



Assemblée générale

Distr. limitée
16 janvier 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Micro-, petites et moyennes entreprises)
Trente-deuxième session
New York, 25-29 mars 2019

Projet de guide législatif sur une entité à responsabilité limitée de la CNUDCI

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
Historique	2
Annexe	
Projet de guide législatif sur une entité à responsabilité limitée de la CNUDCI (ERL-CNUDCI)	4
I. Introduction	4
A. Objet du guide législatif	4
B. Terminologie	9
II. Constitution et fonctionnement de l'ERL-CNUDCI	10
A. Dispositions générales	10
B. Constitution de l'ERL-CNUDCI	18
C. Organisation de l'ERL-CNUDCI	22
D. Gestion de l'ERL-CNUDCI	24
E. Parts et contributions des membres à l'ERL-CNUDCI	30
F. Distributions	32
G. Transfert de droits	33
H. Restructuration ou transformation	34
I. Dissolution et liquidation	35
J. Séparation ou retrait	36
K. Conservation et consultation des informations et obligation de renseignement	38
L. Règlement des litiges	39
Appendice	
Recommandations relatives à une ERL-CNUDCI	41



Historique

1. À sa quarante-sixième session, en 2013, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a décidé d'engager des travaux visant à réduire les obstacles juridiques que rencontrent les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) pendant leur cycle de vie, en particulier dans le contexte des économies en développement¹. Il était entendu que le cycle de vie d'une entreprise comportait plusieurs étapes, comprenant notamment la création, l'exploitation, la restructuration et la dissolution de l'entreprise. La Commission a chargé le Groupe de travail I de s'attacher à la première étape de ce cycle de vie, c'est-à-dire à la création de l'entreprise².

2. Le Groupe de travail I a commencé ses délibérations sur ce sujet à sa vingt-deuxième session, en février 2014. De sa vingt-troisième (novembre 2014) à sa trentième (mars 2018) session, il s'est consacré à deux sujets principaux, dont l'un concernait l'établissement d'une entité économique simplifiée adaptée aux besoins des MPME³. Ses débats se fondaient sur le cadre de questions tirées de l'examen des principales caractéristiques des régimes sociaux simplifiés (présenté dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.86](#)), reflété dans le projet de loi type relative à une entité commerciale simplifiée ([A/CN.9/WG.I/WP.89](#)), et sur d'autres modèles possibles (par exemple, celui qui figure dans l'annexe du document [A/CN.9/WG.I/WP.83](#)).

3. À l'issue de l'examen du cadre de questions susceptibles d'être abordées en relation avec un régime d'entité économique simplifiée, le Groupe de travail a décidé, à sa vingt-sixième session (New York, 4-8 avril 2016), que le texte législatif en cours d'élaboration sur une entité économique simplifiée devrait prendre la forme d'un guide législatif. Il a donc prié le Secrétariat d'établir, pour examen à une session ultérieure, un projet de guide législatif (comportant des recommandations accompagnées d'un commentaire) qui traduirait les débats de fond tenus jusqu'alors⁴. Le Secrétariat a rédigé le présent projet de guide législatif pour donner suite à cette demande.

4. Le Groupe de travail a commencé à examiner le projet de guide à sa vingt-septième session (Vienne, 3-7 octobre 2017) et a poursuivi cet examen à sa vingt-huitième session (New York, 1^{er}-9 mai 2017). À ces sessions, il a examiné toutes les sections du guide, à l'exception des sections G à L. Le Groupe de travail a consacré ses vingt-neuvième (Vienne, 16-20 octobre 2017) et trentième (New York, 12-16 mars 2018) sessions à l'examen du projet de guide législatif sur les grands principes d'un registre des entreprises⁵. Il a repris l'examen du projet de guide législatif sur une entité à responsabilité limitée à sa trente et unième session (Vienne, 8-12 octobre 2018). À cette session, il a examiné le projet révisé du guide figurant dans le document de travail [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), y compris les changements dont il était convenu à ses vingt-septième et vingt-huitième sessions. Les recommandations suivantes (avec le commentaire y relatif) ont été examinées : recommandations 7 à 12 (sections B

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 321 ; demande répétée lors de sessions suivantes de la Commission : *ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 321, et *soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17)*, par. 220, 225, 321 et 340.

² La Commission a déclaré que « ces travaux devraient s'attacher en premier lieu aux questions juridiques touchant la simplification de la constitution en société » et confirmé lors de sessions suivantes la démarche du Groupe de travail I, à savoir que ces travaux devraient être axés sur deux aspects principaux : les questions juridiques liées à la constitution d'une entité économique simplifiée et les grands principes de l'enregistrement des entreprises. *Supra*, note 1, et *ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 224.

³ Voir le rapport du Groupe de travail I (MPME) sur les travaux de sa vingt-sixième session ([A/CN.9/866](#)), par. 22 à 47.

⁴ *Ibid.*, par. 48 à 50.

⁵ Le projet de guide législatif a été finalisé et adopté par la Commission à sa cinquante et unième session, en 2018. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, par. 111.

et C), à l'exception de la recommandation 10 ; recommandation 15 (section D) et recommandations 16 et 17 (section E).

