



Assemblée générale

Distr.: limitée
27 août 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Trente-neuvième session
Vienne, 6-10 décembre 2010**

Droit de l'insolvabilité

Obligations et responsabilités des administrateurs et des dirigeants dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-7	2
I. Portée des travaux possibles.	8-17	3
A. Contexte.	8-15	3
B. Questions à examiner	16-17	6
II. Avant l'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité. . .	18-33	7
A. Obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision d'une société	18-23	7
B. Nature des obligations	24-32	8
C. Personnes auxquelles il doit être rendu compte	33	11
III. L'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité.	34-73	11
A. Obligations auxquelles donne naissance l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	35-36	11
B. Obligations des administrateurs lorsque la société est insolvable ou sur le point de l'être	37-73	12
IV. Portée et contenu des lignes directrices possibles	74	22



Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions pour des 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), et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709), soumis après la session en question du Groupe de travail V, contenait des informations complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. À l'issue d'un débat, 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 (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), qui concerne les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité¹. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'une discussion approfondie, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et les responsabilités découlant de l'insolvabilité et n'engloberaient pas des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. Les avantages d'une loi efficace en matière d'insolvabilité sont largement reconnus et acceptés par la plupart des pays, comme en témoigne le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et les efforts déployés par beaucoup de ces pays au cours de ces dernières années pour actualiser leur législation en matière d'insolvabilité en vue de tenir compte de la finance et du commerce modernes. Outre qu'elles constituent le principal moyen de préserver la discipline financière des entreprises en difficulté en offrant tant un cadre juridique prévisible indispensable qu'un cadre nécessaire à un redressement efficace ou à une liquidation ordonnée de ces entreprises, des lois efficaces en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et la conduite des dirigeants et des administrateurs de la société, permettant ainsi peut-être de faire apparaître un comportement coupable de la part des responsables de la défaillance de la société et une disposition inéquitable d'avoirs ou de biens potentiellement récupérables. Des principes directeurs inefficaces, obsolètes et incohérents concernant les obligations des administrateurs et des dirigeants quand une société approche de l'insolvabilité risquent de réduire à néant les avantages que le Guide législatif est censé procurer.

¹ Le premier sujet, concernant le centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet des documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1.

5. 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. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités de restructuration et de sauvetage des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter comme il convient les administrateurs et les dirigeants à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Trop souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin d'ouvrir la procédure, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité soient censées imposer aux administrateurs l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un certain délai suivant le début de l'insolvabilité, les obligations de cette nature sont rarement appliquées, souvent parce qu'il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes des administrateurs.

6. Certains pays ont par conséquent remplacé l'ancienne notion d'"opération commerciale frauduleuse" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", selon laquelle la responsabilité des administrateurs peut être engagée s'ils permettent à la société de continuer d'opérer après qu'ils ont su ou auraient dû savoir qu'elle ne serait pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité.

7. En outre, pour encourager l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à un stade précoce, des dispositions efficaces concernant le rôle et les obligations des administrateurs et des dirigeants devraient permettre de promouvoir une bonne gestion des entreprises. Une plus juste évaluation des obligations des administrateurs et des dirigeants pourrait également permettre de mieux prévoir la situation juridique de ces derniers et, partant, de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient appelés à les poursuivre. Plus clairement définies seront leurs responsabilités et 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 le faire.

I. Portée des travaux possibles

A. Contexte

8. Les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil et le droit de l'insolvabilité, voire, dans certains pays, par plusieurs d'entre elles. Dans quelques-uns, par exemple, les obligations qui incombent aux administrateurs dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité sont considérées comme relevant exclusivement du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés tandis que, dans d'autres, ces deux branches du droit peuvent comporter des dispositions pertinentes à cet égard. On trouve aussi habituellement des dispositions complémentaires dans le droit des quasi-délits ou du droit pénal (question qui sort du champ du présent document). Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence.

9. Les textes concernant les obligations et responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprise sont étroitement liés, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises, avec lesquelles existent des interactions. Dans certains pays, les dispositions en question constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple des lois visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des impôts ou à privilégier certaines catégories de créanciers, comme les employés, ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel locaux.

10. Les sociétés au bord de l'insolvabilité ont besoin d'une direction solide, étant donné que les jugements et les décisions dans ces circonstances sont fréquemment difficiles. Or, les administrateurs risquent, s'ils craignent les répercussions financières éventuelles des décisions à prendre, de fermer prématurément une entreprise plutôt que d'essayer de la sortir de ses difficultés. Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit par conséquent chercher à concilier ces deux objectifs souvent concurrents et les intérêts des différentes parties prenantes, c'est-à-dire à la fois préserver la faculté des administrateurs et dirigeants de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, tout en encourageant un comportement responsable, en décourageant la prise de risques excessifs, en facilitant l'activité de l'entreprise et en encourageant, très tôt la recapitalisation ou la restructuration de l'entreprise en difficulté.

11. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a beaucoup fait pour l'élaboration de principes de gouvernement des entreprises qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui définissent notamment les attributions des administrateurs de société² ne se trouvant pas en situation d'insolvabilité (voir ci-dessous le paragraphe 29), mais l'on ne s'est guère attaché, au plan international, à harmoniser les différentes approches qui sous-tendent les législations nationales en matière d'insolvabilité.

12. L'expérience acquise dans l'Union européenne met en relief certaines des difficultés à prévoir. En 2002, un Groupe d'experts de haut niveau en matière de droit des sociétés (ci-après dénommé le "Groupe d'experts") créé par la Commission européenne a recommandé d'introduire au niveau de l'Union européenne (UE) une règle concernant la négligence sanctionnable, en vertu de laquelle les administrateurs (y compris les administrateurs de fait) seraient tenus personnellement responsables des conséquences de la défaillance de la société dans les cas où il était prévisible que celle-ci n'était plus en mesure de continuer à honorer ses dettes³. Le Groupe d'experts a relevé que les règles variaient beaucoup d'un pays à l'autre. Certains États membres n'ont pas prévu de dispositions spécifiques mais parviennent au même résultat par des règles générales sur la responsabilité des administrateurs, quelquefois en matière de responsabilité civile. Là où existait une obligation générale de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en cas d'insolvabilité avérée l'obligation intervenait habituellement trop tard pour être efficace. Le Groupe d'experts a estimé que la règle recommandée

² Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004, section VI (les "Principes de l'OCDE").

