'élaboration de solutions collectives à l'insolvabilité, notamment en établissant un régime relatif à la reconnaissance internationale de ces solutions et en prévoyant les mesures qui pourraient être nécessaires pour en appuyer l'élaboration. Cette Loi type et le guide pour son incorporation fournissent des informations qui seront utiles aux administrateurs et autres responsables visés dans la présente section.]

Glossaire

4. La présente section utilise la même terminologie que les autres parties du Guide législatif. Les termes supplémentaires suivants se rapportent spécifiquement à la présente section et doivent être lus conjointement avec les termes et explications figurant dans le glossaire principal et dans celui qui accompagne la troisième partie du Guide législatif :
 - a) Le terme « membre d'un groupe d'entreprises » désigne une entreprise qui fait partie d'un groupe d'entreprises ;
 - b) Le terme « procédure de planification » désigne une procédure principale ouverte à l'encontre d'un membre d'un groupe d'entreprises, sous réserve que :
 - i) Un ou plusieurs autres membres du groupe d'entreprises participent à cette procédure principale aux fins de l'élaboration et de la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité ;
 - ii) Il y ait des chances que le membre du groupe d'entreprises faisant l'objet de la procédure principale soit un participant nécessaire et à part entière à cette solution collective à l'insolvabilité ; et
 - iii) Un représentant du groupe ait été désigné ;

¹ La question de savoir quelles personnes peuvent être considérées comme administrateurs d'entreprises aux fins de la présente section est examinée aux paragraphes 13 à 16 du chapitre II de la première section. Bien qu'il n'existe pas de définition universellement acceptée du terme, la présente section fait également référence, de manière générale, aux « administrateurs », par souci de commodité.

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

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

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

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

I. Généralités

5. La première section examine les obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité, en indiquant la manière dont elles sont traitées dans les lois existantes. Si certains pays ont élaboré des dispositions visant à imposer de telles obligations aux administrateurs, les avantages et inconvénients relatifs de tels régimes continuent de faire l'objet de débats². La première section souligne que des mesures doivent être prises rapidement lorsqu'une entreprise se trouve confrontée à des difficultés financières, pour en enrayer le déclin et faciliter son sauvetage ou son redressement. Elle note également que, si les lois sur l'insolvabilité de nombreux pays ont été revues pour mettre davantage l'accent sur les possibilités d'adopter rapidement des mesures, on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit ces possibilités³. La première section encourage l'élaboration de mesures d'incitation appropriées en recensant, en vue de leur incorporation dans la législation relative à l'insolvabilité, les obligations fondamentales de l'administrateur d'une entreprise dans la période précédant l'insolvabilité et les mesures qui peuvent être prises pour s'en acquitter. Ces obligations ne deviendraient exécutoires que lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte.

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

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

² Voir le chapitre I de la première section, par. 8 à 10.

³ Ibid., par. 6.

membres d'un groupe, soulèvent un certain nombre de questions pour les administrateurs de membres de groupes d'entreprises. L'adhésion à l'approche de l'entité distincte signifie en général que l'administrateur encourage la réussite et défend les intérêts de l'entreprise qu'il dirige, en respectant la responsabilité limitée de celle-ci et en veillant à ce que ses intérêts ne soient pas sacrifiés en faveur des intérêts du groupe, ce qui doit être réalisé indépendamment des intérêts du groupe d'entreprises dans son ensemble, de la position qu'occupe l'entreprise concernée dans la structure du groupe, du degré d'indépendance ou d'intégration entre les membres du groupe et de l'incidence de la propriété et du contrôle. Toutefois, lorsqu'une entreprise qui fait partie d'un groupe s'appuie, du moins dans une certaine mesure, sur d'autres membres du groupe pour assumer certaines fonctions essentielles (par exemple le financement, la comptabilité, les services juridiques, les fournisseurs, les marchés, la gestion, la prise de décisions ou la propriété intellectuelle), il peut être difficile, voire impossible, de régler ses difficultés financières en la considérant comme une entité distincte. La non-compréhension de la complexité des obligations de l'administrateur peut provoquer l'échec que l'on cherche à éviter. La troisième partie examine en détail la réalité économique actuelle des groupes d'entreprises et, dans le contexte de l'insolvabilité, l'impact du traitement des membres d'un groupe en tant qu'entités distinctes sur le règlement des difficultés financières de certains membres du groupe d'entreprises ou du groupe d'entreprises pris plus largement⁴.