5. La version révisée actuelle du projet de guide législatif intègre les modifications que le Groupe de travail est convenu d'apporter à sa trente et unième session. Le Secrétariat a également apporté au texte des modifications supplémentaires qui étaient nécessaires pour en assurer la cohésion et la cohérence. Dans certains cas, ces modifications ont entraîné un changement de l'ordre des recommandations et du commentaire y relatif. Ces recommandations ont donc été renumérotées, et tout renvoi a été ajusté en conséquence. Des notes de bas de page sont fournies dans l'ensemble du document pour expliquer les modifications apportées⁶. De plus, la mention « Note à l'intention du Groupe de travail » a été ajoutée dans certaines parties pour appeler l'attention de ce dernier sur certaines questions essentielles qu'il convient d'examiner plus avant.

6. Le texte du projet de guide législatif est reproduit en annexe à la présente note en vue de son examen par le Groupe de travail.

⁶ Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la version actuelle du projet de guide comprend certaines notes de bas de page qui concernent des modifications dont il était convenu avant sa trente et unième session. Ces notes ont été conservées dans les parties du projet qu'il n'a pas encore examinées.

Annexe

Projet de guide législatif sur une entité à responsabilité limitée de la CNUDCI (ERL-CNUDCI)

I. Introduction

A. Objet du guide législatif¹

1. La plupart des entreprises dans le monde sont des MPME. Comme le montrent les données, elles représentent la grande majorité des entreprises dans tous les pays, et constituent souvent le pilier de l'économie nationale. Dans toutes les régions du monde, elles représentent une part importante de l'emploi et du produit intérieur brut (PIB). Malgré ce rôle important qu'elles jouent, plusieurs facteurs freinent encore leur performance et leur croissance. La mondialisation et l'intégration économique offrent des occasions toujours plus nombreuses d'exploiter de nouveaux marchés et de développer ses activités, surtout pour les entreprises qui peuvent tirer parti des économies d'échelle. Des instances et organisations internationales, ainsi que certains États, reconnaissent qu'il importe de renforcer le rôle économique et la position des MPME pour leur permettre de bénéficier d'un environnement économique international en constante évolution. La CNUDCI a tenu compte de cet état de fait lorsqu'elle a décidé d'engager des travaux en vue de réduire les obstacles juridiques que rencontrent les MPME pendant leur cycle de vie. Ces travaux ont notamment débouché sur l'élaboration du présent guide législatif sur une entité à responsabilité limitée de la CNUDCI.

2. Différents États représentant des traditions juridiques différentes² ont adopté des textes de loi relatifs à des formes simplifiées d'entreprises pour faciliter la constitution et le fonctionnement des MPME. Il peut s'agir de sociétés de capitaux, de sociétés de personnes, ou de formes hybrides³, et ces textes de loi peuvent prévoir la constitution d'entités économiques unipersonnelles⁴ ou de formes d'entreprises n'ayant pas besoin d'être dotées de la personnalité morale, tout en autorisant la séparation des patrimoines⁵. Indépendamment de leurs caractéristiques particulières, toutes ces lois visent la simplification de la constitution, la souplesse d'organisation et de fonctionnement, et la séparation des patrimoines.

3. Nombre de ces formes d'entreprises ont fait leurs preuves dans leur pays respectif. Leur adoption a permis de diminuer les obstacles à la constitution d'entreprises, d'apporter des solutions organisationnelles efficaces et de réduire les

¹ Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Secrétariat a sensiblement modifié la section A « Objet du projet de guide législatif » (par. 5 à 26 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) pour éliminer les redondances et améliorer la clarté du texte.

² L'analyse comparative que le Groupe de travail avait examinée en premier dans ce contexte (voir [A/CN.9/WG.I/WP.82](#)) contenait une sélection de formes d'entreprises de ce type, qui avait été établie à partir de 11 États de différentes régions du monde et représentait au total 16 régimes juridiques différents.

³ Il s'agissait des États suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Colombie, Émirats arabes unis, États-Unis d'Amérique, France, Inde, Japon, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Singapour.

⁴ Le Groupe de travail a notamment reçu des informations sur le statut d'« autoentrepreneur », qui existe à la fois en France (voir [A/CN.9/WG.I/WP.87](#), par. 22 et 23) et dans les États membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) (Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010, voir : www.ohada.com/actes-uniformes/940/999/titre-2-statut-de-l-entreprenant.html). Parmi les autres efforts visant à créer des régimes particuliers pour les entreprises unipersonnelles, on compte ceux de l'Union européenne (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée, Commission européenne, Bruxelles, 9 avril 2014 (COM (2014) 212 final).

⁵ Voir les autres modèles législatifs pour les micro- et petites entreprises décrits par la France et l'Italie dans les documents [A/CN.9/WG.I/WP.87](#) et [A/CN.9/WG.I/WP.94](#).

coûts de transaction, ce qui a permis de créer des emplois et de favoriser la croissance économique. En outre, elle a encouragé l'accès des entreprises à l'économie formelle. En examinant les diverses approches adoptées par les pays en matière de création ou de réforme de ces formes d'entreprises – destinées ou non plus particulièrement aux MPME – on a constaté que les bonnes pratiques suivies dans le monde s'appuyaient sur un certain nombre de principes clefs dont on pouvait ainsi qualifier l'application d'internationale.