³ Rapport du Groupe de haut niveau d'experts du droit des sociétés: un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, Bruxelles, 4 novembre 2002 (le "rapport du Groupe d'expert"), chapitre 3, section 4, p. 68 et 69. Le Groupe a été constitué par la Commission européenne en 2001.

n'interférerait pas avec les décisions de gestion quotidienne des administrateurs aussi longtemps qu'une situation d'insolvabilité n'était pas prévisible. Cette règle aurait pour effet à la fois de renforcer la confiance des créanciers et d'encourager ceux-ci à continuer de traiter avec l'entreprise, et introduirait un niveau de protection équivalent pour les créanciers des sociétés de l'ensemble de l'Union européenne. Elle éviterait également d'avoir à harmoniser l'ensemble des règles concernant la responsabilité des administrateurs dans tous les États membres, tâche qui serait en tout état de cause extrêmement difficile. Restait cependant à déterminer si une telle règle devait relever du droit des sociétés ou du droit de l'insolvabilité. Le Groupe d'experts a été d'avis que la question de la responsabilité des administrateurs était surtout importante avant l'insolvabilité et constituait par conséquent un élément clef d'un régime de gouvernement de l'entreprise plutôt que d'un régime de l'insolvabilité. La Commission européenne a ultérieurement appuyé la proposition tendant à ce que soit introduite une règle concernant la négligence sanctionnable et l'interdiction d'exercer la charge d'administrateur⁴.

13. En 2006, cependant, la plupart des réponses à une consultation publique sur la mise en œuvre du Plan d'action de 2003 pour la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise (qui prévoyait notamment l'élaboration de dispositions concernant les obligations des administrateurs) ont reflété une opposition à l'élaboration de dispositions harmonisées dans ce domaine étant donné que les réglementations nationales étaient déjà suffisamment détaillées⁵. Il a été suggéré que des règles communes au niveau de l'ensemble de l'UE créeraient une incertitude juridique en raison de leur chevauchement avec les réglementations nationales et que les avantages d'une harmonisation étaient plus que compensés par les coûts et les difficultés qu'elle supposait. De plus, comme la question était étroitement liée au droit privé, et surtout au droit de l'insolvabilité, au droit pénal et au droit de procédure, il a été relevé qu'elle ne pouvait pas être abordée au niveau de l'Union européenne dans le seul contexte du droit des sociétés.

14. Nonobstant les difficultés identifiées lors de la consultation publique, les propositions visées dans la présente note permettent de penser qu'il devrait être possible de cristalliser, à partir de régimes de l'insolvabilité efficaces, des principes fondamentaux qui devraient se retrouver dans les devoirs des administrateurs et des dirigeants dans le cas d'insolvabilité. Ces principes pourraient esquisser les caractéristiques les mieux à même de donner effet aux objectifs d'intérêt général et d'ordre international que les pays cherchent à atteindre avec de telles lois et constitueraient pour les États des indications touchant les circonstances dans lesquelles la responsabilité personnelle des administrateurs pourrait se trouver engagée. Dans le même temps, ces principes devraient tenir compte des inconvénients que pourraient avoir des règles excessivement draconiennes et des menaces qu'elles pourraient constituer pour l'esprit d'entreprise.

⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européens: Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprises dans l'Union européenne – Un plan pour avancer, Bruxelles, 21 mai 2003 COM (2003) 284 final, section 3.1.3.

⁵ Direction générale des marchés internes et des services, Consultation et auditions sur les priorités futures en matière de modernisation du droit des sociétés et de renforcement de la gouvernance des entreprises dans l'Union européenne, 2006 (le "rapport de l'UE de 2006").

15. Le préambule des Principes de l'OCDE suggère une formule autre que l'harmonisation des législations nationales que le Groupe de travail pourrait envisager lorsqu'il discutera des questions évoquées ci-dessous:

“Il n'existe pas de modèle unique de bon gouvernement d'entreprise. Néanmoins, les travaux réalisés [...] ont permis de dégager certains éléments communs qui sont au fondement d'un bon gouvernement d'entreprise. Les Principes s'appuient sur ces éléments communs et sont énoncés de façon à couvrir les différents modèles existants.

Les Principes de gouvernement d'entreprise n'ont pas de caractère contraignant et ne contiennent pas de prescriptions détaillées devant être reprises dans chaque législation nationale; ils proposent plutôt certains objectifs ou résultats et suggèrent diverses manières de les atteindre. Leur ambition est de servir de référence. Ils peuvent être utilisés par les autorités chargées d'étudier et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire de gouvernement d'entreprise qui tienne compte des conditions économiques, sociales, juridiques et culturelles propres à chaque pays. Ils peuvent l'être également par les intervenants sur le marché lorsqu'ils définissent les pratiques qu'ils entendent adopter⁶.”

B. Questions à examiner

16. La présente note indique certaines des questions connexes à prendre en considération si l'on veut élaborer des principes directeurs ou des directives concernant les obligations et la responsabilité des administrateurs dans le contexte de l'insolvabilité. Ces questions concernent notamment les points suivants:

- a) Définition des personnes qui doivent être considérées comme un administrateur ou un dirigeant d'une société aux fins de décider à qui incombent différentes obligations, y compris les administrateurs officiellement désignés et les autres;
- b) Nature des obligations des administrateurs et des personnes auxquelles ceux-ci doivent rendre compte en période autre que d'insolvabilité;
- c) Question de savoir si la nature des obligations des administrateurs et les personnes auxquelles ceux-ci doivent rendre compte changent lorsque l'entreprise est au bord de l'insolvabilité ou à quel moment ce changement intervient;
- d) Manquement aux obligations des administrateurs et nature de la responsabilité qu'entraîne un tel manquement, l'accent étant mis sur la responsabilité civile plutôt que pénale;
- e) Moyens de défense pouvant être invoqués en cas de manquement aux obligations des administrateurs;
- f) Action pouvant être intentée en cas de manquement aux obligations des administrateurs, parties pouvant entamer une telle action et conséquences possibles d'un tel manquement, par exemple amendes, versement de dommages-intérêts et interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur.

⁶ Principes de l'OCDE, 13 et 14.

17. Les États ont adopté des approches diverses sur les points susmentionnés. L'on trouvera ci-après quelques indications de caractère général sur certaines des approches suivies, ce qui devrait faciliter la tâche du Groupe de travail, mais la discussion ci-dessous est inévitablement sélective.

II. Avant l'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité

A. Obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision d'une société

1. Titulaires des obligations: personnes pouvant être considérées comme des "administrateurs"

18. Dans la plupart des pays, les obligations en ce qui concerne la gestion et la supervision des opérations de la société incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de la société, d'administrateurs formellement désignés en tant que tels, de dirigeants ou de cadres (qui peuvent également être des administrateurs dirigeants) et des personnes ou entités non désignées, y compris des tierces parties agissant comme administrateurs "de fait".

19. Un administrateur de fait est généralement considéré comme étant une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas formellement désignée en cette qualité. 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 de confiance. 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 de faits, 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 l'entreprise avec la banque et les experts comptables de la société.

