



Assemblée générale

Distr. limitée
12 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

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-8	2
Obligations des administrateurs d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité		4
Introduction et objet de la présente [partie]		4
I. Historique	1-15	4
II. Éléments des obligations des administrateurs d'entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité	16-57	10
A. Nature des obligations	16-21	10
B. Naissance des obligations: période précédant l'insolvabilité	22-25	15
C. Identification des parties redevables des obligations	26-29	16
D. Responsabilité	30-36	18
E. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	37-57	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 de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (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 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, quarante et unième et quarante-deuxième sessions (31 octobre-4 novembre 2011, Vienne, 30 avril-4 mai 2012, New York et 26-30 novembre 2012, Vienne). 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, A/CN.9/742 et A/CN.9/763 respectivement).

5. Le texte ci-après fait fond sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.96, 100, 104 et 108, ainsi que sur les décisions prises par le Groupe de travail à ses trente-neuvième, quarantième, quarante et unième et quarante-deuxième sessions. Par souci de commodité, on a conservé entre crochets dans la présente note la numérotation des paragraphes et des recommandations utilisée dans précédents projets de ce texte (soit A/CN.9/WG.V/WP.104 et 108).

6. 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 seraient incorporés dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la présentation du texte ci-après suit celle du Guide. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si ce texte devrait former une nouvelle partie du Guide ou s'il devrait y être intégré en tant que section supplémentaire d'une partie existante, par exemple

¹ Le premier sujet, relatif au centre des intérêts principaux et à certaines questions connexes, est examiné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.112.

deuxième partie, chapitre III, Participants. Par suite d'une demande formulée à la quarante-deuxième session, le commentaire respecte désormais l'ordre des recommandations qui ne figurent plus ensemble à la fin du texte mais suivent les parties pertinentes du commentaire. Une clause relative à l'objet précède chaque ensemble de recommandations, conformément aux parties 1 à 3 du Guide.

7. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner s'il convient de regrouper des termes spécifiques dans un glossaire relatif à la présente [partie].

8. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que du texte nouveau, placé entre crochets, a été ajouté aux paragraphes suivants pour examen: introduction et objet, paragraphes 1 et 2; historique, paragraphe 2; section II, paragraphes 20 d), f), j), 21, 21A, 22, 25, 33, 35, 36, 47, 48, 51, 55 et 57. Des clauses relatives à l'objet doivent être examinées pour les projets de recommandation 3 à 12, ainsi que certains mots figurant dans les projets de recommandation 1, 3, 6, 8, dans le projet de recommandation 12 et dans la note de bas de page y relative.

Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité

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

Introduction et objet de la présente [partie]

[1. La présente [partie] met l'accent sur les obligations qui pourraient être imposées aux personnes chargées de prendre des décisions relatives à la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci fait face à une insolvabilité imminente ou que l'insolvabilité devient inévitable. L'imposition de telles obligations, qui deviendraient exécutoires à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a pour but de protéger les intérêts légitimes des créanciers et d'autres parties prenantes et de favoriser des actions opportunes afin de réduire au minimum les effets des problèmes financiers que connaît l'entreprise. La mise en place d'un conseil d'administration est un facteur important pour régler ces questions. De manière générale, le conseil se compose de personnes qui participent au capital de l'entreprise, qui travaillent pour la société, notamment les directeurs des opérations commerciales, ou qui ont des liens avec ses actionnaires ("administrateurs internes"), ainsi que de personnes indépendantes, souvent sélectionnées du fait de leur expérience et de leur sens commercial ("administrateurs indépendants"). Les administrateurs indépendants peuvent être moins informés que les administrateurs internes, les créanciers ou les tiers, et avoir un accès aux informations plus restreint que ceux-ci. Selon la situation de fait et selon que les administrateurs sont internes ou indépendants, leur responsabilité peut varier.]

[2. Les éléments clefs des dispositions qui imposent de telles obligations sont traités, notamment a) la nature et l'étendue des obligations, b) le moment où les obligations devraient naître, c) les personnes à qui incomberaient les obligations, d) la responsabilité en cas de manquement aux obligations, e) l'exécution de ces obligations, f) les exceptions applicables, g) les recours, h) les personnes susceptibles d'engager une action en justice pour faire exécuter les obligations, et i) les financements possibles de ces actions.]

I. Historique

1. [6] Les cadres de gouvernance des entreprises réglementent un ensemble de relations entre les dirigeants d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes et définissent non seulement la structure à travers laquelle les objectifs de l'entreprise sont fixés et réalisés mais aussi les normes au regard desquelles les résultats peuvent être contrôlés. Une bonne gouvernance d'entreprise devrait inciter le conseil d'administration et les dirigeants à poursuivre des objectifs favorables aux intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires tout en favorisant la confiance nécessaire pour promouvoir les investissements dans l'entreprise et le développement des affaires. Beaucoup a été fait à l'échelle internationale pour élaborer des principes de gouvernance des entreprises² qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui déterminent notamment

² Voir par exemple les Principes de gouvernance d'entreprise de l'OCDE, 2004.

les obligations des personnes chargées des décisions relatives à la gestion d'une entreprise (désignées dans la présente [partie] "administrateurs")³ quand l'entreprise est solvable.

2. [7] Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte, de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent que les obligations des administrateurs diffèrent, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquaient avant l'ouverture de cette procédure, le principal objectif étant de donner la priorité à l'optimisation de la valeur de la masse et à sa préservation en vue de la distribuer aux créanciers. Fréquemment, les administrateurs cessent de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un représentant de l'insolvabilité, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. [La recommandation 112 présente différentes possibilités relatives au rôle que le débiteur peut jouer dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, notamment maintien à la tête de l'entreprise, dessaisissement partiel et dessaisissement total.] Les obligations des administrateurs d'entreprises, une fois ouverte la procédure d'insolvabilité, sont traitées ci-dessus dans les recommandations 108 à 114 et dans le commentaire, deuxième partie, chapitre III, paragraphes 22 à 34. La recommandation 110 spécifie de manière assez détaillée les obligations auxquelles doit donner naissance, en vertu de la législation sur l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ces obligations, qui continuent de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure, sont notamment les suivantes: coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs; fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur la situation financière et les affaires de l'entreprise; et coopérer avec le représentant de l'insolvabilité ou lui apporter son aide pour qu'il prenne le contrôle effectif de la masse et qu'il puisse recouvrer les actifs et les documents commerciaux de l'entreprise. L'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ces obligations est également évoquée (recommandation 114 et paragraphes 32 à 34 du commentaire).

3. [8] Outre le fait qu'elles assurent un processus juridique prévisible pour faire face aux difficultés financières des entreprises débitrices ainsi que le cadre nécessaire à leur redressement efficace ou à leur liquidation rationnelle, des lois judicieuses en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et en particulier la conduite des administrateurs de ces entreprises pendant la période précédant l'insolvabilité. Toutefois, l'on ne s'est guère attaché, à l'échelle internationale, à harmoniser les différentes approches établies par les législations nationales qui pourraient faciliter l'examen de cette conduite et d'importantes divergences subsistent. La nature et l'étendue des obligations que les administrateurs pourraient avoir dans la période où l'entreprise connaît peut-être déjà des problèmes financiers mais n'est pas encore insolvable ou visée par une procédure d'insolvabilité ne sont pas bien définies. Cependant, elles font de plus en plus souvent l'objet d'un débat approfondi, compte tenu en particulier des nombreuses défaillances qui ont suivi la crise financière mondiale de 2008.

³ La question de savoir quelles personnes peuvent être considérées comme administrateurs d'entreprises aux fins de la présente [partie] est examinée aux paragraphes ... ci-après. Bien que l'expression "administrateurs d'entreprises" ne fasse pas l'objet d'une définition universellement acceptée, elle est employée dans la présente [partie] pour plus de commodité.