4. Le guide législatif tente de traduire ces bonnes pratiques et ces principes clefs en une série de recommandations sur la façon dont un État pourrait procéder pour mettre au point et réglementer une forme juridique simplifiée pour les MPME susceptible d'en favoriser au mieux le succès et la viabilité et, ainsi, stimuler l'esprit d'entreprise et l'innovation. Le commentaire qui précède chaque recommandation porte tant sur les réformes législatives spécifiques destinées à permettre la création d'entreprises ou d'entités économiques unipersonnelles, que sur les réformes plus générales mises en œuvre dans divers États pour aider les MPME⁶, afin d'expliquer en détail les raisons qui ont conduit à l'élaboration de chacune d'entre elles.

1. « Priorité aux petites entreprises »

a) Évaluer les besoins des entrepreneurs

5. Comme on l'a souligné au sujet de plusieurs des réformes juridiques mentionnées dans les paragraphes précédents, le régime législatif relatif à une forme d'entreprise prête à l'emploi devrait mettre l'accent avant tout sur les besoins réels des entreprises les plus petites et éviter de leur imposer des contraintes juridiques inutiles. Conformément à cette approche et à la volonté de créer un texte juridique susceptible de prendre en compte la transformation d'une entreprise de très petite taille en une entité pluripersonnelle plus complexe⁷, le guide législatif suit lui aussi une ligne accordant la priorité aux petites entreprises⁸. Dans ce contexte, on s'est attaché à la question de savoir comment faire bénéficier au mieux les dirigeants de MPME d'une législation qui s'inspirerait de ces recommandations et les encourager à respecter les règles qui y sont contenues. Les structures concernées peuvent aller du vendeur ambulant à la petite entreprise cherchant à se développer et à se positionner dans un secteur plus innovant (par exemple, dans le domaine des technologies de l'information), en passant par le petit commerce familial souhaitant élargir et formaliser ses activités, ou encore par l'entreprise dirigée par une femme confrontée à un cadre institutionnel ou législatif défavorable.

6. Afin d'appliquer le principe de la « priorité aux petites entreprises » et de déterminer la meilleure manière d'élaborer ces recommandations législatives, le guide met l'accent sur les besoins des MPME. Différents aspects sont susceptibles d'entrer en jeu, mais il est possible d'identifier au minimum les besoins mentionnés ci-après.

i) Liberté, autonomie et souplesse

7. On peut s'attendre à ce que les dirigeants de MPME souhaitent exploiter leur entreprise de manière *libre* et *autonome*, sans devoir respecter des règles et procédures rigides et formalistes ou se voir imposer des exigences détaillées applicables à la conduite de leurs activités. Ils souhaiteront également bénéficier de la *souplesse* voulue pour s'adapter à de nouvelles circonstances, celles-ci risquant d'affecter

⁶ Des informations ont été communiquées au Groupe de travail en ce qui concerne les efforts de réforme réalisés dans un certain nombre d'États, notamment le Chili, la Chine, la Colombie, El Salvador, le Mexique, les Philippines, le Rwanda et la Thaïlande.

⁷ Ainsi qu'en était convenu le Groupe de travail à ses précédentes sessions (voir A/CN.9/800, par. 24, 32, 42 et 43 ; A/CN.9/825, par. 67 et 74 ; et A/CN.9/831, par. 19).

⁸ Voir A/CN.9/WG.I/WP.86/Add.1, par. 1 et 5 ; A/CN.9/WG.I/WP.90, par. 3 iii) ; et A/CN.9/WG.I/WP.89, par. 2 et 39.

davantage les MPME que les entreprises de plus grande taille, et pour envisager la manière dont leur entreprise pourrait évoluer et se développer au fil du temps⁹.

ii) *Simplicité et compréhensibilité*

8. Il est probable que les dirigeants de MPME souhaitent que les règles qui s'appliquent à la constitution, à l'administration et à l'exploitation de leur entreprise soient gages de *simplicité* et de *rapidité*. Ces règles devraient être rédigées dans des termes simples et *compréhensibles*, et encourager l'utilisation de technologies modernes (par exemple, des applications mobiles pour effectuer des paiements ou préparer des bilans).

iii) *Identité et visibilité*

9. Les MPME doivent disposer d'une *identité* et être *visibles* pour mieux se positionner sur les marchés tant intérieur qu'international et attirer des clients de meilleure qualité et en plus grand nombre. Outre la protection et les avantages évidents qui découlent d'une identité légalement reconnue et du fonctionnement dans un cadre juridique reconnu¹⁰, l'entreprise peut également utiliser son identité ainsi reconnue pour asseoir sa marque et sa notoriété et accroître sa propre valeur¹¹.

iv) *Sécurité juridique et protection des droits de propriété*

10. Les dirigeants d'entreprises, quelle que soit leur taille, requièrent la *protection de leurs droits de propriété* et la *sécurité juridique* les concernant. Ils souhaiteront donc vraisemblablement contrôler les droits de propriété de leur entreprise et être en mesure de séparer les patrimoines afin de protéger leurs biens personnels contre toute créance invoquée à l'encontre de l'entreprise. De même, il faut veiller à ce que les créanciers personnels des propriétaires et dirigeants ne puissent pas saisir les actifs de l'entreprise pour rembourser des dettes personnelles.