20. Un administrateur de fait 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 un administrateur de fait, 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 de fait tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, un membre du groupe peut être administrateur de fait d'un autre membre du groupe.

21. Pour plus de commodité, les administrateurs de ces différentes catégories sont, dans la présente note, tous appelés "administrateurs".

22. Il est indiqué dans les Principes de l'OCDE que, quelles que soient les différences qui caractérisent la façon dont sont structurés les conseils

d'administration des entreprises⁷, ils sont censés s'appliquer à l'organe, quelle que soit sa nature, chargé de gouverner l'entreprise et de superviser sa gestion, les membres du conseil d'administration étant investis d'obligations particulières à cet égard.

2. Fonctions des administrateurs

23. Les Principes de l'OCDE indiquent quelles sont habituellement les fonctions des conseils d'administration. Ces fonctions sont notamment les suivantes: revoir et guider la stratégie de l'entreprise, ses principaux plans d'action, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d'activité, définir ses objectifs de résultats, assurer la surveillance de la mise en œuvre de ces objectifs et des résultats de l'entreprise et contrôler les principales dépenses d'équipement; surveiller les pratiques effectives de la société en matière de gouvernement d'entreprise; recruter les principaux dirigeants et suivre leurs activités; assurer la disponibilité de ressources financières adéquates; gérer les conflits d'intérêts pouvant surgir; s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et d'information financière de la société; rendre compte aux actionnaires des performances de la société; et superviser la divulgation de l'information⁸.

B. Nature des obligations

24. Dans de nombreux pays, la législation ou les politiques nationales se réfèrent d'une façon ou d'une autre aux normes qui doivent présider à la façon dont les administrateurs s'acquittent de leurs fonctions ou de leurs obligations. Les administrateurs doivent d'une façon générale, conformément à la loi, s'acquitter de leurs attributions sur la base du principe selon lequel, si ce sont eux qui gèrent l'entreprise et la contrôlent, l'entreprise doit (en théorie) être administrée dans l'intérêt des actionnaires. Le rôle et les responsabilités des administrateurs peuvent varier selon la nature et le type de l'entité commerciale dont il s'agit, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à capital fermé ou privé ou d'une entreprise familiale, et selon le pays où opère la société. Les administrateurs de sociétés anonymes ont habituellement des obligations beaucoup plus rigoureuses et plus complexes que ceux d'autres types de sociétés. Généralement, les obligations en question incombent à chaque administrateur individuellement plutôt qu'au conseil dans son ensemble.

25. Les obligations qui incombent aux administrateurs dans l'accomplissement de leurs fonctions ont un caractère fiduciaire, comme celles que la loi impose à d'autres personnes investies de fonctions de représentation, comme les préposés et les agents fiduciaires. Ce principe indique les deux éléments essentiels des

⁷ Il existe dans certains pays un système de gouvernement d'entreprise qui comporte deux organes distincts qui séparent la fonction de surveillance et la fonction de gestion. Dans ce cas, coexistent en général un conseil de surveillance composé de membres sans fonction de direction et un directoire uniquement composé de dirigeants de la société. Dans d'autres pays, le système fonctionne avec un organe unique qui comporte à la fois des administrateurs dirigeants et d'autres sans fonction de direction. Dans d'autres encore, la législation prévoit en outre un organe supplémentaire investi d'une mission de contrôle. Notes indicatives concernant les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, section VI, Responsabilités du Conseil d'administration, p. 64.

⁸ Ibid., VI. D, p. 67.

obligations fiduciaires des administrateurs, à savoir le devoir de diligence et le devoir de loyauté, même si certains États considèrent que la seule obligation fiduciaire est le devoir de loyauté.

26. Le devoir de diligence suppose que les administrateurs doivent agir en toute connaissance de cause, de bonne foi et avec tout le soin requis. Dans certains pays, le devoir de loyauté englobe l'obligation d'agir de façon honnête et de bonne foi. Selon la législation de certains pays, le conseil d'administration est légalement tenu d'agir dans l'intérêt de la société et, ce faisant, de se comporter comme le ferait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances similaires. Dans de nombreux États, le devoir de diligence ne permet pas de sanctionner une erreur commise dans le cadre de l'exercice du jugement d'affaire dès lors que les administrateurs n'ont pas été extrêmement négligents et que la décision a été prise avec toute la diligence requise⁹. Dans certains pays, la règle relative au jugement d'affaires établit une présomption selon laquelle les administrateurs de la société ont, dans les décisions qu'ils ont prises, agi en pleine connaissance de cause, de bonne foi et dans la conviction intime que la décision adoptée était dans l'intérêt de la société¹⁰. Cette présomption peut être réfutée en établissant l'existence d'un manquement au devoir de diligence ou à l'obligation de bonne foi.

27. Il est relevé dans les Principes de l'OCDE que le devoir de loyauté conditionne le respect effectif de nombre des obligations susmentionnées (par. 23) et est fondamental pour les administrateurs qui travaillent au sein d'un groupe de sociétés; même lorsqu'une société est contrôlée par une autre société, le devoir de loyauté des administrateurs est en effet un devoir vis-à-vis de la société et de tous ses actionnaires et non vis-à-vis de la société qui contrôle le groupe¹¹.

28. Dans certains pays¹², la législation définit de façon assez détaillée les obligations des administrateurs, lesquelles peuvent englober par exemple, indépendamment du devoir d'agir dans l'intérêt de la société, l'obligation de se conformer à ses statuts et aux décisions adoptées conformément aux statuts; l'obligation d'agir honnêtement et de ne pas oublier que les biens de la société appartiennent à celle-ci et non aux administrateurs ou aux actionnaires; l'obligation de faire preuve de la diligence et du soin requis et de se tenir informés des affaires de la société; le devoir de veiller à ce que la société tienne un compte rendu des décisions des administrateurs; et l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts. Les obligations plus spécifiques que certains États¹³ imposent aux administrateurs comprennent notamment l'obligation de faire rapport tous les trois mois sur l'accomplissement de leurs fonctions; de faire rapport au commissaire aux comptes

⁹ Ibid., VI. A, p. 65.

¹⁰ Cette règle s'applique notamment aux États-Unis et dans plusieurs autres pays. Il a été élaboré plusieurs variantes de la règle relative au jugement d'affaires, comme une version modifiée ou le critère de proportionnalité, selon lequel les administrateurs doivent démontrer que les décisions adoptées étaient raisonnables eu égard à la menace posée (*Unocal c. Mesa Petroleum*, 493 A.2d 946 (Del. 1985)). Cette règle a été modifiée par la suite, de sorte qu'il faut déterminer, par application du critère de proportionnalité, si la mesure adoptée par l'administrateur a eu pour effet de forcer la main des actionnaires (*Unitrin, Inc. c. American General Corp* 493 A.2d 946 (Del. 1985)).