4. [9] Une entreprise se trouvant dans l'incapacité effective ou imminente de s'acquitter de ses obligations financières et contractuelles à leur échéance a besoin d'une direction solide, étant entendu que sa situation appelle généralement des décisions et des jugements difficiles, qui seront cruciaux pour la survie de l'entreprise et bénéficieront donc à ses propriétaires, à ses créanciers, à ses clients, à ses employés et à d'autres personnes. Des administrateurs compétents doivent comprendre la situation financière de l'entreprise et posséder toutes les informations raisonnablement disponibles qui sont nécessaires pour leur permettre de prendre des mesures appropriées afin de remédier à leurs difficultés financières et d'éviter que la situation n'empire. Ils sont alors amenés à déterminer la démarche la mieux susceptible de servir les intérêts de l'entreprise dans son ensemble après avoir pris en compte les intérêts des parties prenantes concernées eu égard aux circonstances de l'espèce. En vertu de certaines lois, ces parties prenantes seront la société elle-même et ses actionnaires. Dans d'autres textes, il peut s'agir d'une communauté d'intérêts plus large comprenant les créanciers. Les administrateurs qui s'inquiètent de leur responsabilité personnelle et des répercussions financières que peuvent avoir des décisions délicates dans de telles circonstances risquent de fermer prématurément l'entreprise au lieu d'essayer de la tirer d'affaire, de se comporter de manière inadaptée, notamment de disposer inéquitablement d'actifs ou de biens, ou d'être tentés de démissionner, aggravant souvent les difficultés de la société.

5. [9A] Il n'est pas facile pour les administrateurs et les dirigeants de concilier les différents intérêts et motivations des parties prenantes, qui peuvent constituer une source de conflit. Par exemple, les actionnaires de l'entreprise, qui ne bénéficieront généralement pas de la répartition dans une procédure d'insolvabilité, ont intérêt à renforcer leur position en essayant d'éviter l'insolvabilité ou de résister à une vente potentielle dans l'espoir d'obtenir un meilleur rendement, en particulier lorsque le prix de vente ne couvrirait que les montants dus aux créanciers, ne laissant rien aux actionnaires. Des stratégies à haut risque peuvent alors être adoptées afin de préserver ou d'accroître la valeur de l'entreprise pour les actionnaires, alors même que cela peut mettre en péril les intérêts des créanciers. Une telle démarche peut aussi témoigner du peu d'importance accordée aux chances de succès en raison de la protection octroyée par le régime de responsabilité limitée ou par l'assurance-responsabilité des administrateurs si les mesures adoptées ne donnent pas satisfaction.

6. [10] Malgré les difficultés potentielles liées à la prise de décisions appropriées, lorsqu'une entreprise se heurte à des difficultés financières, il est essentiel que des mesures soient adoptées au plus tôt. En général, les ressources financières diminuent plus rapidement que de nombreuses parties pourraient le penser et, quand la situation financière d'une entreprise s'aggrave, la possibilité d'une solution viable s'amenuise très vite. L'adoption de mesures précoces doit être facilitée par un accès facile aux procédures pertinentes. Il y a peu à gagner à précipiter une intervention des administrateurs si celle-ci n'est pas encadrée par des procédures pertinentes et efficaces⁴. En outre, les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant la conduite de

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

procédures informelles, telles que des négociations de restructuration (question examinée dans la première partie, chap. II, par. 2 à 18) peuvent contribuer à les dissuader d'adopter rapidement des mesures. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités d'adopter rapidement des mesures afin de faciliter le sauvetage ou le redressement des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin de tirer parti des possibilités en présence ou d'ouvrir la procédure officielle, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu.

7. [11] Un certain nombre de pays s'emploient à encourager une action rapide en obligeant le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure officielle dans un délai précis après que l'insolvabilité est devenue effective afin d'éviter que l'entreprise ne poursuive son activité alors qu'elle est insolvable. D'autres lois abordent la question en mettant l'accent sur les obligations des administrateurs pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et en engageant leur responsabilité pour les dommages causés par la poursuite de leur activité alors qu'il était clair ou qu'il aurait dû être prévu que l'insolvabilité était inévitable. Ces dispositions se justifient par la volonté d'inciter les intéressés à agir rapidement en engageant des négociations de restructuration ou une procédure de redressement, et à empêcher les administrateurs d'externaliser les coûts de l'entreprise en difficulté financière et de faire peser tous les risques liés à de futures activités sur les créanciers.

8. [12] L'imposition de telles obligations fait sans cesse débat. Ceux qui considèrent qu'une telle approche a des avantages⁵ font observer que lesdites obligations peuvent contribuer à encourager les administrateurs à agir prudemment et à prendre rapidement des mesures pour enrayer le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus importantes et d'empêcher que de nouveaux créanciers ne se trouvent mêlés aux difficultés financières de l'entreprise. En d'autres termes, ces obligations peuvent avoir pour effet de contrôler et de discipliner les administrateurs en les dissuadant d'adopter des lignes de conduite trop risquées ou d'approuver passivement des mesures elles aussi trop risquées proposées par d'autres administrateurs, compte tenu des sanctions prévues en cas de manquement aux obligations. Celles-ci ont peut-être aussi l'avantage d'encourager les administrateurs à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières surgissent.

9. [13] Les auteurs qui estiment que cette formule comporte d'importants inconvénients citent les exemples suivants. Une règle présumant d'une mauvaise gestion uniquement sur la base de difficultés financières conduit souvent des administrateurs par ailleurs compétents à quitter une société, et l'occasion de redresser cette dernière et de la rendre à nouveau rentable est manquée. Les administrateurs peuvent chercher à échapper à leurs responsabilités en fermant prématurément une entreprise viable qui aurait pu survivre, au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés. Toutefois, des dispositions correctement formulées décourageraient une fermeture prématurée de l'entreprise et inciteraient les administrateurs à poursuivre l'activité lorsque c'est le meilleur moyen de réduire au minimum les pertes pour les créanciers et devraient mieux concilier les droits et les

⁵ Par exemple, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

attentes légitimes de l'ensemble des parties prenantes, en distinguant les cas de mauvaise conduite de ceux où interviennent les conditions du marché ou d'autres facteurs extérieurs. Un autre inconvénient cité est que ces obligations peuvent se solder par une érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif de la société, encore que l'on puisse faire valoir qu'une responsabilité limitée devrait être considérée comme un privilège et que les tribunaux sont conscients du risque d'abus de cette responsabilité lorsqu'elle porte préjudice aux créanciers. On peut aussi estimer que ces obligations affaiblissent les mesures d'incitation en ce sens qu'une trop grande prise de risque peut décourager les administrateurs. Cependant, des dispositions correctement formulées doivent mettre l'accent non pas tant sur les causes des difficultés que sur les actes (ou omissions) ultérieurs des administrateurs. Des exemples de pays imposant de telles obligations donnent à entendre que seuls les administrateurs les plus manifestement inconséquents sont jugés responsables.

10. [14] Il est dit également que ces obligations peuvent donner lieu à une plus grande incertitude car la responsabilité dépend des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux. On estime que de nombreux tribunaux n'ont pas l'expérience voulue pour examiner après coup le comportement commercial d'un administrateur et auraient tendance à évaluer les décisions prises par ce dernier au cours de la période en question. Toutefois, dans les pays qui ont l'habitude d'imposer de telles obligations, les tribunaux ont tendance à respecter les mesures prises par les administrateurs, en particulier lorsque ceux-ci ont agi sur la base de conseils indépendants. Selon un autre avis, il existe un risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme des administrateurs de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, en particulier au moment de l'insolvabilité. Il est souhaitable que la législation pertinente protège comme il se doit ces parties lorsqu'elles agissent de bonne foi, en toute indépendance à l'égard du débiteur et de manière commercialement raisonnable⁶. On fait aussi valoir que le fait d'imposer de telles obligations a pour effet de surindemniser les créanciers qui sont à même de se protéger à travers leurs contrats, de sorte que la réglementation est superflue. Toutefois, cette approche présuppose par exemple que les créanciers aient passé un contrat avec le débiteur, qu'ils soient capables de négocier des mesures de protection appropriées pour parer à une large gamme d'éventualités et qu'ils aient les moyens financiers, la volonté et la possibilité de contrôler les affaires de l'entreprise. Ce n'est pas le cas de tous les créanciers.

