



Assemblée générale

Distr. limitée
6 octobre 2014
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Quarante-sixième session
Vienne, 15-19 décembre 2014**

Droit de l'insolvabilité

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-4	2
I. Nature des obligations: recommandations 255 et 256 (groupes d'entreprises)	5-8	3
A. Projets de recommandations	--	3
B. Notes	5-8	5
II. Obligations contradictoires	9	6
A. Projet de recommandation	--	6
B. Notes	9	7
III. Identification des parties redevables des obligations: recommandation 258	10-11	8
A. Recommandation	--	8
B. Notes	10-11	8



Introduction

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

2. À sa quarante-quatrième session (2013), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) est convenu qu'il importait d'examiner les obligations des administrateurs d'entreprises faisant partie d'un groupe pendant la période précédant l'insolvabilité, étant donné que ce domaine posait clairement de difficiles problèmes pratiques et que des solutions bénéficieraient grandement au fonctionnement de régimes d'insolvabilité efficaces. Il a cependant noté que certaines questions devaient être examinées avec soin afin que les solutions n'entravent pas le redressement, n'empêchent pas les administrateurs de poursuivre leurs travaux en vue de ce redressement ni ne les poussent à ouvrir prématurément une procédure d'insolvabilité. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail est convenu qu'il serait utile de poursuivre ces travaux informellement au sein d'un groupe d'experts qui serait chargé d'examiner comment la quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI pourrait être appliquée au contexte de groupes d'entreprises et toute autre question pouvant devoir être traitée (telle que les conflits entre les obligations d'un administrateur envers sa société et les intérêts du groupe, et les questions relatives à la loi applicable). Le groupe informel d'experts devait rendre compte au Groupe de travail au plus tard à la session prévue pour le deuxième semestre 2014 (A/CN.9/798, par. 23).

3. Le présent document de travail a été établi par le secrétariat à l'issue des consultations menées avec un groupe informel d'experts, comme l'avait demandé le Groupe de travail V. Il s'appuie sur les recommandations concernées de la quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI (recommandations 255 à 266) et indique comment celles-ci pourraient être modifiées pour tenir dûment compte des obligations des administrateurs d'entreprises dans le contexte des groupes. L'accent est mis sur les recommandations 255 et 256 qui énoncent les obligations à respecter et les mesures raisonnables à prendre pour satisfaire à ces obligations dans le contexte d'un groupe d'entreprises. Les modifications qu'il est proposé d'apporter à ces recommandations pourraient être accompagnées d'un commentaire explicatif afin d'aider le lecteur à comprendre les recommandations modifiées et la manière dont elles pourraient être appliquées. Ces explications ne figurent pas dans le présent document, mais pourraient être formulées lorsque le Groupe de travail aura décidé de l'approche à adopter pour élaborer un projet de texte sur ce sujet.

4. Des recommandations pour lesquelles aucune modification n'a été proposée ne figurent pas dans le présent document, mais s'appliqueraient dans le contexte des groupes d'entreprises (recommandations 257 et 259 à 266). Des doutes ont été émis quant à la pertinence de la recommandation 258 telle que libellée actuellement dans le contexte des groupes. Sur le plan terminologique, le terme "société" tel qu'il était utilisé dans la quatrième partie du Guide législatif a été remplacé par les mots "membre d'un groupe d'entreprises", au besoin.

I. Nature des obligations: recommandations 255 et 256 (groupes d'entreprises)

A. Projets de recommandations

1. Objet des dispositions législatives

[Ces dispositions visent les cas où une société membre d'un groupe d'entreprises fait face à une insolvabilité imminente ou inévitable.]

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

a) De protéger les intérêts légitimes des créanciers et des autres parties prenantes [des membres d'un groupe d'entreprises];

b) De faire en sorte que les personnes chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'un membre d'un groupe d'entreprises soient informées de leurs rôles et responsabilités dans ces circonstances;

c) De prévoir des voies de droit en cas de manquement à ces obligations, pouvant être exercées après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

[d) De reconnaître l'incidence de la position du membre d'un groupe d'entreprises dans le groupe sur la manière dont ce membre devrait être géré en cas d'insolvabilité imminente ou inévitable, ainsi que les obligations des personnes chargées de prendre des décisions concernant sa gestion, y compris lorsqu'elles sont également chargées de prendre des décisions concernant la gestion d'autres membres du groupe]; et

[e) De permettre à un membre d'un groupe d'entreprises d'être géré, au besoin, d'une manière qui [soit en fin de compte dans le meilleur intérêt du groupe d'entreprises] [permette de maximiser la valeur du groupe d'entreprises] [et du membre lui-même en tant que partie intégrante de ce groupe d'entreprises] [tout en veillant à ce que les créanciers de ce membre du groupe et les autres parties prenantes ne se trouvent pas dans une position plus défavorable que si une solution propre à ce membre avait été adoptée]].