v) *Gestion et contrôle*

11. Enfin, les dirigeants de MPME souhaitent généralement *gérer* et *contrôler* leur entreprise eux-mêmes, plutôt que de laisser les décisions administratives et stratégiques la concernant à un dirigeant externe.

b) Rédaction du guide depuis la perspective des petites entreprises

12. Si les besoins et les attentes des MPME ont été examinés à l'aune de la priorité aux petites entreprises, ce principe a également été suivi dans la rédaction du guide législatif en général. Ainsi, par exemple, le besoin de liberté, d'autonomie et de souplesse des dirigeants de MPME s'inscrit au cœur même du guide, à travers la reconnaissance de l'importance de la liberté contractuelle et l'absence de règles sociales rigides et formalistes. Toutefois, la présence de nombreuses règles supplétives vise à reconnaître que les entrepreneurs doivent parfois être protégés face à des circonstances et des événements qui peuvent être imprévisibles.

13. Si la simplicité et la compréhensibilité du langage caractérisent les recommandations ayant trait aux règles applicables à la création de l'entité économique (voir aussi par. 8 ci-dessus), on notera que le présent guide utilise de manière générale une terminologie accessible et reconnaît clairement les innovations

⁹ Par souci de clarté, le Secrétariat a apporté des modifications rédactionnelles à ce paragraphe (par. 12 du document A/CN.9/WG.I/WP.99).

¹⁰ Recensés au paragraphe 31 du document A/CN.9/941, les avantages en question incluent entre autres la séparation des patrimoines, la protection contre les risques d'abus (notamment administratif), un meilleur accès au crédit, l'application de la législation du travail aux employés, etc.

¹¹ S'agissant de l'importance que revêt l'enregistrement d'une entreprise pour lui donner une identité commerciale, voir le Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises (« le Guide relatif au registre des entreprises »).

techniques, dont il encourage l'utilisation. En outre, afin que la MPME ait une identité et soit visible, les recommandations la dotent de la personnalité morale et présentent à l'entrepreneur une procédure simple pour constituer une entité légalement reconnue. Par ailleurs, la sécurité juridique et la protection des droits de propriété des dirigeants de MPME sont garanties par divers mécanismes, notamment l'octroi de la responsabilité limitée à l'entité et la mise en place de règles concernant le transfert des droits de ses membres. Enfin, pour assurer au dirigeant le contrôle des activités et de la gestion de son entreprise, on a mis l'accent sur la gestion par les membres de l'entité en tant que modèle de gouvernance par défaut et sur la structure de gouvernance horizontale qui caractérise le guide.

2. Création d'un régime autonome

14. Pour atteindre l'objectif de création d'une forme juridique spécifique et simplifiée pour faciliter l'exploitation des MPME, il existe différentes possibilités. On peut envisager d'actualiser le droit des sociétés existant, d'introduire de nouvelles formes juridiques tout en les reliant expressément au cadre du droit des sociétés traditionnel, ou d'adopter un statut juridique entièrement inédit.

15. Compte tenu de cet objectif et en reconnaissance du fait que des règles plus rigides et formalistes ne conviendraient peut-être pas à des formes simplifiées d'entreprises, le guide législatif repose sur l'opinion selon laquelle la meilleure solution pour concevoir un régime juridique simplifié adapté aux MPME consiste, non pas à réformer et à simplifier les régimes de droit des sociétés existants, mais à concevoir une solution distincte et innovante fondée sur l'expérience collective des États à l'échelle nationale et à l'adapter spécifiquement aux besoins des MPME¹². Le guide s'est par conséquent inspiré des bonnes pratiques recensées en matière de réforme de droit des sociétés pour élaborer un régime juridique innovant et autonome pour les MPME. Ainsi, la structure envisagée dans le présent texte n'est ni subordonnée ni spécifiquement liée au droit existant d'un État en matière de partenariats ou de sociétés.

16. Un des avantages évidents de cette démarche est qu'elle permet aux États d'adopter plus aisément un régime mettant en œuvre les recommandations législatives. En outre, et c'est peut-être plus important encore, cette démarche leur permet de concevoir des mesures législatives appropriées sans aucun parti pris, car elle leur permet de s'éloigner des formes juridiques d'entreprise existantes et de répondre aux besoins réels des types d'entreprises auxquelles une telle structure est destinée. Il s'agit principalement des micro- et petites entreprises du monde entier qui, généralement, se caractérisent avant tout par un fonctionnement axé sur le capital humain plutôt que sur les processus opérationnels, un personnel peu nombreux et issu d'un milieu restreint (souvent composé de parents et d'amis), une gamme limitée de produits ou de services offerts aux clients et un capital limité. Les recommandations du guide ont pour objet de créer une forme juridique d'entreprise qui s'éloigne des modèles de gouvernance traditionnels, hiérarchiques et formels pour s'orienter vers des structures moins rigides et formalistes reposant sur les attentes et les besoins réels des entrepreneurs.

17. En plus de réduire les obstacles que rencontrent les MPME et d'aider ces entreprises à exploiter au maximum leur potentiel économique, la simplification des procédures de constitution pourrait avoir d'autres effets bénéfiques à l'échelle internationale. En particulier, l'adoption d'un régime autonome d'entité économique simplifiée pourrait faciliter le commerce transfrontière pour les MPME, car elle permettrait de fournir des normes reconnues à l'échelle internationale pour les États désireux d'établir de nouvelles formes juridiques efficaces pour ces entreprises¹³.