11. [15] Les obligations et responsabilités des administrateurs sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil, le droit pénal et le droit de l'insolvabilité et, dans certains cas, elles peuvent être énoncées ou réparties dans plusieurs de ces lois. Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence. En outre, le point de savoir si les obligations et responsabilités des administrateurs relèvent du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés donne lieu à différents points de vue. Cela tient à la situation des sociétés à savoir, d'une part, les sociétés solvables qui sont en général visées par des textes législatifs comme le droit des sociétés, et, d'autre part, les sociétés insolvables qui font l'objet d'une procédure d'insolvabilité et relèvent du droit de l'insolvabilité (même s'il existe des exemples où il est impossible d'opérer

⁶ Voir par. 27 [21].

une distinction aussi claire)⁷. La période qui précède l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le débiteur peut être effectivement insolvable, suscite des préoccupations qui risquent de ne pouvoir être actuellement dûment prises en compte par le droit des sociétés ou par le droit de l'insolvabilité. Cependant, l'imposition d'obligations rétroactivement exécutoires après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut conduire à un chevauchement des obligations applicables en vertu de différentes branches du droit et il est souhaitable, par souci de transparence et de clarté et pour éviter d'éventuels conflits, de les faire concorder.

12. [16] Si les lois dans lesquelles s'inscrivent ces obligations sont différentes, il en est de même des obligations proprement dites. Comme on l'a noté plus haut, les lois applicables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité diffèrent en général de celles applicables dès lors que la procédure a débuté (voir deuxième partie, chap. III, par. 22 à 33). Les normes que doivent respecter les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions varient aussi généralement selon la nature et le type de l'entité commerciale considérée, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, à capital fermé ou privée ou encore d'une entreprise familiale, et selon le(s) pays où opère la société; elles peuvent aussi varier selon que l'administrateur est une personne extérieure indépendante ou un administrateur interne.

13. [17] Les lois concernant les obligations et responsabilités des administrateurs sont étroitement liées, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises. Dans certains pays, elles constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple ceux visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des recettes ou à privilégier certaines catégories de créanciers (comme les employés), ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel à l'échelle locale.

14. [18] Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit chercher à concilier les objectifs et les intérêts souvent concurrents des différentes parties prenantes, c'est-à-dire préserver la faculté des administrateurs de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, encourager un comportement responsable, décourager les comportements illicites et la prise de risques excessifs, faciliter l'activité de l'entreprise et favoriser très tôt la recapitalisation ou le redressement des entreprises en difficulté financière ou faisant face à l'insolvabilité. Cette réglementation aurait pour effet de renforcer la confiance des créanciers et de les encourager à continuer de traiter avec l'entreprise, de favoriser la participation de dirigeants plus expérimentés qui, autrement, seraient peut-être peu disposés à intervenir en raison du risque d'échec, et de promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, d'où la possibilité de mieux prévoir la situation juridique des administrateurs et de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient amenés à les poursuivre une fois ouverte la procédure d'insolvabilité. Des principes directeurs inefficaces, vagues, obsolètes et incohérents concernant les obligations des personnes chargées de prendre des décisions relatives à la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci approche de l'insolvabilité risquent de compromettre les

⁷ Compte tenu de cette question, les recommandations figurant dans la présente [partie] adoptent une approche souple, faisant référence à "la loi relative à l'insolvabilité".

avantages qu'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité est censée procurer et d'aggraver les difficultés financières qu'ils sont censés résoudre.

15. [19] La présente [partie] a pour objet de recenser les principes de base devant figurer dans la législation applicable aux obligations des administrateurs lorsque l'entreprise fait face à une insolvabilité imminente ou que l'insolvabilité devient inévitable. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs lorsqu'ils examinent et élaborent des cadres juridiques et réglementaires adéquats. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir ci-dessus dans la première partie, chap. I, par. 1 à 14 et recommandation 1) moyennant une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement draconiennes peuvent présenter des inconvénients et constituer des menaces pour l'esprit d'entreprise. La présente [partie] ne traite pas des obligations des administrateurs qui peuvent relever du droit pénal, du droit des sociétés ou de la législation sur les délits civils et porte uniquement sur les obligations qui peuvent figurer dans la loi pertinente et qui deviennent exécutoires dès lors que la procédure d'insolvabilité est ouverte.

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

A. Nature des obligations

16. [28] Si la raison qui conduit à imposer des obligations aux administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable peut être similaire dans différents pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de ces obligations et la définition du critère à appliquer. En général, toutefois, les législations mettent plutôt l'accent sur deux aspects: premièrement, engager la responsabilité civile d'un administrateur qui a causé l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées alors que la société était sur le point d'être insolvable (y compris, selon certaines législations, l'obligation en vertu du droit interne d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, voir par. 17 [29]) et deuxièmement, lorsque la procédure d'insolvabilité a été ouverte, annuler les mesures prises par les administrateurs, notamment les opérations qu'ils auraient pu entamer lorsque la société était sur le point d'être insolvable.

1. Obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

17. [29] Comme noté ci-dessus, certaines législations imposent aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher, entre autres, sur un redressement ou la liquidation, dans un délai spécifié généralement assez bref, par exemple trois semaines, suivant la date à laquelle la société est devenue dans les faits insolvable. Faute de quoi, en raison des pertes subies par la société et ses créanciers, la responsabilité personnelle des administrateurs peut se trouver engagée, en tout ou en partie, voire leur responsabilité pénale, si la société poursuit son activité. Cette obligation est examinée plus en détail dans la deuxième partie, aux paragraphes 35 et 36 du chapitre premier.

2. Responsabilité civile

18. [30] Lorsque la société est sur le point d'être insolvable, la responsabilité civile de l'administrateur est généralement en cause lorsque celui-ci a provoqué l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées pour surveiller la situation financière de la société, éviter ou atténuer les difficultés financières, réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers et éviter l'insolvabilité. La responsabilité peut être engagée lorsqu'un administrateur effectue une opération dans un autre but que celui d'atténuer les difficultés financières et de préserver la valeur de la société (notamment des opérations à haut risque ou des opérations financées par des actifs de la masse, qui peuvent augmenter le risque encouru par les créanciers, sans justification). Elle peut aussi être engagée lorsqu'un administrateur savait que l'insolvabilité était inévitable ou que la société ne pourrait pas faire face à ses engagements lorsqu'ils seraient exigibles, mais a néanmoins continué de gérer ses activités y compris, par exemple, en obtenant des biens et des services à crédit, sans aucune perspective de remboursement, et sans divulguer la situation financière de la société aux créanciers. Dans certaines législations, la responsabilité peut en outre être engagée lorsqu'un administrateur faillit à certaines obligations, notamment celle de signaler l'incapacité d'effectuer certains paiements, tels que les impôts et les cotisations sociales, ou de faire une déclaration officielle d'insolvabilité.

19. [31] En dehors des législations qui exigent que les administrateurs signalent cette incapacité ou fassent une déclaration officielle, on peut généralement s'attendre, dans les circonstances décrites plus haut, à ce qu'un administrateur agisse raisonnablement et prenne des mesures adéquates et appropriées pour surveiller la situation, de manière à rester informé, et puisse par conséquent limiter au minimum les pertes pour les créanciers et la société (y compris ses actionnaires), éviter d'adopter des mesures qui aggraveraient la situation et prendre des mesures appropriées pour éviter que la société ne devienne insolvable.