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

9. Les situations dans lesquelles les intérêts de membres particuliers d'un groupe d'entreprises peuvent être affectés par ceux du groupe pris plus largement se présentent entre autres lorsqu'un des membres du groupe est un fournisseur essentiel, ou fournit un financement à un autre membre ou se porte garant pour un financement fourni par un prêteur externe à un autre membre, dans le cadre d'une tentative de sauvetage de ses propres activités et du groupe dans son ensemble ; lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises accepte de transférer son activité ou ses actifs, de céder une opportunité commerciale à un autre membre ou de passer avec lui un contrat à des conditions qu'on ne peut qualifier de commercialement viables, mais d'une manière qui pourrait, en fin de compte, profiter aux activités du membre du groupe qui accepte le transfert, la cession ou le contrat en question ; ou lorsqu'un membre d'un groupe d'entreprises conclut des garanties réciproques avec d'autres membres du groupe pour aider le groupe dans son ensemble à mieux tirer parti de ses actifs pour financer les activités du groupe.

10. Des considérations de ce type peuvent être pertinentes dans la période précédant l'insolvabilité, au moment où il peut être nécessaire de renforcer le contrôle et la coordination des activités du groupe d'entreprises pour maximiser ses performances et trouver des solutions collectives à l'insolvabilité pour résoudre les difficultés financières du groupe dans son ensemble ou de certains de ses éléments. À ce moment, il peut aussi y avoir davantage d'occasions de tirer profit des membres plus

⁴ Guide législatif, troisième partie, chap. I.

vulnérables et dépendants du groupe d'entreprises, dans l'intérêt d'autres membres, notamment par le biais de transferts d'actifs, de la déviation d'opportunités commerciales et de l'utilisation de ces membres du groupe pour effectuer des opérations ou activités plus risquées ou absorber des pertes et des actifs douteux.

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

12. Si, comme il est noté plus haut, rares sont les législations qui traitent des obligations des administrateurs dans le contexte des groupes d'entreprises, les tribunaux de différents pays reconnaissent à des degrés divers la réalité pratique du mode de fonctionnement des groupes d'entreprises. Si l'on considère généralement que les administrateurs doivent agir dans l'intérêt du membre ou des membres du groupe d'entreprises qu'ils dirigent, dans certains pays, ils peuvent être autorisés à tenir compte, par exemple, des avantages commerciaux directs ou indirects que ce membre pourrait retirer d'une stratégie adoptée à l'égard d'autres membres du groupe et de la mesure dans laquelle la prospérité de ce membre ou sa survie dépendent de la santé du groupe dans son ensemble. Toutefois, un avantage collectif ne suffira généralement pas en lui-même à justifier des actes jugés comme portant préjudice aux créanciers. En outre, les administrateurs devront peut-être aussi tenir compte de tout préjudice raisonnablement prévisible que le membre qu'ils dirigent pourrait subir du fait de la stratégie adoptée, et de la position des créanciers chirographaires de ce membre, en particulier lorsque sa solvabilité risque d'être mise en cause. Cette dernière considération est particulièrement importante lorsque l'opération porte sur une garantie ou une sûreté sur un prêt consenti à un autre membre du groupe d'entreprises, surtout lorsque la survie de cet autre membre n'est pas essentielle à la solvabilité du membre du groupe fournissant la garantie ou la sûreté.

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

14. La présente section examine la mesure dans laquelle l'administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises peut tenir compte de facteurs allant au-delà du membre qu'il dirige dans la période précédant l'insolvabilité et les garanties qui devraient s'appliquer. Ces facteurs refléteront, dans une plus ou moins grande mesure, des aspects de la réalité économique du groupe d'entreprises. La présente section propose des principes qui pourraient être inclus dans la législation concernant les

obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe dans la période précédant l'insolvabilité. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs au moment d'examiner et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire adéquat. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir première partie du Guide législatif, chap. I, par. 1 à 14 et recommandation 1) à travers une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement draconiennes peuvent présenter des écueils et constituer des menaces pour les entrepreneurs.