¹² Comme convenu par le Groupe de travail à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/831, par. 54). Voir aussi les différentes démarches en matière de réforme juridique présentées aux paragraphes 5 à 7 du document A/CN.9/WG.I/WP.82.

¹³ Voir note du secrétariat de la CNUDCI, A/CN.9/780.

18. S'attachant à cette démarche éclairée et novatrice en matière de réforme des lois relatives aux MPME, on a adopté dans le guide une terminologie qui se veut aussi neutre que possible. Afin de tenir compte des régimes existants en matière de droit des sociétés sans toutefois retenir leurs règles les plus rigides, il a été décidé de ne pas utiliser les termes « entreprise » ou « société ». Au lieu de cela, le guide décrit un nouveau type d'entité : « l'entité à responsabilité limitée de la CNUDCI » (« l'ERL-CNUDCI »)¹⁴. Ce terme indique bien que la forme d'entité créée à travers les recommandations du guide est novatrice et ne dépend pas des régimes existants en matière de droit des sociétés, ni de leurs règles les plus rigides. La création de l'ERL-CNUDCI vise à satisfaire les objectifs visés et les considérations évoquées ci-dessus¹⁵.

Note à l'intention du Groupe de travail

1) Document constitutif et convention des membres

Le Secrétariat propose :

a) D'exiger que la convention des membres soit enregistrée, car il sera difficile, pour les membres d'une ERL-CNUDCI, d'en prouver le contenu, et de prouver qu'ils se sont écartés, le cas échéant, des règles par défaut prévues dans le présent guide, s'ils ont conclu leur convention par oral, ou que celle-ci est déduite de leur comportement ;

b) De prévoir qu'une convention des membres n'est pas nécessaire dans le cas d'une entité unipersonnelle (surtout dans le cas d'une entité dont le membre unique est aussi le dirigeant). Si le Groupe de travail convient qu'une convention est nécessaire dans ce cas, il faudra peut-être prévoir des caractéristiques différentes que dans le cas d'une entité pluripersonnelle ; et

c) D'éliminer les références au document constitutif dans l'ensemble du guide législatif lorsqu'il est fait référence aux informations à communiquer lors de la constitution de l'ERL-CNUDCI. On pourrait faire référence plutôt aux informations requises lors de l'enregistrement. Le Secrétariat a proposé une définition du terme « données de constitution » et supprimé celle du « document constitutif ». Cette solution non seulement permettrait d'éliminer toute confusion entre le document constitutif et la convention des membres, mais aussi pourrait être utile pour déterminer les informations devant être rendues publiques.

Le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler qu'à sa vingt-quatrième session, il avait évoqué les différences entre le « document constitutif » et la « convention des membres » (qui s'appelait alors « document opérationnel »). Le « document opérationnel » devait désigner le document ou les données électroniques régissant l'exploitation de l'entité économique simplifiée, et comprendre l'acte constitutif, les statuts et autres instruments similaires, tandis que le « document constitutif » était l'instrument nécessaire pour créer l'entité économique simplifiée, dont le contenu serait soumis au registre du commerce et rendu public. (par. 39, [A/CN.9/831](#)).

Pendant la vingt-quatrième session, il avait été fait remarquer qu'un document opérationnel pouvait se présenter sous la forme d'une convention verbale. (par. 52, [A/CN.9/831](#)).

¹⁴ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu d'utiliser le terme « ERL-CNUDCI » à titre provisoire, jusqu'à ce qu'il puisse décider d'une dénomination adéquate pour désigner l'entité économique simplifiée considérée ([A/CN.9/895](#), par. 43).

¹⁵ Le Secrétariat a fusionné les paragraphes 25 et 26 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#) et revu leur formulation afin d'en rendre le libellé plus clair.

Lorsque le Groupe de travail a repris l'examen du guide législatif sur une entité à responsabilité limitée de la CNUDCI, à sa vingt-septième session, le Secrétariat avait entre-temps ajouté une référence, dans l'ancienne recommandation 11 (rec. 10 de la version actuelle), à une convention orale ou déduite du comportement (voir par. 2 [A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1](#)). Le Groupe de travail n'a alors pas examiné cette recommandation.

Il ne l'a pas non plus examinée à sa trente et unième session (voir par. 65, [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)). Toutefois, il a noté que le terme « convention des membres », tel qu'il avait été généralement retenu dans le projet de recommandation 11, devrait être placé entre crochets, car il ne s'était pas encore accordé sur le point de savoir s'il conviendrait d'utiliser ce terme ou le terme « document constitutif ». S'il convenait d'utiliser « convention des membres », le Groupe de travail devrait se demander s'il faudrait que cette convention soit enregistrée. Il est convenu d'examiner la définition du terme « convention des membres » de manière plus générale.

2) Parts

Le Groupe de travail voudra peut-être donner des orientations sur les droits conférés par la participation, car il peut s'agir de droits financiers et de droits décisionnels. Le guide pourrait donner des précisions au sujet des droits financiers conférés par la participation, y compris du droit/devoir du membre de partager les profits, les pertes et les distributions.