20. [32] Parmi les mesures adéquates et appropriées, on pourrait envisager, selon la situation de fait, tout ou partie des mesures suivantes:

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

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

c) Des réunions régulières du conseil d'administration pourraient être convoquées pour surveiller la situation, les décisions commerciales (y compris les désaccords) étant soigneusement consignées, de même que les raisons les justifiant, y compris, le cas échéant, les raisons permettant à la société de poursuivre ses activités et les raisons de penser qu'il y a une perspective raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité. Parmi les mesures à prendre pourrait figurer la

poursuite des activités, car il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de le faire, même si l'on est parvenu à la conclusion que la liquidation ne pourra pas être évitée, parce que, par exemple, la société a des actifs qui auront une valeur bien plus élevée s'ils sont vendus en vue de la poursuite de l'activité. Si la poursuite des activités nécessite de nouveaux emprunts (dans la mesure où la loi l'autorise), il faudra consigner les raisons justifiant que la société demande ces nouveaux emprunts et contracte ainsi de nouvelles dettes, de manière à ce qu'il reste une trace écrite des mesures prises par les administrateurs, au cas où cela se révélerait nécessaire par la suite;

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

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

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

g) Les administrateurs pourraient modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées, y compris les créanciers, les employés, les fournisseurs, les clients, l'État et les actionnaires, ainsi qu'à tenir compte, dans certaines circonstances, des préoccupations environnementales, et décider des mesures à prendre en conséquence. Au cours de la période pendant laquelle l'insolvabilité devient imminente ou inévitable, le fait de s'attacher davantage à préserver les intérêts des créanciers qu'à maximiser la valeur au profit des actionnaires permet aux administrateurs de limiter au minimum le préjudice que pourrait causer aux créanciers (lesquels seront les acteurs principaux de la procédure d'insolvabilité) une conduite excessivement risquée, irresponsable ou gravement négligente. La tenue de réunions avec les groupes concernés de créanciers pourrait être un mécanisme approprié pour évaluer ces intérêts;

h) Les administrateurs pourraient veiller à ce que les actifs de la société soient protégés⁸ et à ce que la société ne prenne pas de mesures susceptibles

⁸ Tous les actifs ne devront pas nécessairement être protégés en toutes circonstances. Parmi les types d'actifs qu'il n'est pas utile de protéger en toutes circonstances, on peut citer ceux qui

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

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

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

3. Annulation d'opérations

21. [33] Les recommandations 87 à 99 traitent de l'annulation d'opérations à un prix sous-évalué, d'opérations préférentielles et d'opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers (voir deuxième partie, chap. II, par. 170 à 185). Ces recommandations s'appliqueraient à l'annulation d'opérations réalisées par une société alors que celle-ci est sur le point d'être insolvable. [L'annulabilité d'une opération ne peut en soi être invoquée pour engager la responsabilité personnelle des administrateurs.]

21A. [33] [Toutefois, certaines opérations évitables peuvent aussi avoir d'autres conséquences.] Dans certains pays, certains des actes accomplis par les administrateurs peuvent être déclarés illicites, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses, et tel peut être le cas également si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité, comme le fait de contracter un nouvel emprunt ou d'offrir une nouvelle sûreté personnelle sans justification commerciale suffisante. En plus de prévoir l'annulation de ces opérations, certaines lois prévoient qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable d'avoir autorisé la société à effectuer ce type d'opération [frauduleuse ou autrement répréhensible]. En vertu des règles susmentionnées, la responsabilité s'applique en général uniquement aux administrateurs qui ont autorisé l'opération. Ceux qui ont ouvertement exprimé leur désaccord, et dont l'objection a été dûment consignée, échapperont probablement à la responsabilité.

valent moins que le montant pour lequel ils sont garantis, ceux qui constituent une charge, ceux sans valeur et ceux difficilement réalisables (pour de plus amples détails, voir la deuxième partie, chap. II, par. 88).

Recommandations 1 et 2

Objet des dispositions législatives

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

- a) De protéger les intérêts légitimes des créanciers et des autres parties prenantes;
- b) De faire en sorte que les personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'une société soient informées de leurs rôles et responsabilités dans ces circonstances;
- 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.

Contenu des dispositions législatives

Les obligations

1. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier qu'à compter du moment visé à la recommandation 3, les personnes visées [conformément] à la recommandation 4 sont dans l'obligation de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes et de prendre des mesures raisonnables pour:

- a) Éviter l'insolvabilité; et
- b) Si elle est inévitable, en réduire l'ampleur au minimum.

2. [1] Aux fins de la recommandation 1, ces mesures raisonnables pourraient être les suivantes:

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

circonstances où il convient de le faire pour maximiser la valeur d'exploitation de l'entreprise; tenir des négociations avec les créanciers ou engager d'autres procédures informelles, telles que des négociations volontaires de restructuration⁹;

b) Ouvrir des procédures officielles de redressement ou de liquidation lorsqu'il est utile de le faire ou lorsque la loi interne l'exige.

B. Naissance des obligations: période précédant l'insolvabilité

22. [24] La période où naissent les obligations examinées ci-dessus est parfois appelée "zone crépusculaire" ou "quasi-insolvabilité". Ce concept qui peut sembler peu précis vise en fait à décrire la période où la stabilité financière d'une société se dégrade au point que l'insolvabilité deviendra imminente (c'est-à-dire que la société sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (recommandation 15 a) du Guide législatif) ou inévitable. Déterminer exactement le moment où naissent ces obligations est une question cruciale pour les administrateurs qui cherchent à prendre en temps utile des décisions conformes à leurs obligations. En outre, sans point de référence clair, les administrateurs pourront difficilement prévoir à quel moment [de la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité] un tribunal se référera s'il est amené à prendre des mesures pour manquement à ces obligations.

23. [25] Il peut y avoir diverses façons de déterminer le moment où les obligations des administrateurs naissent dans la période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et différentes approches sont adoptées. L'une des possibilités qui pourraient être envisagées serait le moment auquel est introduite une action en insolvabilité, possibilité qui est sans doute celle qui apporte la plus grande certitude. Si, cependant, la législation relative à l'insolvabilité prévoit que la procédure d'insolvabilité commence automatiquement dès l'introduction de l'action ou si l'intervalle entre l'introduction de l'action et le début de la procédure est très bref (voir la recommandation 18), cette option n'aura guère d'effet pour ce qui est d'encourager les administrateurs à agir rapidement.

24. [26] Une autre possibilité se fonde sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est de fait insolvable, ce qui, dans certaines législations, peut se produire bien avant que ne soit introduite une action en insolvabilité. Si l'on suit l'approche générale qui inspire le Guide législatif, l'on pourrait dire qu'il y a insolvabilité dès lors qu'une société n'est pas en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles sont exigibles ou que le passif d'une société dépasse la valeur de son actif (recommandation 15). Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité semble imminente, c'est-à-dire lorsque la société est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (recommandation 15 a)). Ces critères sont toutefois de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains États, ils constituent le fondement de l'obligation qu'ont les administrateurs d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement. Par conséquent, ces critères sont

⁹ Voir Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, première partie, chapitre II, par. 2 à 18.

également peu susceptibles de favoriser l'adoption de mesures appropriées suffisamment tôt.

