

**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 de la délégation du Royaume-Uni pour l'élaboration de lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants de sociétés dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité (y compris avant l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité, lorsque la société se trouve dans la "zone d'incertitude")\***

*[Le contexte dans lequel s'inscrit la présente proposition est décrit dans le document présenté à la trente-huitième session de la Commission par l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6).]*

1. En élaborant la Loi type et le Guide législatif, la CNUDCI a établi un cadre moderne, harmonisé et équitable pour traiter efficacement les cas d'insolvabilité internationale tout en respectant les différences entre droits nationaux. Afin de compléter ces instruments, la délégation du Royaume-Uni recommande que le Groupe de travail V entreprenne, dans le cadre de travaux futurs, d'examiner et d'élaborer des lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants de sociétés dans les situations d'insolvabilité ou avant insolvabilité.
2. La Loi type s'articule autour de plusieurs principes essentiels, dont l'administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur, ainsi que la protection des biens du débiteur et

---

\* Le présent document a été soumis aussi rapidement que possible après réception de la proposition.



l'optimisation de leur valeur. Pour faciliter l'application de ces principes, le Royaume-Uni estime qu'il importe d'élaborer des lignes directrices sur les obligations des administrateurs et dirigeants de sociétés lorsque celles-ci deviennent insolvable ou sont proches de l'insolvabilité. Ces lignes directrices renforceraient l'application de la Loi type et du Guide législatif en indiquant quels principes devraient sous-tendre les obligations des administrateurs et des dirigeants, envers qui ces derniers devraient être tenus de ces obligations et quelles sanctions les États pourraient envisager en cas de manquement de la part d'un administrateur ou d'un dirigeant auxdites obligations.

3. Le Royaume-Uni a conscience du fait que ces lignes directrices devraient être à la fois simples et générales. Les administrateurs et dirigeants de sociétés sont déjà soumis à une multitude de règles juridiques internes énonçant leurs obligations individuelles et collectives et toutes lignes directrices sur ce qu'il advient de ces obligations lorsqu'une société se trouve proche de l'insolvabilité devront être complémentaires des règles ou principes existants sur la question. De même, les lignes directrices ne devraient pas porter atteinte à la liberté des administrateurs et dirigeants de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement de manière appropriée, ni décourager l'activité des entreprises. Elles devraient trouver un moyen terme qui permette d'encourager le comportement responsable des administrateurs et dirigeants sans décourager la prise de risque raisonnable ou les mesures destinées à refinancer ou à restructurer des sociétés confrontées à l'insolvabilité.

## **I. Caractéristiques des lignes directrices proposées**

4. Ainsi qu'il est indiqué dans la proposition de l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), les lignes directrices devraient donner des orientations sur diverses questions parmi lesquelles les États pourraient choisir ou qu'ils pourraient modifier pour les adapter à leur situation. On trouvera ci-après une liste – qui ne se veut toutefois pas exhaustive – de questions, qui pourraient constituer un point de départ utile pour le Groupe de travail.

### **A. Administrateurs et dirigeants**

5. Il importe de donner une définition des “administrateurs et dirigeants” pour déterminer les personnes ou groupes de personnes auxquels devraient s'appliquer les lignes directrices. Ces dernières devraient avoir une portée suffisamment large pour s'appliquer à l'ensemble des personnes et entités qui contrôlent de droit ou de fait une société.

### **B. Obligations des administrateurs et des dirigeants**

6. Le droit ou les politiques de nombreux États Membres prévoient des normes ou des obligations pour les administrateurs et dirigeants. Par exemple, au Royaume-Uni, les obligations générales des administrateurs sont énoncées dans la Loi sur les sociétés (Companies Act) de 2006. Ceux-ci sont notamment tenus par la Loi d'une obligation de soin raisonnable (reasonable care), de compétence (skill) et de diligence. Les principes communs du devoir de loyauté imposent une obligation