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

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

A. Nature des obligations

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

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

18. La première section (chap. II, par. 5) examine les types de mesures qu'un administrateur est raisonnablement censé prendre pour remédier aux difficultés financières, éviter l'insolvabilité et, si celle-ci est inévitable, en minimiser les effets. Ces mesures, qui restent pertinentes dans le contexte des groupes, pourraient être complétées par des mesures supplémentaires, en fonction de la situation, qui

pourraient nécessiter un certain degré d'assistance mutuelle et de coopération avec d'autres membres du groupe d'entreprises. Les mesures supplémentaires peuvent être influencées par la position du membre dans le groupe d'entreprises et il convient, par conséquent, de déterminer si le fait d'appuyer la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments permettrait de préserver ou de créer une valeur plus grande que l'adoption de mesures concernant uniquement le membre concerné. Pour ce faire, on pourrait envisager d'évaluer les éléments suivants : les obligations, tant financières que juridiques, du membre concerné envers les autres membres du groupe d'entreprises ; les opérations qui devraient (ou pas) être réalisées avec d'autres membres du groupe ; les sources possibles et la disponibilité de financements (à la fois dans la période précédant l'insolvabilité et après l'ouverture d'une procédure formelle), y compris la fourniture de tels financements par le membre concerné à d'autres membres du groupe ; et l'impact des solutions collectives à l'insolvabilité possibles, qu'elles soient limitées au membre concerné ou impliquent le groupe plus largement, sur les créanciers et les autres parties prenantes du membre en question. L'administrateur pourrait aussi envisager d'organiser des négociations informelles avec les créanciers, notamment des négociations volontaires de restructuration, en vue de trouver une solution collective à l'insolvabilité, pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments, qui soit favorable au membre concerné.

19. Lorsque l'insolvabilité est inévitable et qu'une procédure formelle doit être ouverte, l'administrateur peut déterminer le tribunal à saisir, surtout lorsqu'il est possible de présenter une demande conjointe avec d'autres membres du groupe d'entreprises et de coordonner les procédures sur le plan procédural, comme l'évoque la troisième partie du Guide législatif⁵.

Recommandations 267 et 268

Objet des dispositions législatives

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

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

⁵ Ibid., recommandations 202 à 210.

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

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

Contenu des dispositions législatives

Obligations

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

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

Mesures raisonnables aux fins de la recommandation 267

268. Aux fins des recommandations 255 et 267, et dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec les obligations de la personne visée à l'alinéa a) de la recommandation 267 envers le membre du groupe d'entreprises auprès duquel elle a été nommée, les mesures raisonnables dans le contexte des groupes d'entreprises pourraient consister, outre celles qui sont énoncées dans la recommandation 256, à :

1. a) Évaluer la situation financière du membre du groupe d'entreprises et du groupe d'entreprises au moment considéré pour déterminer si une valeur plus grande pourrait être préservée ou créée en envisageant une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments ;
- b) Examiner les obligations, financières et autres, du membre du groupe d'entreprises envers les autres membres, et à déterminer si des opérations devraient être réalisées avec d'autres membres du groupe, ainsi que les sources possibles et la disponibilité de financements ;
- c) Évaluer si les créanciers et les autres parties prenantes du membre du groupe d'entreprises seraient mieux servis par une solution collective à l'insolvabilité s'adressant à l'ensemble du groupe ou à certains de ses éléments ;
- d) Appuyer la mise en œuvre d'une solution collective à l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe ou pour certains de ses éléments ;

e) Tenir des négociations informelles avec les créanciers et y participer, notamment des négociations volontaires de restructuration⁶, organisées pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour certains de ses éléments ; et

f) Déterminer si une procédure formelle d'insolvabilité devrait être ouverte.

2. Dans le cas où une procédure formelle d'insolvabilité doit être ouverte, déterminer le tribunal à saisir, voir si une demande conjointe⁷ avec d'autres membres concernés du groupe d'entreprises est possible ou appropriée, et si les procédures devraient être coordonnées sur le plan procédural⁸.

B. Identification des personnes redevables des obligations

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

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

22. Parmi les personnes susceptibles d'être considérées comme administrateurs dans le contexte d'un groupe d'entreprises figurent un autre membre du groupe ou l'administrateur d'un autre membre du groupe, y compris un administrateur occulte⁹ de cet autre membre. Si certaines lois ne permettent pas à un membre d'un groupe d'entreprises d'être officiellement nommé en tant qu'administrateur d'un autre membre, il peut néanmoins être considéré comme un administrateur occulte de celui-ci lorsqu'il exerce une influence sur les activités de ce membre, ou les dirige.