De plus, si les droits décisionnels sont établis proportionnellement à la part d'un membre, le Groupe de travail voudra peut-être préciser, dans chaque partie du guide législatif, si la majorité et la majorité qualifiée doivent être déterminées en fonction du nombre ou des parts.

3) Cours normal des affaires

À la trente et unième session du Groupe de travail, il a été fait observer que la distinction entre les décisions prises dans le cours normal des affaires ou en dehors de celui-ci risquait de rendre le texte plus ambigu, et que des explications plus détaillées seraient nécessaires ([A/CN.9/963](#), par. 50).

Afin de rendre le guide applicable le plus largement possible et d'éviter une définition risquant d'imposer une approche trop directive en matière de gestion, le Secrétariat n'a pas défini l'expression « cours normal des affaires » dans la section consacrée à la terminologie. Par contre, le guide examine en détail les questions qui sortiraient de ce cours et renvoie aux recommandations 22 à 24.

B. Terminologie¹⁶

19. Les définitions suivantes visent à fournir des orientations au lecteur du guide législatif. L'acception que leur donne le guide législatif est donc expliquée ci-après, de sorte que les concepts considérés soient clairs et compris de tous¹⁷. On notera que les termes tels que données, documents, conventions (y compris la convention des membres), déclarations fiscales, états financiers, données et autres expressions similaires renvoient aux supports tant électronique que papier, sauf indication contraire dans le texte.

- Le terme « états financiers » désigne le rapport qui présente des informations sur les activités et conditions financières de l'ERL-CNUDCI.

¹⁶ Le Secrétariat a ajouté une section « Terminologie », comme le Groupe de travail l'en avait prié à sa vingt-septième session ([A/CN.9/895](#), par. 19).

¹⁷ Le Secrétariat a révisé le paragraphe 19 (par. 27 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) afin d'en rendre le libellé plus clair.

- Le terme « données de constitution » désigne les renseignements que l'on doit présenter à l'autorité gouvernementale compétente afin de constituer l'ERL-CNUDCI¹⁸.
- Le terme « dirigeant nommé » désigne la ou les personnes responsables de gérer l'ERL-CNUDCI dans le cas où celle-ci n'est pas exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres¹⁹. Un dirigeant nommé peut être membre ou non de l'entité. Des dirigeants nommés peuvent être une combinaison de membres et de non membres²⁰.
- Le terme « membre » ou « membres » désigne le ou les propriétaires de l'ERL-CNUDCI (voir « ERL-CNUDCI »).
- [Le terme « convention des membres » désigne les règles, dûment consignées, qui régissent l'organisation de l'ERL-CNUDCI²¹.]
- Le terme « majorité qualifiée » désigne [*un pourcentage à insérer selon la décision du Groupe de travail*] des membres de l'ERL-CNUDCI²².
- Le terme « part » désigne la participation d'un membre dans une ERL-CNUDCI. Celle-ci englobe la participation financière du membre aux pertes et profits de l'entité et le droit de recevoir des distributions, ainsi que l'exercice de droits décisionnels dans la gestion et le contrôle de l'entité²³.
- Le terme « entité à responsabilité limitée de la CNUDCI [ERL-CNUDCI] »²⁴ désigne la forme juridique d'entreprise dotée d'une responsabilité limitée et d'une personnalité juridique qui fait l'objet du guide législatif.

II. Constitution et fonctionnement de l'ERL-CNUDCI

A. Dispositions générales

a) Cadre législatif

20. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 15), le présent guide législatif vise à créer une forme juridique d'entreprise dont la constitution, la définition et le fonctionnement ne sont ni subordonnés, ni spécifiquement liés à aucune loi

¹⁸ Le Secrétariat a remplacé le terme « document constitutif » par le terme « données de constitution », pour les raisons expliquées dans la note précédant le paragraphe 19.

¹⁹ Par souci de clarté, le Secrétariat a remplacé l'expression « gérée par ses membres » par la formule « exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres » (ou autre formule similaire) dans l'ensemble du texte.

²⁰ Le Secrétariat a révisé la définition du terme « dirigeant » en réponse à la requête formulée par le Groupe de travail à sa trente et unième session (A/CN.9/963, par. 68).

²¹ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu de revoir la définition du terme « convention des membres » de manière plus générale (A/CN.9/963, par. 45). Le Secrétariat suggère une nouvelle définition de ce terme, qui souligne qu'une telle convention devrait être enregistrée, conformément à la note rédigée à l'attention du Groupe de travail qui précède le présent paragraphe.

²² À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu de définir le terme « majorité qualifiée » à sa session suivante (A/CN.9/963, par. 68). Le Secrétariat a simplifié le libellé de la définition par rapport à la version précédente (A/CN.9/WG.I/WP.112).

²³ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu que le terme anglais « ownership » utilisé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.112 avait principalement une connotation économique et que le mot « share » (c'est-à-dire « part » ou « parts ») rendrait mieux l'idée de la participation à l'entité (A/CN.9/963, par. 77). Le Secrétariat a remplacé ce terme dans la section consacrée à la terminologie et dans le reste du guide.

²⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le terme « ERL-CNUDCI » n'est défini qu'afin de faciliter l'examen du présent texte, conformément à la décision qu'il a prise d'utiliser ce terme à titre provisoire (voir *supra*, note de bas de page 14).

actuellement en vigueur dans un État adoptant²⁵. L'ERL-CNUDCI se veut un produit législatif distinct, élaboré sur la base des recommandations du guide législatif²⁶.