de soin et une obligation d'agir de bonne foi pour promouvoir le succès de la société (au profit de ses membres dans la plupart des cas). Toutefois, dans le droit du Royaume-Uni, ce devoir a effet sous réserve des règles obligeant les administrateurs, dans certaines circonstances, à tenir compte des intérêts des créanciers de la société ou à agir dans l'intérêt de ces créanciers. L'administrateur ou le dirigeant d'une société insolvable a un devoir de loyauté supérieur envers les créanciers de la société. Lorsque la société est proche de l'insolvabilité, les intérêts des créanciers prennent peu à peu le pas sur ceux des membres de la société. Ce fait est d'ailleurs reconnu au Royaume-Uni, où certains actes accomplis par un administrateur sont déclarés illicites une fois la société insolvable. On citera par exemple à cet égard les dispositions sur la faute de gestion (wrongful trading) dans la Loi sur l'insolvabilité (Insolvency Act) de 1986. Le Royaume-Uni estime que des lignes directrices sur le devoir de loyauté seraient d'une grande utilité aux États.

## **C. Période avant insolvabilité et insolvabilité**

### **1. La zone d'incertitude**

7. Ainsi qu'il est mentionné plus haut, l'insolvabilité d'une société ou l'imminence de son insolvabilité a des incidences sur les obligations d'un administrateur ou d'un dirigeant de la société. INSOL International a établi des rapports sur la question, où cette période est qualifiée de "zone d'incertitude" (twilight zone). C'est dans le contexte de cette étape de la vie de la société que les lignes directrices devraient traiter du comportement et des actes d'un administrateur ou d'un dirigeant. Il serait utile que les lignes directrices examinent quand débute cette période.

8. Pour déterminer quand débute cette période, il faut prendre en compte de nombreuses variables – dont la nature et la situation de la société ainsi que les compétences et les connaissances de ses administrateurs et dirigeants. Une solution simple serait de prendre comme référence le moment où l'administrateur ou le dirigeant savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable ou risquait de le devenir. Se pose aussi, par ailleurs, la question de savoir quand une société devient effectivement insolvable. Dans le droit du Royaume-Uni, une société est considérée comme insolvable dès lors qu'elle n'est plus en mesure de payer ses dettes à l'échéance ou que son passif excède son actif. Ces deux critères sont subjectifs et exigent un examen plus poussé de la situation et du contexte.

### **2. Procédure formelle d'insolvabilité**

9. Il est plus facile de déterminer quand la société sort de la zone d'incertitude et quand commence la procédure formelle d'insolvabilité. La question est déjà abordée dans le Guide législatif.

10. Le Guide traite en outre des obligations des administrateurs et des dirigeants de sociétés en cas d'insolvabilité dans ses recommandations 108 à 114, en se référant aux obligations du débiteur (recommandation 110) de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs et à l'application de sanctions en cas de manquement à ces obligations (recommandation 114).

## D. Fautes des administrateurs et des dirigeants

11. Il serait utile que les lignes directrices examinent les types de fautes qui sont le plus souvent associées aux administrateurs ou aux dirigeants de sociétés insolvables. En donnant des précisions sur ces types de fautes, ces lignes directrices pourraient en fait établir un ensemble de critères susceptibles de servir de référence pour juger la conduite d'un administrateur ou d'un dirigeant. Dans son rapport intitulé "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", la Banque mondiale recommande "à tout le moins, de sanctionner les conduites reposant sur la connaissance ou le mépris coupable des conséquences préjudiciables aux créanciers".

12. Nous proposons que le Groupe de travail, s'il le souhaite, examine pour commencer les questions suivantes lors de l'élaboration des lignes directrices:

a) Intention frauduleuse dans l'exploitation de la société (Fraudulent trading) – cas où un administrateur ou dirigeant a fait preuve de malhonnêteté ou de négligence dans la gestion de la société devenue insolvable au point que les activités de cette dernière ont été poursuivies dans le but de frauder les créanciers ou à d'autres fins frauduleuses;

b) Opérations destinées à frauder les créanciers – cas où un administrateur ou dirigeant d'une société est à l'origine d'un acte de transfert ou de disposition frauduleux des biens de la société;

c) Faute de gestion (wrongful trading) – cas où un administrateur ou dirigeant aurait dû savoir que l'insolvabilité était inévitable et n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers;