23. La première section (chap. II, par. 13 à 16) s'attache aux personnes redevables des obligations mentionnées ci-dessus. La recommandation 258 adopte une formulation large, en prévoyant qu'il peut s'agir de tout administrateur officiellement désigné et de toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d'un

⁶ Ibid., première partie, chap. II, par. 2 à 18.

⁷ Ibid., troisième partie, recommandations 199 à 201.

⁸ Ibid., recommandations 202 à 210.

⁹ Ce terme est expliqué dans la première section, chap. II, note de bas de page 11 relative au paragraphe 13.

administrateur. Le paragraphe 15 du commentaire accompagnant la recommandation recense les types de fonctions qu'une telle personne est censée remplir. Ces aspects s'appliqueraient également dans le contexte des groupes d'entreprises examiné dans cette section.

C. Conflit d'obligations

24. Il arrive souvent, dans les groupes d'entreprises, qu'un administrateur exerce ses fonctions ou occupe un poste de gestion ou de direction au sein de plusieurs membres du groupe, que ce soit en raison de la structure du groupe en matière de propriété et de contrôle, des alliances entre les membres du groupe, de liens familiaux existant dans le groupe ou d'un autre aspect de la manière dont les activités du groupe sont organisées¹⁰. Quelle que soit la raison, un administrateur qui siège aux conseils d'administration de plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, ou est responsable de leur gestion, peut se trouver confronté, dans la période précédant l'insolvabilité, à d'éventuels conflits entre les obligations qu'il doit à ces différents membres du groupe alors que ceux-ci cherchent à définir la stratégie la mieux à même de préserver la valeur et d'apporter la meilleure solution aux difficultés financières de chaque membre du groupe. La nature et la complexité du conflit peuvent tenir à la position des membres qu'il dirige dans la hiérarchie du groupe, au degré d'intégration entre les membres et aux modalités de contrôle et de propriété. Ainsi, lorsqu'un administrateur siège par exemple aux conseils d'administration de l'entreprise mère et de membres du groupe d'entreprises qu'elle contrôle, il faudra qu'il puisse prouver que toute opération impliquant l'entreprise mère a tenu compte du membre contrôlé du groupe et a été réalisée de manière juste et raisonnable à son égard.

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

26. Les administrateurs qui sont confrontés à un tel conflit sont censés agir de manière raisonnable et prendre les mesures appropriées pour remédier à la situation. En fonction de la situation, l'administrateur devra peut-être définir la nature et l'étendue du conflit, conformément à la loi applicable, et déterminer la manière de le régler. Dans certaines circonstances, il peut suffire qu'il communique aux conseils d'administration concernés les informations pertinentes relatives au conflit (notamment sa nature et son étendue), tandis que dans d'autres, il sera raisonnable de transmettre ces informations plus largement aux créanciers et aux autres parties prenantes, y compris aux conseils d'administration d'autres membres du groupe d'entreprises. Une telle déclaration peut être suffisante pour démontrer le maintien de l'intégrité de l'administrateur, et tout défaut d'impartialité ou d'indépendance de sa part pourra être évalué au regard des circonstances mises au jour.

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

¹⁰ Guide législatif, troisième partie, chap. I, par. 6 à 15.

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

28. Il peut être essentiel, pour que l'administrateur puisse s'acquitter de ses obligations faisant l'objet du conflit, de mettre en œuvre une bonne gouvernance d'entreprise, à savoir qui appuie l'analyse de la situation des membres du groupe dont découle le conflit et consigne les motifs des mesures prises. Une politique en matière de gouvernance d'entreprise ne saurait remplacer ou limiter les obligations de l'administrateur envers le ou les membres du groupe d'entreprises, mais elle fournit des indications quant aux mesures considérées comme raisonnables pour gérer le conflit. Il est également possible que des différences de politiques ou de normes en matière de gouvernance d'entreprise entre les membres d'un groupe d'entreprises entraînent des conclusions et des solutions contradictoires, que les administrateurs doivent soigneusement examiner et évaluer.

Recommandations 269 et 270

Objet des dispositions législatives

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

Contenu des dispositions législatives

Conflit d'obligations

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

Mesures raisonnables en vue de gérer un conflit d'obligations

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

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

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

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

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