21. Si leurs formes juridiques peuvent varier d'un État à l'autre, les entreprises fermées ont pour caractéristique de fonctionner aussi indépendamment que possible des règles strictes qui régissent les sociétés de capitaux. Les entreprises fermées bénéficient ainsi généralement de mesures spécifiques les exemptant des règles régissant les sociétés ouvertes, avec les effets suivants : dispositions plus simples en matière de constitution ; pas ou peu d'exigences minimales en matière de capital ; plus grande liberté contractuelle ; et obligations réduites en matière d'information.

b) La liberté contractuelle, gage de souplesse

22. Jusqu'à présent, les réformes législatives visant à faciliter la constitution d'entités économiques fermées se sont attachées essentiellement à la mise en place de structures souples, susceptibles d'être adaptées aux besoins de certains types d'entreprises fermées, entre autres : les MPME souhaitant rejoindre le secteur formel et séparer les patrimoines professionnel et personnel ; les entreprises familiales ; les coentreprises ; et les entreprises de services professionnels. Dans certains États, les réformes ont débouché sur des modèles législatifs qui permettent de séparer le patrimoine professionnel d'une entité des actifs personnels de ses membres sans avoir recours à la personnalité morale. Dans de tels modèles, les MPME et leurs membres bénéficient de la séparation des patrimoines grâce à une structure juridique ne prévoyant ni personnalité morale, ni responsabilité limitée à part entière²⁷.

23. L'ERL-CNUDCI doit venir s'ajouter à cette liste de formes d'entreprises souples. Pour obtenir cette souplesse, on a d'une part prévu que l'ERL-CNUDCI pourrait être constituée pour un large éventail d'activités (voir par. 27 et 28 et recommandation 2 ci-dessous), et d'autre part reconnu l'importance de la liberté contractuelle pour des entreprises fermées de ce type. À cet égard, on a fait de cette liberté le principe directeur pour ce qui est de déterminer l'organisation interne de l'ERL-CNUDCI (voir par. 55 et 56 ci-dessous)²⁸.

24. Le guide législatif permet aux membres de convenir de la gouvernance interne de l'entreprise par le biais de mécanismes contractuels (convention des membres), de convenir de ne pas appliquer les exigences les plus lourdes et superflues en matière de protection qui sont traditionnellement imposées aux sociétés ouvertes, et de moduler leurs droits et devoirs de manière plus compatible avec les besoins d'entreprises de petite taille.

25. Toutefois, le guide législatif comporte également certaines recommandations prévoyant des règles impératives auxquelles les membres ne peuvent pas déroger par convention, ainsi que des dispositions supplétives pour combler les éventuelles lacunes de leur convention. Ces règles supplétives peuvent être particulièrement importantes pour les exploitants de petites entreprises ou les entrepreneurs ayant peu

²⁵ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de revenir ultérieurement sur la question du lien entre le guide législatif et les droits des sociétés nationaux existants ([A/CN.9/895](#), par. 22).

²⁶ Le Secrétariat a supprimé le segment de phrase « indépendante de toute législation existante de l'État adoptant », afin d'éliminer toute redondance dans ce paragraphe (voir par. 25 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#)).

²⁷ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de placer la seconde phrase du paragraphe 37 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#) (« Toutefois, il convient de noter ... la personnalité morale ») à un endroit plus approprié du guide législatif et de supprimer les mots « ou à la responsabilité limitée » qui apparaissaient après le membre de phrase « sans avoir recours à la personnalité morale » ([A/CN.9/895](#), par. 31 et 32). Le Secrétariat a inséré cette phrase au paragraphe 23 ci-dessus et procédé aux ajustements rédactionnels nécessaires.

²⁸ À ce sujet, le Groupe de travail a noté que les MPME pourraient avoir des difficultés à fixer les règles correspondantes et que des modèles standard pourraient leur être utiles (voir [A/CN.9/800](#), par. 63, [A/CN.9/WG.I/WP.86](#), par. 23 et [A/CN.9/963](#), par. 58). Lorsque les travaux relatifs au guide législatif auront avancé, il vaudra peut-être se demander s'il serait utile d'élaborer des modèles standard de convention des membres pour aider les MPME en la matière.

d'expérience, qui n'envisageront pas nécessairement tous les cas de figure à prévoir pour le bon fonctionnement de l'ERL-CNUDCI²⁹.

26. La recommandation 1 prévoit que l'ERL-CNUDCI est créée suivant une approche législative indépendante, sur la base des recommandations contenues dans le guide législatif, qui offrent une grande liberté contractuelle pour l'organisation du fonctionnement de l'entité.

Recommandation 1 : La loi devrait prévoir que l'entité à responsabilité limitée de la CNUDCI ("ERL-CNUDCI") est régie par [la présente loi] ainsi que par la convention des membres³⁰.