¹¹ Notes explicatives concernant les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, section VI. A, p. 65.

¹² Par exemple, Angleterre: Loi de 2006 sur les sociétés.

¹³ Par exemple, Corée.

ou au comité d'audit dès lors qu'ils ont vent d'un risque de perte significative pour la société; et le devoir de surveiller les activités des autres administrateurs.

29. La section VI des Principes de l'OCDE définit comme suit les obligations des administrateurs:

- a) Agir en toute connaissance de cause, de bonne foi, avec toute la diligence et le soin requis et dans l'intérêt de la société et de ses actionnaires;
- b) Traiter équitablement tous les actionnaires, surtout lorsque les décisions du conseil peuvent affecter de manière variable les différentes catégories d'actionnaires;
- c) Appliquer des normes éthiques élevées et prendre en considération les intérêts des différentes parties prenantes;
- d) S'acquitter de leurs attributions clés (comme celles qui sont indiquées au paragraphe 23 ci-dessus);
- e) Porter un jugement objectif et indépendant sur la conduite des affaires de la société; et
- f) Avoir accès à des informations exactes, pertinentes et disponibles en temps opportun.

30. Ce qu'il faut entendre par intérêt de la société peut varier d'un pays à l'autre. Dans un pays, par exemple, le concept a été interprété comme se distinguant de l'intérêt des actionnaires ou des créanciers et consiste, du point de vue économique, à maximiser la valeur de l'entreprise. Pour déterminer ce qu'est l'intérêt de la société, les administrateurs peuvent prendre en considération différents facteurs, compte tenu des circonstances de l'espèce, dont les intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, de l'État et de l'environnement¹⁴.

31. Il ressort des autres études concernant le gouvernement des entreprises menées par l'OCDE dans le contexte de la crise financière que le seul moyen, en principe, d'améliorer la performance des conseils d'administration consiste à définir clairement leurs attributions puis à permettre ou encourager les actionnaires et/ou les organismes de tutelle à veiller à ce qu'elles soient respectées. L'OCDE relève que les normes énoncées aux alinéas a) et c) du paragraphe 29 ci-dessus, considérées ensemble, constituent pour les administrateurs des normes plus rigoureuses qui reflètent la législation en vigueur dans les différents pays. En outre, les Principes encouragent une maximisation de la valeur de l'entreprise à long terme et pas seulement de la valeur que celle-ci représente pour les actionnaires¹⁵.

32. L'interprétation des obligations susmentionnées dans les différents États est une question qui a fait couler beaucoup d'encre. Il sortirait du champ de la présente note de vouloir analyser en détail ces différentes interprétations. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une telle analyse faciliterait ses travaux futurs.

¹⁴ Canada, *Peoples Department Stores Inc. v Wise* 2004 SCC 68, par. 41 et 42. Voir J. Sarra, *Canada's Supreme Court Rules on Fiduciary Obligation Towards Creditors on Insolvency — Peoples Department Stores v Wise*, *Int. Insolv. Rev.* Vol 15: 1-15 (2006).

¹⁵ Corporate governance and the financial crisis: conclusions and emerging good practice to enhance implementation of the principles, Direction des affaires financières et les entreprises, Comité directeur de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise, 24 février 2010, par. 62.

C. Personnes auxquelles il doit être rendu compte

33. Les législations varient quant aux personnes auxquelles les administrateurs doivent rendre compte lorsqu'une entreprise est solvable, certaines établissant à cette fin une distinction entre le devoir de diligence et le devoir de loyauté. Habituellement, les administrateurs doivent rendre compte à la société elle-même, ce qui peut, dans certains États, être interprété comme englobant à la fois les actionnaires et les créanciers. Dans quelques pays, il se peut que les administrateurs doivent également rendre compte aux actionnaires, mais aux actionnaires en général et non individuellement. Lorsqu'une distinction est établie sur la base de la nature de l'obligation, les actionnaires doivent rendre compte de la façon dont ils se sont acquittés de leur devoir de loyauté à l'égard de la société seulement, tandis qu'il se peut qu'ils doivent également rendre compte aux créanciers et aux autres parties prenantes dans le contexte de l'obligation de diligence. Les administrateurs doivent, pour les traiter équitablement, tenir dûment compte des intérêts de ces parties prenantes, comme employés, clients, fournisseurs et communautés locales, pour ce qui est, dans ce dernier cas, du respect des normes environnementales et sociales. Comme le relève l'OCDE, les attributions des conseils d'administration sont fort complexes et amènent parfois ceux-ci à devoir faire la part d'intérêts souvent fort divergents¹⁶.

III. L'apparition de difficultés financières ou d'une situation d'insolvabilité

34. La discussion ci-après porte uniquement sur les obligations qui incombent aux administrateurs lorsqu'une société se trouve en difficulté financière ou est insolvable.

A. Obligations auxquelles donne naissance l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

35. Dans de nombreux pays, la législation en matière d'insolvabilité reconnaît que, lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité, le but doit être de maximiser la valeur des avoirs de la société et de les préserver pour qu'ils puissent être distribués aux créanciers. Les obligations des administrateurs et des dirigeants seront par conséquent différentes, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquent lorsque l'entreprise était solvable. Fréquemment, ils cesseront de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un syndic ou un liquidateur, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. Le Guide législatif, par exemple, traite de ces obligations dans ses recommandations 108 à 114 et aux paragraphes 22 à 34 du Commentaire. 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 persistent pendant toute la procédure, sont notamment les suivantes: coopérer avec le syndic et l'aider à s'acquitter de ses tâches; fournir des informations exactes, fiables et complètes concernant la situation financière et les

¹⁶ Ibid., par. 63.

affaires de l'entreprise; et coopérer avec le syndic ou le liquidateur pour l'aider à prendre le contrôle effectif des avoirs de la société et à faciliter la recherche des actifs et des archives de l'entreprise.

36. La recommandation 114 et le paragraphe 34 du Commentaire ont trait à l'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations. Dans certains pays, les administrateurs et les dirigeants d'une société peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'ils ne s'acquittent pas de leurs obligations et, dans d'autres, ils peuvent être tenus pour personnellement responsables de tout préjudice causé du fait d'un manquement aux obligations en question.