25. [27] Selon une approche quelque peu différente, on prend en compte la connaissance de la situation par un administrateur à un moment donné précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, il savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable ou que l'insolvabilité était imminente, qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité ou que la poursuite de l'activité était menacée. [La justification de cette approche est d'identifier clairement les administrateurs qui ne gèrent pas de façon raisonnable leur société alors que celle-ci connaît des difficultés financières et d'inciter les intéressés à prendre des mesures appropriées à un moment optimal.] L'un des inconvénients d'un tel critère est qu'il peut être difficile de définir avec précision le moment auquel la connaissance requise peut être supposée, pour autant que les comptes de la société soient tenus correctement et exacts, mais l'administrateur devrait pouvoir déterminer lorsque celle-ci est en difficulté et risque de répondre aux critères d'insolvabilité. On peut au contraire partir du principe que l'administrateur avait connaissance des informations qui auraient été révélées si la société avait respecté son obligation de tenir correctement sa comptabilité et d'établir ses comptes annuels. Pour l'essentiel, cette norme nécessite d'évaluer le jugement de l'administrateur par rapport à la connaissance qu'un administrateur raisonnable aurait dû avoir dans ces circonstances. L'application d'un tel critère exigerait que l'on étudie de manière plus générale les circonstances et le contexte, y compris, par exemple, la comptabilité et la situation financière globale de la société. Elle pourrait impliquer que l'on examine les flux de recettes, les dettes contractées et les imprévus, y compris la capacité de mobiliser des fonds. De manière générale, il ne suffirait pas d'apporter la preuve d'un manque temporaire de liquidités.

Recommandation 3

Objet des dispositions législatives

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

Contenu des dispositions législatives

Moment où naît l'obligation

3. [2] La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier que l'obligation visée à la recommandation 1 naît au moment où la personne visée [conformément] à la recommandation 4 sait ou aurait dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était imminente ou inévitable.

C Identification des parties redevables des obligations

26. [20] Dans la plupart des États, les obligations concernant la gestion et la supervision des opérations de l'entreprise incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de l'entreprise, d'administrateurs officiellement désignés,

(qui peuvent être des personnes externes indépendantes ou des cadres ou dirigeants d'une entreprise agissant en qualité de directeurs exécutifs, également appelés "administrateurs internes") et de personnes ou entités non désignées, y compris de tiers agissant comme administrateurs de fait¹⁰ ou administrateurs "occultes"¹¹, et également de personnes auxquelles les pouvoirs ou obligations d'un administrateur peuvent avoir été délégués par l'ensemble des administrateurs¹².

27. [21] Une large définition peut aussi englober les conseillers spéciaux et, dans certaines circonstances, des banques et autres prêteurs, qui donnent à une société des conseils sur la manière de faire face à ses difficultés financières. Dans certains cas, ces "conseils" peuvent consister à déterminer la ligne de conduite que doit suivre très exactement la société et faire de l'adoption d'une ligne de conduite particulière une condition de l'octroi de crédits. Néanmoins, à condition que les administrateurs de la société puissent conserver la faculté de refuser cette ligne de conduite, même si en réalité l'on puisse considérer qu'ils n'ont guère le choix car il faut s'attendre à terme à une liquidation, et sous réserve que les conseillers extérieurs agissent en toute indépendance, de bonne foi et d'une manière appropriée

¹⁰ Un administrateur de fait est généralement considéré comme une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas officiellement désignée en cette qualité, ou dont la nomination est entachée d'un vice de forme. Une personne peut être administrateur de fait quel que soit le titre officiel qui lui est attribué pour autant qu'elle s'acquitte des fonctions pertinentes. Il peut s'agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de la société. Dans les petites entreprises familiales, il peut s'agir de membres de la famille, d'anciens administrateurs, de consultants et même d'employés ayant beaucoup d'ancienneté. Habituellement, pour être considéré comme administrateur de fait, il ne suffit pas de participer à la gestion de la société, cette qualité pouvant découler d'un ensemble d'actes, comme la signature de chèques; la signature de la correspondance de la société en qualité de "directeur"; le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux employés de considérer l'intéressé comme un administrateur ou un "décideur"; et l'adoption de décisions financières concernant l'avenir de la société avec la banque et les experts comptables de la société.

¹¹ Un administrateur occulte peut, sans avoir été formellement désigné en cette qualité, être une personne sur les instructions de laquelle les administrateurs de la société agissent habituellement. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels qui agissent à ce titre. Pour être considéré comme administrateur occulte, il faut pouvoir influencer l'ensemble ou la majorité du conseil d'administration et être habilité à prendre des décisions financières et commerciales qui lient la société et, dans certains cas, il faut aussi que la société ait cédé à l'administrateur occulte tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, un membre du groupe peut être administrateur occulte d'un autre membre du groupe. Lors de l'examen de la conduite qui pourrait permettre à une personne d'accomplir les fonctions d'administrateur occulte, il peut être nécessaire de tenir compte de la fréquence selon laquelle ces fonctions sont accomplies et si oui ou non une influence est réellement exercée.

¹² Note à l'intention du Groupe de travail: le texte ci-après peut être incorporé dans tout document portant sur les groupes d'entreprises ou supprimé – Bien que certaines lois prévoient qu'un membre d'un groupe d'entreprises ne puisse être nommé administrateur d'un autre membre du groupe, il peut néanmoins être considéré, si l'on s'en tient à une large définition du terme "administrateur", comme administrateur d'autres membres du groupe. Cela est en général le cas lorsqu'un membre du groupe (ou ses administrateurs) s'acquitte de fonctions touchant la gestion et la supervision d'autres membres du groupe. Cette question peut être tout à fait pertinente dans le contexte de membres du groupe qui sont des sociétés contrôlées ou des sociétés mères, lorsque la société mère intervient constamment et systématiquement dans la gestion du membre du groupe contrôlé. Toutefois, la décision d'une société contrôlée de soutenir la société mère, lorsque la première a intérêt à agir ainsi et ne le fait pas sous la pression de la seconde, ne peut conférer à celle-ci la qualité d'administrateur de la société contrôlée.

du point de vue commercial, il est souhaitable que lesdits conseillers ne soient pas considérés comme relevant de la catégorie des personnes soumises à des obligations.

28. [22] Le terme “administrateur” ne fait pas l’objet d’une définition universellement acceptée. D’une manière générale, toutefois, l’on peut considérer qu’une personne remplit les fonctions d’administrateur lorsqu’elle est chargée de prendre – et qu’en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clefs s’agissant de tâches consistant notamment¹³: à déterminer la stratégie de l’entreprise, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d’activité; à suivre les résultats de l’entreprise; à contrôler les principales dépenses d’équipement; à surveiller les pratiques de la société en matière de gouvernement d’entreprise; à recruter et nommer les principaux dirigeants et à appuyer leurs activités; à assurer la disponibilité de ressources financières adéquates; à gérer les conflits d’intérêts pouvant surgir; à s’assurer de l’intégrité des systèmes de comptabilité et d’information financière; à rendre compte aux actionnaires des performances de la société.

29. [22] Les obligations décrites ci-dessus incombent à toute personne qui exerçait les fonctions d’administrateur alors que l’entreprise devait faire face à une insolvabilité effective ou imminente et peuvent viser également les administrateurs qui par la suite démissionnent (voir par. 40 ci-après). Elles ne concernent pas les administrateurs nommés après l’ouverture de la procédure d’insolvabilité.

Recommandation 4 [3]

Objet des dispositions législatives

[L’objet des dispositions est d’identifier les personnes auxquelles les obligations devraient s’appliquer.]

Contenu des dispositions législatives

Personnes redevables de l’obligation

4. [3] La loi relative à l’insolvabilité devrait spécifier quelle personne est redevable de l’obligation. Il peut s’agir de tout administrateur officiellement désigné et de toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d’un administrateur.

D. Responsabilité

1. Le critère applicable

30. [34] Les lois qui régissent les obligations des administrateurs lorsque la société est sur le point d’être insolvable évaluent le comportement de ces derniers durant cette période en se fondant sur divers critères pour déterminer s’ils ont ou non manqué à leurs obligations. [24] Généralement, ces obligations ne pourraient être imposées qu’une fois la procédure d’insolvabilité ouverte et, en conséquence de cette ouverture, elles s’appliqueraient rétroactivement, de la même manière que les

¹³ Ces exemples sont donnés à titre informatif et ne sont pas classés selon un quelconque ordre d’importance.

dispositions relatives à l'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 150 et 152).

