Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3

Assemblée générale

Distr. limitée
13 avril 2010
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-huitième session
New York, 19-23 avril 2010

Droit de l'insolvabilité: travaux futurs possibles

Additif

Proposition d'INSOL International: Les responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et les mécanismes avant insolvabilité*

1. L'efficacité de la procédure d'insolvabilité est subordonnée à l'ouverture en temps utile de cette procédure. Cela est vrai, qu'il s'agisse de la liquidation des biens d'un débiteur ou de l'ouverture de la procédure de redressement visant à rétablir sa solvabilité. Trop souvent, c'est aux créanciers qu'il revient d'ouvrir la procédure car les administrateurs n'ont pu agir en temps voulu. Et pourtant de nombreuses lois sur l'insolvabilité sont censées imposer aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un certain délai suivant le début de l'insolvabilité.

2. Les obligations de cette nature sont rarement appliquées, et les études montrent qu'il s'agit là d'une obligation plus souvent violée que respectée. Cette situation s'explique pour plusieurs raisons, mais souvent, il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes de l'administrateur. Ces obligations théoriques ne sont pas respectées du fait de l'absence de menace réelle qui obligerait les administrateurs à ouvrir la procédure en temps utile.

3. On ne saurait surestimer l'importance de l'ouverture de la procédure à un stade précoce. 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 restructuration viable s'amenuise rapidement. Alors que de nombreux pays font de nouveau une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités de restructuration et de sauvetage

* Ce document a été soumis dès que possible après réception de la proposition.

V.10-52621 (F)

Merci de recycler

des entreprises, aucune mesure n'a été prise pour inciter les administrateurs et les dirigeants à mettre à profit les procédures ainsi offertes. C'est pourquoi le pourcentage d'entreprises pour lesquelles la liquidation est la seule option reste bien trop élevé dans de nombreuses régions du monde. De ce fait, des entreprises disparaissent, des emplois sont supprimés, des investissements sont gaspillés et le rythme de la reprise économique est plus lent qu'il ne conviendrait.

4. Mais ce n'est pas nécessairement une cause perdue. Dans certains pays, le recours à des procédures de redressement a été encouragé moyennant le remplacement de l'ancienne notion "opérations commerciales frauduleuses" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", qui fait que les administrateurs sont désormais vulnérables à la critique et aux sanctions financières dès lors qu'ils continuent de mener des activités au-delà du point où ils savent ou devraient savoir que l'entreprise ne sera pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

5. En outre, pour favoriser une ouverture de la procédure d'insolvabilité à un stade précoce, des dispositions efficaces visant le rôle et les obligations des administrateurs et des dirigeants devraient permettre de promouvoir une bonne gestion des entreprises. Dans de nombreux pays, il n'existe pas de dispositions législatives prévoyant l'obligation de vigilance et des normes de qualification pour les administrateurs, alors que les tribunaux de certains pays appliquent la règle de *common law* relative au devoir de diligence raisonnable des administrateurs et des dirigeants dans l'exercice de leurs fonctions. Les dispositions régissant la responsabilisation prévues par la loi pour négligence, manquement, faute d'exécution, violation d'une obligation ou abus de confiance sont inadaptées. INSOL International a entrepris des études approfondies sur le rôle et les devoirs des administrateurs et des dirigeants pendant la période précédant l'effondrement financier d'une entreprise et ces travaux pourraient être mis à la disposition d'un groupe de travail de la CNUDCI.

6. Une plus juste évaluation des responsabilités des administrateurs et des dirigeants pourrait également permettre de mieux prévoir la situation juridique de ces derniers et, partant, limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité plaident contre eux. Plus claires seront les responsabilités, plus prévisible sera la situation juridique des intéressés. En outre, des administrateurs plus expérimentés, qui ne tiendraient peut-être pas à participer à la gestion d'une entreprise en raison des risques associés à ce type de fonction en cas d'échec, seront davantage disposés à prendre part à cette gestion. Et ainsi, les bons capitaines également rejoindront le navire.