B. Obligations des administrateurs lorsque la société est insolvable ou sur le point de l'être

37. Une question qui retient de plus en plus l'attention mais qui est envisagée sous des angles extrêmement différents est celle de savoir si les obligations des administrateurs d'une société doivent être affectées à un moment quelconque avant l'introduction d'une action en insolvabilité ou l'ouverture de la procédure, période parfois appelée "zone crépusculaire" ou "quasi-insolvabilité", concept quelque peu nébuleux qui entend néanmoins donner l'idée d'une dégradation de la stabilité financière de l'entreprise qui, si rien n'est fait, risque de déboucher sur une situation d'insolvabilité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Si les obligations des administrateurs doivent se trouver de quelque manière affectées pendant cette période, il se pose la question connexe de savoir à quel moment ces obligations doivent changer et comment doit être définie la situation d'"insolvabilité". Une autre question encore est celle de savoir quelle est la nature des obligations des administrateurs à ce stade et si elle diffère de celles qui sont les leurs lorsque la société est solvable.

1. Les administrateurs devraient-ils avoir des obligations à l'égard des créanciers lorsqu'une situation d'insolvabilité approche?

38. Dans un pays, il a été confirmé que les administrateurs n'ont aucune obligation fiduciaire à l'égard des créanciers lorsque l'entreprise devient insolvable ou est sur le point de l'être, l'obligation fiduciaire en question étant le devoir de loyauté à l'égard de l'entreprise (c'est-à-dire l'obligation d'agir de façon honnête et de bonne foi en ayant en vue l'intérêt de la société). La teneur de cette obligation ne change pas avec la santé financière de la société et cette obligation est à tout moment un devoir à l'égard de celle-ci. L'intérêt de la société ne doit pas être confondu avec les intérêts des créanciers ou des autres parties prenantes¹⁷. Si les obligations des administrateurs ne changent pas à ce moment-là, c'est essentiellement en raison de l'existence d'un recours qui prévoit que lorsque les administrateurs d'une société ont exercé leurs pouvoirs d'une façon qui "abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants ou se montre injuste à leur égard en leur portant préjudice ou en ne tenant pas compte de leurs intérêts"¹⁸, les parties intéressées peuvent avoir droit à réparation. Ce recours est fondé sur le principe selon lequel les entreprises doivent agir en ayant à l'esprit leurs obligations sociales et doivent par conséquent prendre en considération les intérêts de toutes les

¹⁷ Canada: *Peoples Department Stores Inc. v Wise* 2004 SCC 68, par. 43.

¹⁸ Loi canadienne sur les sociétés par actions de 1985, section 241-2 c).

parties prenantes qui peuvent être affectées par leurs décisions. L'accent, en l'occurrence, est mis sur les décisions en rapport avec l'entreprise et non sur la conduite personnelle des administrateurs. Les mesures tombant sous le coup de ce recours sont notamment les mesures de caractère coercitif ou abusif, les mesures ayant pour effet d'entraîner des difficultés excessives, les mesures adoptées de mauvaise foi ou constituant un abus de pouvoir ou les mesures pouvant de quelque autre manière causer un grave préjudice.

39. Dans ses "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", la Banque mondiale a recommandé que "les lois régissant la responsabilité des administrateurs et des dirigeants du chef de décisions défavorables aux créanciers adoptées lorsqu'une entreprise est en difficulté financière ou est insolvable devraient tendre à promouvoir un comportement responsable de la part des entreprises tout en encourageant une prise de risques raisonnable. À tout le moins, la législation devrait tenir les administrateurs et dirigeants d'entreprise responsables du préjudice causé aux créanciers par suite d'une décision visant délibérément à leur nuire, imprudente ou constituant une négligence grave"¹⁹.

40. Différents auteurs se sont dits opposés à l'idée selon laquelle les administrateurs auraient des obligations à l'égard des créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, faisant valoir que les créanciers sont suffisamment protégés par d'autres dispositions légales, comme celles qui ont trait aux transferts frauduleux, et peuvent gérer tous types de risque, par exemple au moyen de contrats et de polices d'assurance.

41. Une approche différente est fondée sur l'idée qu'imposer de telles obligations à l'égard des créanciers n'encourageraient pas les administrateurs, étant eux-mêmes actionnaires, à essayer d'éviter une situation d'insolvabilité. Il peut en effet s'avérer nécessaire, à cette fin, d'adopter des stratégies à haut risque afin de préserver la valeur de l'entreprise pour les actionnaires alors même que cela risque d'accroître les risques pour les créanciers et il arrive qu'il soit fait peu de cas des risques d'échec en raison de la protection accordée par le régime de responsabilité limitée si les mesures adoptées ne sont pas couronnées de succès. Lorsque l'entreprise est insolvable, les actionnaires ont perdu leurs actifs et sont remplacés par les créanciers en tant qu'ayants droit résiduels. En conséquence, selon ce raisonnement, les administrateurs devraient, en raison de leurs obligations fiduciaires, rendre compte aux créanciers plutôt que de s'attacher à maximiser la valeur des actifs de l'entreprise au bénéfice des actionnaires.

42. Certains pays considèrent que les obligations des administrateurs et des dirigeants *changent* à mesure que l'insolvabilité approche afin de protéger ainsi les créanciers de l'entreprise plutôt que les actionnaires. D'autres considèrent que ces obligations sont *plus larges* et englobent les créanciers, et pas seulement les actionnaires. Le devoir d'agir en ayant en vue l'intérêt de la société demeure généralement constant.

43. Si la raison qui conduirait à imposer aux administrateurs une obligation à l'égard des créanciers en cas d'insolvabilité peut être la même dans les différents

¹⁹ Banque mondiale "Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers", 2005, Partie B: Risk Management and Corporate Workout, B2: Director and Officer Accountability.

pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de cette obligation et la définition de la norme à appliquer. Une approche est fondée sur la doctrine de la fiducie, et considère les administrateurs comme des agents fiduciaires chargés de gérer les actifs de la société au bénéfice des créanciers lorsque la société est insolvable, les administrateurs ayant l'obligation de protéger ses actifs pour le compte des créanciers.

44. Selon une autre approche, les administrateurs, lorsqu'ils savent que la société ne peut pas faire face à ses engagements lorsqu'ils sont exigibles, devraient être tenus d'intervenir pour surveiller la situation financière de l'entreprise et éviter l'insolvabilité. S'ils continuent néanmoins à gérer les activités de l'entreprise en obtenant des biens et des services à crédit sans divulguer la situation financière de la société à ses fournisseurs, ils devraient être tenus pour personnellement responsables.

45. Dans une étude à ce sujet, INSOL appelle l'attention sur les divers avantages et inconvénients qu'aurait une règle qui imposerait une responsabilité personnelle aux administrateurs et dirigeants d'une société qui deviendrait insolvable²⁰. Une telle règle aurait plusieurs avantages dans la mesure où elle permettrait:

a) D'enrayer rapidement le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus considérables et d'empêcher que de nouveaux créanciers se trouvent mêlés aux difficultés financières de la société;

b) D'imposer, par le biais de sanctions rigoureuses, une discipline à la direction de l'entreprise; et

c) D'encourager la direction de l'entreprise à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières sont en vue.