Les paragraphes a) à e) seront appliqués de manière à:

a) Ne pas compromettre le succès du redressement [du groupe d'entreprises] [du membre du groupe d'entreprises, en tenant compte de la possibilité de maximiser la valeur du groupe et de promouvoir une solution à

l'insolvabilité à l'échelle du groupe, de la position du membre au sein du groupe et du degré d'intégration entre les membres du groupe];

b) Ne pas décourager la participation à la gestion d'entreprises, en particulier de celles en difficultés financières; ou

c) N'empêcher ni l'exercice raisonnable de discernement commercial ni la prise de risques commerciaux raisonnables.

2. Contenu des dispositions législatives

Les obligations

255 (groupes d'entreprises). La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier qu'à compter du moment indiqué à la recommandation 257, les personnes visées conformément à la recommandation 258 sont dans l'obligation de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes [du membre du groupe d'entreprises [dont ils sont administrateur] et des autres membres du groupe] et de prendre des mesures raisonnables pour:

a) Éviter l'insolvabilité; et

b) Si elle est inévitable, en réduire l'ampleur au minimum [et ses incidences sur les créanciers et les autres parties prenantes du membre du groupe d'entreprises et des autres membres du groupe] [, en tenant compte de la possibilité de maximiser la valeur du groupe et de promouvoir une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe, de la position du membre au sein du groupe et du degré d'intégration entre les membres du groupe].

256 (groupes d'entreprises). Aux fins de la recommandation 255 (groupes d'entreprises), ces mesures raisonnables pourraient être les suivantes, [autre celles énoncées dans la recommandation 256]:

a) Évaluer la situation financière du membre du groupe d'entreprises [et du groupe d'entreprises] au moment considéré [pour déterminer si une valeur plus grande pourrait être préservée ou créée en envisageant une solution pour l'ensemble du groupe d'entreprises];

b) [Examiner les obligations, financières et autres, du membre du groupe d'entreprises envers les autres membres, les opérations qui devraient être réalisées avec d'autres membres du groupe, ainsi que les sources possibles et la disponibilité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure];

c) Convoquer une assemblée des actionnaires [avec la société mère et d'autres membres du groupe d'entreprises pour examiner comment structurer l'analyse de la solution à l'insolvabilité pour le membre du groupe individuellement et pour le groupe d'entreprises tout entier, en tenant compte des questions de droit applicable];

d) [Évaluer si les créanciers du membre du groupe d'entreprises et les autres parties prenantes ne seraient pas mieux servis par une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe et aider à mettre celle-ci en œuvre];

e) Se renseigner indépendamment sur la situation financière du membre du groupe d'entreprises [et du groupe d'entreprises] au moment considéré et sur le long terme;

f) Solliciter l'avis de spécialistes, notamment [indépendants], de l'insolvabilité et des questions juridiques;

g) Tenir des négociations informelles avec les créanciers et y participer, notamment des négociations volontaires de restructuration¹, [organisées pour l'ensemble du groupe d'entreprises ou pour plusieurs de ses membres];

h) Examiner la structure et les fonctions de l'activité [dans le contexte du groupe d'entreprises], de manière à en déterminer la viabilité et à réduire les dépenses;

i) Éviter d'engager le membre d'un groupe d'entreprises dans des opérations pouvant être susceptibles d'annulation à moins qu'elles ne se justifient dans le cours des affaires [, notamment dans le contexte du groupe d'entreprises]; et

j) Ouvrir des procédures officielles de redressement ou de liquidation, ou en demander l'ouverture. [Dans le cas où une procédure formelle doit être engagée, examiner le tribunal qui devrait être saisi, voir si une demande conjointe² avec d'autres membres concernés du groupe d'entreprises est possible ou appropriée, et si les procédures devraient être coordonnées sur le plan procédural³.]