d) Manquement aux devoirs/ faute d'exécution – cas où un administrateur ou dirigeant a détourné ou retenu des biens ou de l'argent de la société ou encore cas dans lequel une faute d'exécution ou un manquement à un devoir, de loyauté ou autre, a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société;

e) Faute concernant des biens ou de l'argent de la société – cas où un administrateur ou dirigeant est à l'origine d'un traitement préférentiel ou d'une opération à un prix sous-évalué, ou autorise un tel traitement ou une telle opération, au détriment des créanciers;

f) Manquement d'un administrateur ou d'un dirigeant aux obligations légales;

g) Faute concernant les livres de la société – falsification, non-conservation ou non-communication des livres de la société ;

h) non-paiement des impôts.

13. D'autres questions, concernant la conduite après l'insolvabilité, pourraient être les suivantes:

i) Réutilisation du nom de la société – cas où un administrateur ou dirigeant de la société insolvable réutilise le nom de cette dernière sans autorisation;

j) Cas où une personne exerce les fonctions d'administrateur ou de dirigeant alors qu'elle est frappée d'une interdiction d'administrer ou de gérer.

## E. Acte délictueux, responsabilité personnelle et interdiction d'administrer ou de gérer

14. Lorsqu'un administrateur ou un dirigeant d'une société insolvable ou proche de l'insolvabilité a commis une fraude ou a exploité la société dans un but frauduleux, il est probable que le droit interne d'un État prévoit des dispositions appropriées pour ces actes délictueux. Au Royaume-Uni, dans certains domaines du droit de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité a l'obligation légale de porter ces actes à l'attention des autorités de poursuite. Il peut en découler une responsabilité personnelle pour l'administrateur ou le dirigeant concerné. Il existe souvent un lien entre acte délictueux prouvé et responsabilité personnelle de l'administrateur ou du dirigeant. De même, lorsqu'un administrateur ou un dirigeant n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter les pertes des créanciers, il peut se voir enjoindre de contribuer à l'actif de la société insolvable. Les éventuelles lignes directrices sur la responsabilité personnelle des administrateurs et des dirigeants devraient néanmoins tenir compte de la nécessité de trouver un juste milieu. Les sociétés confrontées à une insolvabilité ont besoin d'une gestion solide et leur situation appelle généralement des décisions délicates. Les administrateurs qui craignent les répercussions financières possibles de telles décisions peuvent prématurément fermer leur entreprise au lieu d'essayer de sortir de leurs difficultés. Les lignes directrices pourraient donner des orientations aux États sur les cas pouvant entraîner une responsabilité personnelle tout en reconnaissant les risques que des règles trop draconiennes présentent pour l'esprit d'entreprise.

15. Le Groupe de travail pourrait aussi se pencher sur la question de l'interdiction d'administrer ou de gérer, autrement dit le fait de se protéger contre un administrateur malhonnête en lui interdisant pendant une certaine période d'administrer toute société ou de participer à sa gestion. Au Royaume-Uni, la Loi sur l'interdiction d'administrer ou de gérer une société (Company Directors Disqualification Act) de 1986 permet de prononcer une telle interdiction pour une durée allant de 2 à 15 ans lorsqu'il est prouvé que la personne n'est pas apte à remplir les fonctions d'administrateur. Cette interdiction peut être prononcée avec d'autres sanctions et s'accompagner d'une responsabilité personnelle comme décrite ci-dessus ou être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur ou du dirigeant justifie une telle sanction. Il conviendrait peut-être aussi que le Groupe examine la question de la reconnaissance entre États des interdictions d'administrer ou de gérer, reconnaissance qui est déjà prévue dans le droit australien.

## II. Proposition

16. La délégation propose donc ce qui suit:

**Que le Groupe de travail V envisage de recommander à la Commission d'étudier ce type de proposition à sa prochaine session afin qu'elle lui donne mandat d'élaborer des lignes directrices sur les obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants de sociétés en cas d'insolvabilité, y compris avant l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité.**

17. Nous serions reconnaissants au Groupe de travail de bien vouloir examiner la présente proposition.