46. Les inconvénients d'une telle règle seraient notamment les suivants:

a) Risque de fermeture prématurée d'entreprises viables qui auraient pu survivre;

b) Découragement d'une restructuration volontaire, les administrateurs se montrant peu disposés à continuer à gérer la société pour lui permettre de sortir des difficultés;

c) Érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif et affaiblissement des incitations. Des risques trop élevés peuvent décourager les administrateurs et, même si la société peut assurer ceux-ci, la couverture est onéreuse et est fréquemment l'objet d'exceptions de large portée;

d) Imprévisibilité, la responsabilité dépendant des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux; et

e) Risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme administrateurs de fait de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, particulièrement au moment de l'insolvabilité.

47. Comme indiqué ci-dessus, quelques auteurs considèrent que les administrateurs devraient, indépendamment de leurs obligations à l'égard des

²⁰ Directors in the Twilight Zone III (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

actionnaires, avoir des obligations envers les créanciers. Si tel était le cas, les administrateurs risqueraient de se trouver confrontés à des conflits potentiels. Par exemple, il se peut que la situation financière d'une entreprise porte à conclure que celle-ci devra entamer une procédure d'insolvabilité quelques semaines plus tard, auquel cas les actionnaires n'auraient plus aucun intérêt dans l'entreprise, tandis que les créanciers n'obtiendraient pas le paiement intégral des montants qui leur sont dus. Les créanciers accepteraient probablement une vente de l'entreprise à un prix d'achat suffisant pour couvrir intégralement leurs créances, tandis que les actionnaires préféreraient attendre pour obtenir un prix plus élevé ou négocier avec un autre acheteur dans l'espoir de récupérer une partie, même minime, de leur investissement²¹. Les administrateurs devraient déterminer quelle est la démarche qui sert au mieux l'intérêt de la société dans son ensemble après avoir tenu compte des intérêts des différentes parties prenantes eu égard aux circonstances de l'espèce.

48. La mesure dans laquelle un régime de responsabilité personnelle des administrateurs constitue véritablement une protection pour les créanciers varie selon les circonstances. Par exemple, les administrateurs de petites entreprises sont souvent des commanditaires qui risquent de perdre simultanément leur patrimoine personnel et les actifs de leur entreprise, de sorte qu'il ne restera pas grand-chose pour payer aux créanciers les montants qui leur sont dus. Les grandes entreprises, en revanche, contractent fréquemment une assurance pour couvrir la responsabilité de leurs administrateurs, ce qui pourra garantir une indemnisation aux créanciers lésés tout en protégeant les administrateurs, lesquels seront alors moins enclins à s'acquitter de leur devoir de diligence et à se conformer aux autres obligations qui leur incombent. Cependant, le nombre de faillites spectaculaires enregistrées dans certains pays ces dernières années a peut-être eu un impact négatif sur l'assurance de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants d'entreprise, opération de plus en plus onéreuse et risquée. Outre ces considérations, la protection dont jouissent les créanciers peut être affectée par leur capacité de se fonder sur un manquement à leurs obligations de la part des administrateurs et, si ceux-ci sont jugés responsables, obtenir réparation ou des dommages-intérêts; il a été suggéré que les mesures de recouvrement au profit de la masse de l'insolvabilité profitent peut-être davantage aux créanciers garantis plutôt qu'aux créanciers chirographaires²². Comme indiqué dans les Principes de l'OCDE, les possibilités d'obtenir réparation sont réduites dans de nombreux pays en raison, notamment, de la difficulté qu'il y a à obtenir de la partie adverse communication des informations pertinentes et des coûts élevés de la procédure²³, fait mis en relief par bien d'autres auteurs.

2. Comment déterminer où commence la “quasi-insolvabilité”

49. Si les administrateurs se trouvent effectivement investis d'une obligation à l'égard des créanciers lorsque l'insolvabilité approche, il existe différentes possibilités pour déterminer le moment auquel une telle obligation prend naissance.

²¹ R. de R. Barondes et al, *Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies*, 1 *J. Bus & Tech L* (2006-2007), p. 233.

²² J. Payne et D. Prentice, *Civil Liability of Directors for Company Debts under English Law*, chap. 8, p. 193 et 194, in I. Ramsay, ed., *Company Directors' Liability for Insolvent Trading*, University of Melbourne, 2000.

²³ OCDE, le gouvernement d'entreprise et la crise financière, voir note 15, par. 63.

50. 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 crée 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 du Guide législatif), cette formule n'aura guère d'effet.

51. Les autres possibilités sont fondées sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est en fait ou théoriquement insolvable, ce qui 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 ses avoirs. Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité apparaît comme imminente, c'est-à-dire lorsque la société, d'une manière générale, n'est plus à même de faire face à ses engagements à mesure qu'ils deviennent exigibles (voir la recommandation 15 du Guide législatif). Ces critères sont de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains pays, comme imposant aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement.

52. Les tribunaux ont parfois essayé de définir ce qu'il faut entendre par "quasi-insolvabilité". Ainsi, un tribunal a suggéré que telle était la situation lorsque la société ne pouvait pas "générer et/ou obtenir des liquidités suffisantes pour honorer ses engagements projetés et mobiliser les fonds de roulement et couvrir les dépenses d'équipement requis avec une marge raisonnable lui permettant de faire face à la variabilité des affaires dans le temps²⁴". Le tribunal a considéré que, lorsque la société ne pourrait plus faire face à ses dettes, il serait trop tard pour protéger les créanciers. Dans l'affaire en question, le tribunal a estimé que les administrateurs avaient des obligations accrues pendant quatre ans avant que ne survienne effectivement la crise, sans égard à la possibilité de prévoir effectivement la survenance de la situation de cessation de paiement. La législation d'autres États prévoit un délai semblable et stipule que les administrateurs peuvent être tenus pour responsables d'une exécution fautive de leurs obligations pendant la période, pouvant atteindre trois ans, précédant la date à laquelle la société est devenue insolvable.

53. Une autre définition repose sur la date à laquelle un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être ou qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité. Ces critères sont l'un et l'autre subjectifs et doivent amener à tenir compte de considérations circonstanciées et contextuelles de caractère général, par exemple au moyen d'un examen de la comptabilité et de la situation financière de la société. L'un des inconvénients de ce type de norme est qu'il peut être difficile de déterminer avec précision le moment auquel l'administrateur peut être considéré comme ayant contribué à l'insolvabilité de la société.

²⁴ États-Unis d'Amérique: *Pereira c. Cogan*, 294 B.R. 449, (S.D.N.Y. 2003).