31. [35] Dans certains pays, la question de savoir à quel moment un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être est évaluée en fonction des connaissances générales, des compétences et de l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. On pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. Si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être évalué en fonction de ses compétences et de son expérience effectives plutôt que de celles qu'exigent ses fonctions. En revanche, un manque de compétences et d'expérience, eu égard à ce qu'exige l'emploi, ne constitue pas une excuse, et le comportement de l'administrateur pourra être jugé au regard des compétences et de l'expérience que suppose l'exercice de ses attributions.

32. [36] Selon une autre approche, l'administrateur doit avoir eu des motifs raisonnables de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ou conclu l'opération ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ces motifs devraient être plus que de simples spéculations, et l'administrateur doit avoir de véritables raisons de craindre que la société ne soit insolvable. Ce critère ne va pas aussi loin que celui qui exige de l'administrateur qu'il ait prévu ou su que la société serait insolvable. Selon cette approche, le critère prend en compte un administrateur ayant des compétences courantes et possédant un minimum de connaissances sur la situation financière de la société, l'évaluation se fondant sur les informations que cet administrateur aurait pu connaître et non sur celles constatées ultérieurement le cas échéant. Les données d'expérience dans les pays ayant adopté de telles dispositions montrent que lors de l'examen des faits survenus, souvent même avant qu'il n'ait lieu, les tribunaux se montrent très compréhensifs à l'égard de la situation dans laquelle se trouvaient les administrateurs, analysant scrupuleusement cette situation et faisant preuve de compréhension à l'égard des problèmes rencontrés par la société. Les tribunaux hésitent fréquemment à critiquer les opérations commerciales des administrateurs au motif qu'il n'est pas justifié de partir du principe que ce qui est effectivement arrivé était inéluctable ou nécessairement évident sur le moment.

33. [38] Certaines pays prévoient un refuge pour les administrateurs, notamment au moyen d'une règle relative à l'appréciation commerciale qui établit une présomption selon laquelle les administrateurs ont, par exemple, agi de bonne foi et avaient des raisons de croire qu'ils agissaient dans l'intérêt de la société, qu'ils n'avaient pas d'intérêt personnel matériel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. [Sous réserve que les administrateurs aient pris les mesures de bonne foi, avec les précautions nécessaires et dans le cadre des fonctions qui leur sont déléguées, ils seront exonérés de toute responsabilité. Pour invoquer cette règle, ils doivent se tenir informés des questions devant faire l'objet d'une décision en obtenant, en examinant et en se fondant sur des informations qu'une personne raisonnable dans une situation similaire trouverait convaincantes et ne pas être touchés par un conflit d'intérêt en la matière.]

34. [37] Une autre approche encore se fonde sur les fautes de gestion. Les pays qui adoptent cette approche peuvent exiger qu'il soit établi qu'il existe un lien de

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

2. Nature de la responsabilité

35. [32A] [Pour déterminer si un administrateur en particulier a manqué à ses obligations, il faut tenir compte de sa situation personnelle. Une fois qu'il a été établi qu'il a manqué à ses obligations conformément à la norme applicable en matière de preuve, la responsabilité peut être attribuée de plusieurs manières. Selon une approche, la responsabilité sera attribuée à chaque administrateur en fonction de l'étendue de sa participation aux décisions ou au comportement incriminés, ce qui exige un examen de cette participation dans sa globalité.]

36. [32A] [Dans un certain nombre d'autres pays, la loi prévoit une règle générale selon laquelle les administrateurs sont tenus conjointement et solidairement responsables pour tout manquement à leurs obligations. Cette règle peut s'appliquer également même lorsque chaque administrateur n'est pas redevable de toutes les obligations visées. Certains de ces pays donnent toutefois au tribunal un pouvoir d'appréciation pour déterminer le rôle de chacun d'entre eux en tenant compte de données factuelles, notamment du niveau de culpabilité. Ainsi, le tribunal a le pouvoir de décider que l'un d'eux supporte l'ensemble de la responsabilité (si par exemple des obligations spécifiques lui ont été confiées personnellement et que ces obligations sont liées aux préjudices visés) ou une plus grande part de celle-ci, par exemple s'il est établi que la culpabilité n'est pas égale. Dans un pays, les administrateurs ne peuvent être tenus conjointement et solidairement responsables que s'il est établi qu'ils ont commis une fraude ou une malhonnêteté en connaissance de cause; autrement, la responsabilité est fonction de la mesure dans laquelle les actes d'un administrateur ont contribué aux pertes de l'entreprise. Un autre pays a adopté une approche légèrement différente selon laquelle le tribunal détermine si une personne jugée responsable doit rembourser les dommages causés

à l'entreprise, en fonction de la gravité de la faute et de l'importance du lien de causalité, mais l'évaluation des dommages n'est pas nécessairement proportionnelle au niveau de la responsabilité ou de la faute. Dans certains pays, la question de savoir si la responsabilité est conjointe ou si elle doit être attribuée spécifiquement aux administrateurs responsables du comportement incriminé (qui peut être notamment l'inaction ou le fait de ne pas s'être assuré que les autres administrateurs s'acquittaient de leurs obligations) est fonction de l'acte donnant lieu à la responsabilité.]

Recommandations 5 et 6

Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions relatives à la responsabilité est:

a) D'établir des règles pour les cas où les actes commis par une personne soumise aux obligations visées à la recommandation 1 avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peuvent être considérés comme préjudiciables et donc comme un manquement auxdites obligations; et

b) De déterminer les conséquences de ce manquement.]

Contenu des dispositions législatives

Responsabilité

5. [4] La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier que si les créanciers ont subi une perte ou un dommage du fait d'un manquement aux obligations visées à la recommandation 1 la personne redevable de l'obligation peut être responsable.

6. [4] La loi relative à l'insolvabilité devrait prévoir que la responsabilité [pour] [résultant d'un] manquement aux obligations visées à la recommandation 1 est limitée à la mesure dans laquelle ce manquement a causé une perte ou un dommage.

E. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

1. Moyens de défense

37. [38] Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations lorsque la société est sur le point d'être déclarée insolvable, peuvent néanmoins invoquer certains moyens de défense, comme la règle relative au jugement d'affaires pour démontrer que leur comportement a été raisonnable. Une approche légèrement différente donne aux administrateurs le bénéfice du doute, l'idée étant que les risques sont inévitables dans les affaires et sont un élément inhérent à toute décision de gestion. Comme indiqué ci-dessus, les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines des obligations prévues par la loi, mais pas à toutes.

38. [39] Dans d'autres pays, les administrateurs doivent démontrer qu'ils avaient pris les mesures voulues pour réduire au minimum les pertes que risquaient de subir les créanciers de la société, après avoir constaté qu'il serait difficile d'éviter la liquidation. Sous réserve de pouvoir prouver qu'ils ont pris des décisions commerciales raisonnables et objectives fondées sur des données financières exactes et sur l'avis de professionnels compétents, les administrateurs devraient pouvoir s'appuyer sur ces éléments comme moyens de défense même si leurs décisions se sont révélées mauvaises d'un point de vue commercial.

39. [32B] Certains pays prévoient également que les administrateurs peuvent prendre certaines mesures touchant la procédure ou la forme pour ne pas être mis en cause ou réduire leur responsabilité pour des décisions ou actes contestés ultérieurement, telles que faire consigner leur désaccord au procès-verbal d'une réunion; communiquer leur désaccord par écrit au secrétaire de la réunion avant la fin de la réunion; ou déposer ou envoyer au siège statutaire de la société ou à toute autre autorité prévue dans la législation nationale une déclaration écrite en ce sens peu après la fin de la réunion. Les administrateurs absents à une réunion où de telles décisions ont été prises peuvent être réputés y avoir consenti à moins de suivre des procédures spécifiques telles que faire consigner leur désaccord dans un délai précis après avoir pris connaissance de la décision.