B. Notes

a) Clause relative à l'objet

5. Cette clause relative à l'objet se fonde sur celle des recommandations 255 et 256 de la quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI. Les ajouts proposés, placés entre crochets, visent à refléter les incidences que le contexte de groupe d'entreprises pourrait avoir sur la nature des obligations et la façon dont il est possible de s'en acquitter. Du texte provenant des recommandations 214 et 217 de la troisième partie du Guide législatif a été ajouté pour appeler l'attention sur ce contexte. Si les obligations principales des administrateurs concernent le membre spécifique d'un groupe dont ils ont la charge, certains facteurs supplémentaires pourraient néanmoins devoir être pris en compte, comme la position du membre au sein du groupe d'entreprises, le degré d'intégration entre les membres du groupe et les avantages qu'il y aurait à maximiser la valeur du groupe et à promouvoir une solution à l'insolvabilité à l'échelle du groupe.

b) Recommandation 255 (groupe d'entreprises)

6. La recommandation 255 renvoie directement aux obligations des administrateurs du membre d'un groupe dont l'insolvabilité est imminente ou inévitable. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, l'obligation d'éviter ou, en particulier, de minimiser l'impact de l'insolvabilité pourrait devoir tenir compte de facteurs indépendants du membre concerné. Il est possible que, dans certaines situations, le meilleur moyen de préserver la valeur du membre d'un groupe et les intérêts de ses créanciers et des autres parties prenantes soit de contribuer et de participer à une solution plus large, visant le groupe d'entreprises en tout (ou en partie). Dans ce cas,

¹ Guide législatif, première partie, par. 2 à 18.

² Guide législatif, troisième partie, recommandations 199 à 201.

³ Guide législatif, troisième partie, recommandations 202 à 210.

les principales obligations de l'administrateur restent celles qui lui incombent à l'égard du membre du groupe dont il a la charge, et il devra s'assurer que la solution adoptée pour l'ensemble du groupe ne place pas les créanciers et les autres parties prenantes du membre dans une situation plus défavorable que si une solution propre au membre avait été adoptée. La version modifiée de la recommandation reflète ces idées; des mesures spécifiques à envisager figurent dans la recommandation 256 (groupe d'entreprises). Les situations susceptibles de donner naissance à des obligations contradictoires, par exemple lorsqu'un administrateur du membre dont l'insolvabilité est imminente ou inévitable est également administrateur d'un autre membre du groupe ou exerce des fonctions de direction ou de gestion dans un autre membre du groupe, sont traitées dans un nouveau projet de recommandation (voir ci-dessous).

c) Recommandation 256 (groupe d'entreprises)

7. La recommandation 256 de la quatrième partie du Guide législatif demeure pertinente dans le contexte des groupes d'entreprises et un certain nombre de mesures mentionnées dans cette recommandation ne figurent pas ci-après car elles restent inchangées dans le contexte des groupes. D'autres mesures ont été reprises et élargies, et plusieurs nouvelles mesures ont été ajoutées afin de tenir compte non seulement des mesures que doivent prendre les administrateurs en ce qui concerne le membre du groupe d'entreprises dont ils ont la charge, mais aussi de celles qui impliquent nécessairement l'entreprise mère et les autres membres du groupe, compte tenu de la position du membre au sein du groupe et de ses liens avec les autres membres.

8. Si l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité est nécessaire, il peut être opportun de prévoir certains des mécanismes recommandés dans la troisième partie du Guide législatif en ce qui concerne les groupes d'entreprises nationaux, afin de faciliter le déroulement des procédures visant deux ou plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, dans ce cas la demande conjointe d'ouverture et la demande de coordination procédurale.

II. Obligations contradictoires

A. Projet de recommandation

1. Objet des dispositions législatives

[L'objet des dispositions sur les obligations contradictoires est de tenir compte des cas où l'administrateur d'une entreprise membre d'un groupe occupe ce même poste ou exerce des fonctions de direction ou de gestion dans une ou plusieurs autres entreprises du groupe, que ce soit l'entreprise mère ou un membre contrôlé du groupe. Cette situation peut donner naissance, dans la période précédant l'insolvabilité, à un conflit entre les obligations dues aux différents membres du groupe, ce qui peut avoir un effet sur les mesures prises pour s'acquitter de ces obligations.]

2. Contenu des dispositions législatives

256 (groupes d'entreprises) *bis*. [La loi relative à l'insolvabilité devrait régir le cas où, dans la période précédant l'insolvabilité, un administrateur d'un membre d'un groupe d'entreprises qui occupe également cette position [ou un poste de direction ou de gestion] dans un autre ou dans d'autres membres du groupe d'entreprises [, que ce soit l'entreprise mère ou un membre contrôlé du groupe] doit s'acquitter d'obligations contradictoires à l'égard [des créanciers] de ces différents membres du groupe.]