3. La nature de l'obligation

54. Dans de nombreux pays, la législation relative à l'insolvabilité ou le droit des sociétés comporte des dispositions touchant les obligations qui incombent aux administrateurs pendant la période précédant la procédure d'insolvabilité, bien que les approches suivies varient beaucoup. Dans certains pays, la responsabilité des administrateurs peut se trouver engagée s'ils ont causé l'insolvabilité de la société, tandis que d'autres pays s'attachent plus particulièrement aux manquements à des obligations spécifiques, comme le devoir de loyauté, l'obligation d'agir en ayant en vue l'intérêt de la société et l'obligation d'agir exclusivement dans l'intérêt financier des créanciers. Dans certains pays, l'obligation qui incombe aux administrateurs lorsque l'insolvabilité approche vient s'ajouter à celles qui sont les leurs lorsque la société est solvable, et les administrateurs sont tenus d'adopter certaines mesures pour éviter ou atténuer les difficultés financières de la société et réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers. Dans certains pays, le devoir de diligence et la norme applicable peuvent varier entre les différents membres du conseil d'administration²⁵.

55. Dans quelques pays²⁶, les administrateurs ont l'obligation de faire preuve de la diligence attendue d'un homme d'affaires raisonnable mais ils sont également tenus, si une crise menace, d'envisager tous les scénarios possibles et, dans la mesure où faire se peut, d'adopter les mesures appropriées, y compris la convocation d'une assemblée générale des actionnaires si cela paraît être dans l'intérêt de la société, et ils doivent le faire sans tarder s'il ressort du bilan que plus de la moitié du capital-actions a été érodée (cette règle s'applique généralement lorsque la loi impose une obligation de maintenir un capital minimum). Les administrateurs peuvent également être tenus d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher sur, entre autres, une réorganisation ou la liquidation, dans un délai spécifié, généralement assez bref, par exemple trois semaines, suivant la date à laquelle la société est devenue insolvable, faute de quoi leur responsabilité personnelle peut se trouver engagée, en tout ou en partie, du fait des pertes ainsi subies par la société et ses créanciers.

56. Dans d'autres pays, certains des actes accomplis par les administrateurs après que la société s'est trouvée dans une situation d'insolvabilité peuvent être annulés et privés d'effet, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses²⁷, et tel peut être le cas aussi si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité. Le concept de faute de gestion peut s'appliquer aux administrateurs aussi bien de sociétés indépendantes que de sociétés membres d'un groupe d'entreprises; dans ce dernier cas, les administrateurs doivent être soumis à cette règle s'ils ont, comme indiqué ci-dessus, agi en qualité d'administrateurs de fait d'une autre société membre du groupe.

4. Le critère applicable

57. Comme dans le cas de la description des obligations qui leur incombent, le comportement des administrateurs est apprécié par référence à des critères différents pour déterminer s'ils ont ou non manqué à leurs obligations.

²⁵ Par exemple, Suisse.

²⁶ Par exemple, Allemagne et plusieurs autres pays de tradition romaniste.

²⁷ Par exemple, Angleterre (Loi de 1986 relative à l'insolvabilité) et Ghana.

58. Comme indiqué ci-dessus (voir par. 6, 12 et 56), les lois relatives aux fautes de gestion se réfèrent habituellement au stade auquel un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou risquait de le devenir. Le comportement de l'administrateur peut être apprécié, à cet égard, par référence aux connaissances, aux compétences et à l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. Ce critère est subjectif et on pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. De même, si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être apprécié par référence à ses compétences et à son expérience effectives plutôt qu'à celles qu'exigent ses fonctions. D'un autre côté, 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 attributions²⁸.

59. Selon une autre approche²⁹, l'administrateur doit avoir eu des raisons de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ce soupçon doit équivaloir à un sentiment de crainte ou d'inquiétude équivalant à une opinion qui n'est pas étayée par des preuves suffisantes. 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. Il s'agit de l'opinion que ce serait formée une personne raisonnable, étant donné les circonstances, exerçant des attributions semblables dans une société³⁰.

60. Une autre approche encore, fondée sur les fautes de gestion, apprécie le comportement de l'administrateur par référence à ce que ferait un administrateur normalement avisé. Des exemples de comportement ou d'actes pouvant engager la responsabilité des administrateurs seraient notamment imprudence, incompétence, manque d'attention, inaction, transactions d'initiés ou n'ayant pas de caractère commercial ou 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 les moyens financiers de la société et ne répondant pas à ses intérêts³¹. D'autres exemples, relevant également du concept de fautes de gestion, sont notamment les cas dans lesquels les administrateurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour vérifier l'assise financière de 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

²⁸ G. Siegel et P. Rosen, Are United States Courts developing a United Kingdom approach to the liability of directors of insolvent companies?, avril 2004, p. 3, citant T. E. Cooke et A. Hicks, Wrongful Trading — Predicting Insolvency, *J.B.L.* (1993), p. 338 et 339.

²⁹ Par exemple, Australie: Loi de 2001 sur les sociétés, S588G.

³⁰ Voir H. H. Rajak, Director and Officer Liability in the Zone of Insolvency: a Comparative Analysis, *PER* 2008(1), p. 23.

³¹ Par exemple, France: Code de commerce de 2000. Voir P. Omar, The European initiative on wrongful trading, *Insolv. L.* 2003, p. 246.

manifestement prévisibles ou ont, par leur mauvaise gestion, été à l'origine de troubles et de grèves³².

61. Différents pays, plutôt que de faire porter leur attention sur les actes et les décisions des administrateurs avant ou peu avant que la société ne devienne insolvable, s'attachent plutôt, après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à remédier, en les annulant, aux transactions effectuées et décisions prises avant le début de la procédure. Le fait pour un administrateur d'autoriser la société à effectuer une telle transaction pourra engager sa responsabilité en application, par exemple, de la législation relative aux fautes de gestion.

5. Moyens de défense

62. Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations à l'égard des créanciers 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 (voir par. 26 ci-dessus) pour établir que leur comportement a été raisonnable. Cette règle 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 substantiel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. Les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui ne s'est pas trouvé dans une situation de conflit d'intérêts et qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. 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. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines – mais pas toutes – des obligations prévues par la loi. Dans un pays, par exemple, cette règle ne peut pas être invoquée comme moyen de défense si les administrateurs n'ont pas observé les dispositions concernant les fautes de gestion ou les opérations qu'une société insolvable est autorisée à réaliser³³.

6. Exécution des obligations des administrateurs

a) Droit d'agir

63. Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur selon la nature de l'action, la personne habilitée à agir et la date à laquelle l'action est intentée. L'exercice des pouvoirs d'annulation visés par la recommandation 87 du Guide législatif n'est pas pris en considération dans le résumé ci-après.

64. 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 l'administrateur, par exemple pour obtenir dans l'intérêt des créanciers réparation du préjudice effectivement 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 et des dirigeants de la société pour qu'ils contribuent

³² Par exemple, Pays-Bas, Ibid., p. 247 et 248.