40. [40] Le fait qu'un administrateur ne connaisse pas les affaires de la société ne peut en général pas lui servir d'excuse pour ne pas s'acquitter de ses obligations. Par ailleurs, la démission d'un administrateur lorsque la société est sur le point d'être insolvable ne le libérera pas nécessairement de sa responsabilité, étant donné que certaines lois prévoient qu'il laisserait ainsi entendre que sa démission était liée à l'insolvabilité, qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'imminence de l'insolvabilité et qu'il a omis de prendre des mesures raisonnables pour réduire au minimum les pertes des créanciers et pour redresser la situation. Si un administrateur s'est opposé à une décision qui fait ultérieurement l'objet d'un examen, son désaccord devrait normalement être consigné afin qu'il puisse s'y référer. Lorsqu'un administrateur est en désaccord avec les autres administrateurs sur les mesures à prendre et ne parvient pas à les convaincre en dépit des mesures raisonnables engagées à cette fin, sa démission peut être justifiée sous réserve que ses efforts et ses conseils soient consignés.

41. [32C] La responsabilité peut être réduite au moyen d'une assurance spéciale, qui peut être conclue par la société pour ses administrateurs, ou de cautions. [Lorsqu'il existe une assurance, les cas de fraude intentionnelle et d'abus de confiance en sont généralement exclus, l'assurance ne couvrant les administrateurs qu'en cas de manquement aux obligations susmentionnées, sauf si la couverture est inadaptée, comme cela est possible en cas d'insolvabilité.] Une fois qu'une action est engagée contre un administrateur, certaines législations permettent de parvenir à un règlement en négociant avec le représentant de l'insolvabilité; dans certains pays, c'est la façon de procéder habituelle.

2. Voies de droit

42. [41] Lorsqu'un administrateur manque à ses obligations, le droit civil prévoit différentes voies de droit qui peuvent également être combinées. Celles-ci visent essentiellement à fournir une réparation pour manquement aux obligations et dommages subis; la manière de calculer le montant de la réparation varie toutefois.

En général, il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs. [Dans un certain nombre de] [Dans de nombreux] pays, la loi prévoit également l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise.

a) *Dommages-intérêts et réparation*

43. [42] Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'omissions ou d'actes fautifs lorsque la société est sur le point d'être insolvable, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers et des employés ainsi que par la société elle-même, lorsque les pertes résultent directement de ses actes ou omissions. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse de l'insolvabilité ou des actifs de la société. Certains pays autorisent les tribunaux à évaluer le degré de responsabilité en fonction de la nature et de la gravité de la mauvaise gestion ou des actes ayant engagé la responsabilité de l'intéressé. Dans certains pays, l'administrateur peut être tenu pour responsable de la différence entre la valeur des actifs de la société au moment où elle aurait dû cesser d'opérer et la valeur à la date à laquelle elle a effectivement cessé de fonctionner. Certains pays tiennent compte de la différence entre la situation des créanciers et de la société une fois commise la faute de gestion et leur situation en l'absence de faute de gestion. Selon une approche légèrement différente, les administrateurs peuvent être tenus de verser la différence entre les actifs disponibles et le solde nécessaire à la société pour honorer ses dettes.

44. [43] Dans certains pays, qui imposent l'obligation de présenter une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital, la loi prévoit également l'octroi de dommages-intérêts.

45. [44] Lorsque les administrateurs sont jugés responsables, il peut être précisé que le montant recouvré doit être versé à la masse de l'insolvabilité, au motif que la principale raison de poursuivre les administrateurs est de recouvrer une partie de la valeur perdue en conséquence de leurs actes, sous forme de réparation versée à la masse. Elle bénéficie donc à l'ensemble des créanciers et non à l'un ou l'autre d'entre eux. Dans certains pays, en cas de nantissement global d'entreprise, le montant des dommages-intérêts recouverts est versé aux créanciers chirographaires. On peut faire valoir à l'appui de cette approche que la réparation ne devrait pas être attribuée aux créanciers garantis, étant donné que les faits motivant l'action ne se produisent pas avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et ne peuvent donc être visés par une sûreté constituée auparavant par la société. Par ailleurs, contrairement à ce qui est le cas dans une action en annulation, l'objectif n'est pas de recouvrer les actifs de la société, mais d'obtenir une contribution des administrateurs pour réparer les dommages subis par les créanciers. Cependant, si la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de poursuivre les administrateurs (voir ci-après), il peut y avoir matière à suggérer que toute réparation serve d'abord à couvrir les frais du ou des créanciers engageant l'action.

46. [45] Outre les voies de droit susmentionnées, les dettes ou obligations dues aux administrateurs par la société peuvent être différées ou déclassées et les administrateurs peuvent être tenus de rendre compte de tous les biens qu'ils ont

acquis ou qu'ils se sont attribués sur le compte de la société ou de tout avantage obtenu en situation de manquement à leurs obligations.

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

47. [46] La législation [d'un certain nombre de] [de nombreux] pays dispose que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Ces mesures sont généralement considérées comme des mesures de protection destinées à empêcher ces administrateurs d'occuper un poste où ils risquent de causer d'autres préjudices en continuant d'exercer leurs fonctions de gestion et d'administration dans la même ou dans une autre société. Selon la législation d'un pays, une personne peut se voir interdire d'exercer ces fonctions pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsqu'elle n'est pas jugée "apte" à les assumer. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à l'obligation fiduciaire, un détournement de fonds, des déclarations financières ou non financières trompeuses, ou un manquement à l'obligation de tenir une comptabilité et de soumettre des rapports appropriés. Les causes d'interdiction peuvent être également des actes en rapport avec l'insolvabilité de la société, l'administrateur pouvant ainsi être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être annulées pour des motifs semblables à ceux visés dans la recommandation 87 ou si elle a continué d'opérer alors que l'intéressé savait ou aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Ces différents facteurs sont généralement pris en considération globalement pour déterminer, dans un cas spécifique, si l'intéressé n'est pas "apte" à exercer les fonctions d'administrateur. Dans les pays qui prévoient une telle interdiction, les administrateurs reconnus inaptes sont souvent, mais pas toujours, ceux qui se sont signalés par un manque d'honnêteté dans les affaires, une faute grave ou une incompétence manifeste.

48. [47] L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur justifie une telle sanction. [Lorsque cette interdiction existe, il est possible de limiter les personnes pouvant recourir à cette mesure à certains organismes ou cadres, au représentant de l'insolvabilité et, dans certains cas, aux créanciers.]

3. Droit d'agir

49. [48] Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur pour manquement aux obligations examinées plus haut selon la nature de l'action et la personne habilitée à agir. Des considérations similaires à celles concernant l'exercice des pouvoirs d'annulation visés à la recommandation 87 (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195) peuvent s'appliquer.

50. [49] Dans un certain nombre de pays, lorsque la procédure d'insolvabilité a commencé, le représentant de l'insolvabilité est le seul qui, après avoir analysé les décisions prises par l'administrateur avant l'insolvabilité, soit habilité à poursuivre ce dernier pour obtenir, dans l'intérêt des créanciers, réparation du préjudice causé à la société. Les lois en matière de fautes de gestion, par exemple, peuvent autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre des administrateurs pour qu'ils contribuent à la masse de l'insolvabilité lorsque leurs actes ont contribué à

l'insolvabilité de leur société ou ont constitué des actes de mauvaise gestion. Certains pays autorisent également le procureur ou le tribunal agissant d'office à intervenir.