256 (groupes d'entreprises) *ter*. [La loi relative à l'insolvabilité peut prévoir qu'un administrateur qui doit s'acquitter de telles obligations contradictoires devrait prendre des mesures raisonnables pour gérer un tel conflit entre ses obligations, notamment demander conseil afin d'établir la nature exacte des différentes obligations, informer les créanciers et les autres parties prenantes des situations susceptibles de donner naissance à des obligations contradictoires, nommer un administrateur supplémentaire lorsque le conflit entre les obligations ne peut pas être résolu et démissionner lorsqu'il n'y a pas d'autre solution et sous réserve que la démission n'aggrave pas la situation.]

B. Notes

9. Ce projet de recommandation aborde la situation, fréquente dans les groupes d'entreprises, où un administrateur occupe ce poste dans deux ou plusieurs membres du groupe, y compris souvent dans l'entreprise mère. Un administrateur d'un membre d'un groupe peut également occuper un poste de direction ou de gestion dans un autre membre du groupe. Il peut se rendre compte qu'il existe un conflit entre les intérêts des différents membres du groupe et les obligations dues à ces différents membres. Ce conflit risque de nuire à sa capacité d'évaluer de façon indépendante les mesures à prendre pour surmonter les difficultés financières de chacun de ces membres du groupe et de prendre les mesures raisonnables énoncées dans la recommandation 256 (groupe d'entreprises). Pour éviter qu'un membre du groupe ne se trouve dans une situation défavorable au profit d'un autre membre, la loi relative à l'insolvabilité pourrait spécifier que certaines mesures doivent être prises pour identifier et gérer un tel conflit d'intérêts. Ces mesures pourraient exiger que les points énoncés dans la recommandation 256 (groupe d'entreprises) soient dûment examinés pour chaque membre du groupe, que le conflit soit géré d'une manière qui ne désavantage pas les créanciers des membres du groupe touchés, que la démission⁴ ne soit utilisée que si elle n'aggrave pas la situation et qu'un administrateur qui a des obligations envers plusieurs membres d'un groupe ne puisse pas utiliser les obligations dues à un membre du groupe pour justifier le traitement accordé à un autre membre.

⁴ Voir Guide législatif, quatrième partie, chap. II, par. 27, qui aborde la démission dans le contexte des moyens de défense que peuvent invoquer les administrateurs.

III. Identification des parties redevables des obligations: recommandation 258

A. Recommandation

1. Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions est d'identifier les personnes redevables des obligations visées à la recommandation 255.

2. Contenu des dispositions législatives

Personnes redevables des obligations

258. La loi relative à l'insolvabilité devrait spécifier quelle personne est redevable des obligations visées à la recommandation 255. Il peut s'agir de tout administrateur officiellement désigné et de toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d'un administrateur.

B. Notes

10. La quatrième partie du Guide législatif de la CNUDCI ne concerne que les administrateurs officiellement désignés et toute autre personne exerçant le contrôle effectif et les fonctions d'un administrateur. Le paragraphe 15 du chapitre II du commentaire sur la quatrième partie donne des indications plus générales sur les personnes qui pourraient être visées par la quatrième partie, notamment celles qui sont chargées de prendre, celles qui prennent effectivement et celles qui devraient prendre des décisions clés s'agissant de la gestion de l'entreprise, et établit une liste des principales fonctions à titre d'exemple.

11. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le libellé de la recommandation 258 est assez large dans le contexte des groupes d'entreprises pour englober toutes les personnes qui devraient être redevables des obligations visées à la recommandation 255 (groupe d'entreprises) ou si d'autres indications devraient être soumises pour examen. Les commentateurs citent des exemples de pays où les normes en matière de preuve sont très élevées, en raison de l'adhésion à la notion d'entité unique et d'une interprétation restrictive des lois pertinentes qui généralement ne tiennent pas compte de la réalité des groupes d'entreprises. Par conséquent, il peut être parfois particulièrement difficile, voire même très risqué, de tenter d'établir une violation des obligations, telles celles visées à la recommandation 255 (groupe d'entreprises), notamment par des administrateurs de fait, éventuellement de l'entreprise mère⁵. Les tribunaux sont généralement prudents quand il s'agit des concepts de personnalité morale et de responsabilité limitée. Une approche possible serait de conserver le libellé actuel de la recommandation 258 et d'examiner, dans le commentaire, son application possible dans le contexte des groupes d'entreprises et, en particulier, dans les cas où d'autres membres du groupe agissent comme administrateurs de fait.

⁵ Irit Mevorach, *The Role of Enterprise Principles in Shaping Management Duties at Times of Crisis*, *European Business Organization Law Review* 14:471-496, p. 486.