³³ Par exemple, Australie, note 29.

à la masse lorsque leurs actes ont contribué à la mise en route de la procédure d'insolvabilité ou ont constitué des actes de mauvaise gestion.

65. Lorsque la société se trouve dans une situation de quasi-insolvabilité, ce droit peut être exercé par la société elle-même et, dans certains cas, par les créanciers, bien que dans de nombreux pays, à quelques rares exceptions près³⁴, la législation ne reconnaisse pas aux créanciers le droit de poursuivre les administrateurs d'une société avant qu'elle ait introduit une action en insolvabilité. Dans certains pays, les tribunaux ont parfois le pouvoir d'entamer d'office de telles actions. Dans les pays où les créanciers ont le droit d'agir, ce droit est généralement limité aux créanciers qui ont directement et individuellement subi un préjudice du fait des actes d'un administrateur. L'une des difficultés que suppose souvent l'introduction d'une telle action consiste à prouver le lien de causalité entre les actes de la direction de la société et le préjudice subi par les créanciers. Habituellement, les actionnaires ne sont pas autorisés à poursuivre les administrateurs pour manquement à leurs obligations, que ce soit avant ou après l'insolvabilité. Cependant, dans certains pays et dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité refuse d'intervenir, les actionnaires peuvent avoir un droit dérivé. La législation d'autres pays repose sur une approche plus souple et permet à une plus large gamme de parties de poursuivre l'administrateur pour manquement à ses obligations lorsque la société est sur le point de devenir insolvable.

66. Une difficulté qui peut se présenter dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à agir a trait au paiement des frais de justice si l'action n'aboutit pas. Comme c'est fréquemment le cas des actions en annulation, il se peut que les représentants de l'insolvabilité soient peu disposés à dépenser des sommes faisant partie de la masse pour entamer une action avant que celle-ci n'ait de très bonnes chances d'aboutir.

b) Étendue de la responsabilité

i) Dommages-intérêts et réparation

67. Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'actes ou d'omissions fautifs lorsque la société se trouve dans une situation de quasi-insolvabilité, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers, des employés et la société elle-même. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse. 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 cas, cette responsabilité peut être imputée à des administrateurs déterminés tandis que, dans d'autres, la responsabilité des membres du conseil d'administration peut être conjointe et solidaire.

68. 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, le montant recouvré devant être versé à la masse³⁵. Selon une approche légèrement

³⁴ Par exemple, Allemagne et Japon.

³⁵ Siegel, note 28, p. 10.

différente, les administrateurs peuvent être tenus de restituer la différence entre les actifs disponibles et le solde nécessaire à la société pour honorer ses dettes.

69. Dans certains pays, une limite à la responsabilité des administrateurs peut tenir à la mesure dans laquelle l'assemblée générale des actionnaires est habilitée à régler les réclamations pour dommages subis. Dans plusieurs pays, les actionnaires n'ont pas le droit de régler des réclamations ou de renoncer à les faire valoir au détriment des créanciers mais, dans d'autres, ils peuvent le faire dans une mesure limitée.

70. Même dans les pays où les administrateurs peuvent être tenus pour responsables de leurs actes, cela, comme indiqué ci-dessus, arrive rarement. Dans certains États, il y a peu d'exemples, si tant est qu'il y en ait, d'administrateurs de grandes sociétés ayant été tenus pour responsables en application de telles dispositions, bien qu'il y en ait dans le cas de sociétés à capital fermé³⁶. Dans d'autres pays, l'administrateur d'une grande société court beaucoup plus de risques d'être tenu pour responsable de ses actes que celui d'une société de moindre envergure³⁷.

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

71. La législation d'un petit nombre de pays stipule 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. Selon les législations d'un pays³⁸, il peut être interdit à une personne d'exercer les fonctions d'administrateur pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsque l'intéressé est jugé ne pas être "apte" à assumer de telles fonctions. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à son obligation fiduciaire, un détournement de fonds ou un manquement à son 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, de sorte que l'administrateur peut être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être annulées pour des motifs semblables à ceux qui sont visés dans la recommandation 87 du Guide législatif 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 non aptes ont souvent été ceux qui ont fait preuve de manque d'honnêteté dans les affaires, de graves négligences ou de sérieuses incompétences, mais tel n'est pas toujours nécessairement le cas.

72. L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions et que la mise en cause de la responsabilité personnelle de l'administrateur, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur ou du dirigeant justifie une telle sanction. Les lois qui autorisent une telle interdiction sont inégalement appliquées.

³⁶ Par exemple, Japon.

³⁷ Par exemple, Allemagne.

³⁸ Loi de 1986 relative à l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur de société (Angleterre).

73. Le Groupe d'experts a recommandé que l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur soit imposée, au niveau de l'Union européenne, comme sanction en cas de déclarations financières ou non financières trompeuses et d'autres formes de fautes de gestion de la part des administrateurs³⁹. Nombre des entités qui ont participé à l'élaboration du rapport de l'UE de 2006⁴⁰ se sont dites opposées à l'adoption de nouvelles lois concernant l'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur, faisant valoir qu'il existait déjà des cadres législatifs nationaux à ce sujet, d'aucuns considérant même que l'harmonisation des dispositions applicables pourrait même soulever des difficultés constitutionnelles. Beaucoup de ces entités (aussi bien favorables qu'opposées à la proposition tendant à introduire une telle interdiction) ont fait observer néanmoins qu'il était extrêmement important de mettre au point un système d'échange d'informations et/ou d'instaurer une coopération plus étroite entre les autorités des différents États membres afin de faciliter de tels échanges d'informations. Il a été généralement convenu qu'un directeur frappé d'interdiction dans un État membre ne devrait pas pouvoir exercer les fonctions d'administrateur dans un autre.

IV. Portée et contenu des lignes directrices possibles

74. Le Groupe de travail V voudra peut-être prendre en considération les points suivants pour l'élaboration de lignes directrices concernant les obligations et la responsabilité des administrateurs de sociétés se trouvant dans une situation de quasi-insolvabilité:

- a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations;
- b) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte;
- c) Détermination du moment, avant le début d'une procédure d'insolvabilité, auquel les obligations prennent naissance;
- d) Détermination de la nature des obligations qui incombent aux administrateurs ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées, par exemple:
 - i) Faute de gestion – 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;
 - ii) 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 une obligation fiduciaire ou autre a entraîné le détournement de biens ou une perte pour la société; et
 - iii) 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; et

³⁹ Voir note 3, p. 69.

⁴⁰ Voir note 5, p. 14 et 15.

e) Détermination des voies de recours pouvant être invoquées lorsque de tels actes ou un tel manquement aux obligations des administrateurs sont commis.