51. [49A] Bien qu'une des principales raisons d'imposer des obligations aux administrateurs d'une entreprise proche de l'insolvabilité soit de protéger les intérêts des créanciers, toutes les lois ne permettent pas aux créanciers de poursuivre un administrateur pour manquement à ces obligations. Conformément à certaines lois, dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité n'agit pas, les créanciers et parfois les actionnaires peuvent avoir un droit dérivé d'intenter une action (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195). [Lorsque les créanciers sont bénéficiaires de tous les dommages-intérêts revenant à la masse de l'insolvabilité, les actionnaires n'ont guère de raisons d'intenter une telle action. D'autres lois autorisent les créanciers à intenter une action seulement contre certains types d'actes ou d'opérations, par exemple les fautes d'exécution, ou les opérations à des prix sous-évalués.] Conformément à d'autres lois, lorsque les créanciers n'ont pas le droit d'agir seuls, un créancier unique ne peut poursuivre un administrateur qu'avec le consentement de la majorité des créanciers ou du comité des créanciers, ou encore les créanciers peuvent demander à leur représentant, à leur comité ou au tribunal d'engager une telle action.

52. [49B] Lorsqu'on estime qu'il convient que la loi permette aux créanciers de poursuivre les administrateurs, une distinction pourrait être faite entre les créanciers dont la créance est née dans la période précédant l'insolvabilité et découle directement du comportement examiné, et ceux dont la créance date d'avant cette période. Les premiers pourraient avoir, outre le droit d'intenter une action au profit de la masse de l'insolvabilité, un droit personnel de réclamer des dommages-intérêts à l'administrateur au motif que le comportement examiné est survenu pendant une période proche de l'insolvabilité 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, 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 actes pourraient avoir sur l'administration de la masse.

53. [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. Le représentant de l'insolvabilité devrait avoir le droit d'être entendu à toute audience découlant d'une telle demande et d'y expliquer pourquoi il estime que l'action ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal pourrait autoriser l'ouverture de l'action ou décider de se prononcer sur le fond. Une telle approche peut contribuer à réduire la probabilité d'une entente entre les diverses parties. Lorsque les actions en annulation à l'initiative des créanciers sont autorisées, certaines lois exigent que ceux-ci en supportent les frais ou permettent que des sanctions leur soient imposées pour décourager tout abus

potentiel de ces actions; la même approche pourrait être adoptée pour les actions engagées par les créanciers contre les administrateurs.

54. [50] Conformément aux lois qui imposent aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même, ses actionnaires et les créanciers peuvent demander des dommages-intérêts en cas de manquement à cette obligation. Lorsque des paiements ont été effectués par les administrateurs en violation du moratoire accompagnant l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même peut demander des dommages-intérêts. Elle peut également le faire dans les pays qui prévoient l'obligation de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité prévoie la coordination de toutes les actions qui pourraient être engagées par ces différentes parties.

55. [Les procès portant sur les obligations des administrateurs de sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité risquent d'être non seulement coûteux mais également longs et ils pourraient avoir pour effet de retarder l'achèvement de la procédure d'insolvabilité en cours. Bien que cette question ne relève pas du présent propos, son examen pourrait s'avérer utile pour limiter les conséquences de tels procès sur ces actions connexes.]

4. Financement des actions

56. [51] Une difficulté pouvant survenir dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à intenter une action pour manquement à ces obligations concerne le paiement de ses frais au cas où cette action n'aboutit pas. L'absence de fonds est souvent citée comme une des raisons principales du nombre relativement faible d'actions engagées pour manquement à ces obligations. Même si des fonds peuvent être dégagés de la masse de l'insolvabilité lorsqu'il y a suffisamment d'actifs, comme souvent dans le cas d'une action en annulation, les représentants de l'insolvabilité peuvent être réticents à utiliser ces actifs à des poursuites à moins que celles-ci n'aient de très bonnes chances d'aboutir (voir deuxième partie, chap. II, par. 196). Cependant, dans de nombreux cas, il n'y aura pas suffisamment de fonds dans la masse de l'insolvabilité pour poursuivre un administrateur, même s'il est très probable que l'action aboutisse.

57. [51] Dans ces circonstances, d'autres possibilités de financement peuvent constituer, si la situation s'y prête, un moyen efficace de rendre à la masse la valeur perdue à cause des actes des administrateurs, de s'attaquer aux abus, d'enquêter sur les actes déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance. [Le fait d'intégrer l'autorisation adéquate dans toute loi relative à l'insolvabilité, essentiellement comme le prévoit la recommandation 95 en ce qui concerne le financement d'actions en annulation, faciliterait l'obtention de ces autres sources de financement.] Le droit d'engager une telle action, ou le produit escompté si elle aboutit, pourrait être cédé contre valeur à un tiers, notamment à des créanciers, ou un prêteur pourrait être sollicité pour fournir des fonds. Si l'action est intentée par une partie autre que le représentant de l'insolvabilité, les frais qu'elle occasionne pourraient être remboursés sur toute réparation obtenue. Selon certaines lois, les réclamations contre les administrateurs pourraient être réglées au moyen d'une négociation avec les représentants de l'insolvabilité, ce qui éviterait de devoir trouver des fonds. Ce type de règlement, peu fréquent dans certains pays, est la pratique habituelle dans d'autres pays, où les représentants de l'insolvabilité

“invitent” les administrateurs à verser leur contribution. Enfin, il serait bon de déterminer dans quels tribunaux de telles actions pourraient être engagées; cette question est examinée plus haut, à la deuxième partie, chapitre I, paragraphe 19.

Recommandations 7 à 11

Objet des dispositions législatives

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

Contenu des dispositions législatives

Responsabilité et moyens de défense

7. [5] La loi relative à l’insolvabilité devrait préciser quels éléments doivent être prouvés pour établir qu’il y a eu manquement aux obligations visées à la recommandation 1 et qu’en conséquence, les créanciers ont subi une perte ou un dommage; quelle partie est tenue de les prouver; et quels moyens de défense peuvent être opposés à une allégation de manquement à ces obligations. Un de ces moyens de défense peut être que la personne redevable des obligations a pris des mesures raisonnables telles que celles visées à la recommandation 2.

Voies de droit

8. [6] La loi relative à l’insolvabilité devrait préciser que les voies de droit concernant la responsabilité établie par le tribunal pour manquement à l’obligation visée à la recommandation 1 devraient inclure le paiement à la masse de l’insolvabilité de la totalité des dommages-intérêts fixés par le tribunal [en tant que réparation pour ce manquement]. En cas de non-paiement de la totalité de ces dommages-intérêts, il faudrait limiter l’exercice du droit à compensation de la personne redevable de l’obligation en ce qui concerne les dettes éventuelles qui lui sont dues par la société, jusqu’au paiement du montant total.

Ouverture d’actions pour manquement à l’obligation

9. [7] La loi relative à l’insolvabilité devrait préciser que le droit d’agir fondé sur la perte ou le dommage résultant du manquement aux obligations visées à la recommandation 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 ces obligations. La loi relative à l’insolvabilité peut aussi permettre, avec l’accord du représentant de l’insolvabilité, à un créancier ou à toute autre partie intéressée d’engager une telle action. Si le représentant de l’insolvabilité ne donne pas son accord, le créancier ou l’autre partie intéressée peut demander au tribunal l’autorisation d’engager l’action.

Financement d’actions pour manquement à l’obligation

10. [8] La loi relative à l’insolvabilité devrait préciser que les frais d’une action visant la personne redevable des obligations sont payés comme dépenses afférentes à l’administration de l’action.

11. [9] La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions pour le déroulement et le financement de telles actions.

Mesures supplémentaires

[12. [10] Afin de décourager les comportements engageant la responsabilité visée à la recommandation 5, la loi relative à l'insolvabilité peut prévoir des voies de droit supplémentaires s'ajoutant¹⁴ au paiement [d'une réparation] [de dommages-intérêts] prévu à la recommandation 8.]

[¹⁴ Les voies de droit disponibles dépendront du type de voies de droit disponibles dans un pays donné et de ce qui, en plus du paiement d'une réparation, peut être proportionné au comportement en cause et approprié dans les circonstances de l'espèce. On trouvera aux paragraphes ... [du commentaire] des exemples de ces voies de droit.]