27. Selon la recommandation 2, il est possible de créer une ERL-CNUDCI pour toute activité commerciale ou économique licite. Il a été décidé d'adopter une approche très large en ce qui concerne les activités qu'une ERL-CNUDCI est autorisée à exercer, afin d'offrir le maximum de souplesse aux MPME susceptibles de choisir cette forme d'entreprise. Conformément à l'approche traditionnellement suivie dans les textes de la CNUDCI, le présent guide adopte le point de vue selon lequel les États doivent donner une interprétation large des termes « économique » et « commercial », de façon à éviter toute restriction inopportune du champ d'activité autorisé³¹. De plus, il suit l'approche adoptée dans le cadre de plusieurs réformes législatives qui consiste à exclure l'emploi de clauses d'objet générales, si bien que les entités économiques sont autorisées à mener toutes les activités licites selon la loi de l'État qui leur est applicable. Le guide législatif laisse aux membres de l'ERL-CNUDCI le soin de décider d'inclure ou non une clause d'objet plus restrictive dans leur convention. Les États qui demandent aux entités économiques d'indiquer toutes leurs activités voudront peut-être envisager de supprimer cette exigence pour les ERL-CNUDCI.

28. Les États qui souhaitent interdire aux ERL-CNUDCI d'œuvrer dans certains secteurs réglementés, notamment la banque, le microcrédit ou l'assurance, pourraient recenser les secteurs et activités concernés. Pour plus de clarté, ils pourraient aussi expressément autoriser la participation d'une ERL-CNUDCI à certaines activités, y compris dans les secteurs agricole, artisanal et culturel³².

Recommandation 2 : La loi devrait prévoir la possibilité de créer une ERL-CNUDCI pour toute activité commerciale ou économique³³ licite.

29. Le guide législatif recommande l'octroi de la personnalité morale à l'ERL-CNUDCI, afin que celle-ci constitue une entité juridique distincte de

²⁹ Le Secrétariat a révisé les paragraphes 22 à 26 du guide (par. 27 à 30 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#)) afin d'en rendre le libellé plus clair.

³⁰ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots « le cas échéant » à la fin de la recommandation 1 ([A/CN.9/895](#), par. 24) et d'attendre d'avoir examiné la recommandation 10 et le commentaire y relatif avant de se prononcer sur la recommandation 1 et son commentaire ([A/CN.9/895](#), par. 28). Voir également *infra*, note de bas de page 91. Le Secrétariat a placé les mots « la présente loi » entre crochets pour indiquer qu'ils désignent la législation nationale qui sera adoptée sur la base du présent guide législatif.

³¹ Le Secrétariat a reformulé ce paragraphe (par. 31 et 32 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#)) par souci d'harmonisation avec la version révisée de la recommandation 2 et comme suite à la demande faite par le Groupe de travail à sa vingt-septième session tendant à ce que les termes « économique » et « commercial » soient interprétés d'une manière large ([A/CN.9/895](#), par. 30).

³² Par souci de clarté, le Secrétariat a modifié le libellé du paragraphe 28 (par. 36 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)), notamment en supprimant le membre de phrase « ou la participation par des coopératives et des fonds ».

³³ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu d'insérer les mots « commerciale ou économique » après le mot « activité » ([A/CN.9/895](#), par. 30).

ses membres³⁴. Dans ce contexte, la personnalité morale lui confère les droits et obligations légaux nécessaires pour fonctionner au sein d'un système juridique, notamment la capacité à acquérir des droits et à s'acquitter d'obligations en son nom propre.

30. La personnalité morale donne les moyens de séparer les biens de l'ERL-CNUDCI des actifs personnels de ses membres, ce que l'on peut qualifier de séparation préventive des patrimoines. Grâce à sa personnalité morale distincte, l'ERL-CNUDCI est protégée contre toute demande émanant des créanciers personnels de ses membres. L'entité dotée de la responsabilité limitée peut alors plus facilement procéder à une séparation défensive des patrimoines, qui permet de protéger les biens personnels de ses membres au cas où elle ne serait pas en mesure d'honorer ses dettes ou de satisfaire à ses obligations, ou se retrouverait partie à un litige³⁵. La personnalité morale et la protection qu'assure la responsabilité limitée (voir recommandation 4) fournissent ainsi à l'entité un mécanisme juridique commode pour séparer ses biens du patrimoine personnel de ses membres³⁶.

31. Il convient de noter que le guide législatif n'examine pas la question de la fiscalité au niveau national applicable à la forme juridique de l'ERL-CNUDCI envisagée. Les aspects de politique générale de ce genre sont laissés aux États qui rédigeront une législation en s'appuyant sur le présent guide, étant entendu qu'ils pourront envisager les diverses possibilités en s'interrogeant de manière plus générale sur la meilleure manière de réduire les obstacles juridiques que rencontrent les ERL-CNUDCI et, plus largement, les MPME.

Recommandation 3 : La loi devrait prévoir de doter l'ERL-CNUDCI d'une personnalité morale distincte de ses membres³⁷.

32. La recommandation 4 précise l'une des principales conséquences de l'octroi de la personnalité morale, à savoir que les membres ne sont pas personnellement tenus responsables des obligations ou des dettes de l'entité, sauf dans le cas où ils font un usage abusif ou frauduleux de cette personnalité³⁸. La recommandation 4 constitue par conséquent une règle impérative.

33. La responsabilité limitée³⁹ permet à un entrepreneur de prendre des décisions concernant son entreprise sans devoir craindre pour son patrimoine personnel au cas

³⁴ Le Secrétariat a modifié la première phrase du paragraphe 29 (par. 37 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).

³⁵ Dans le segment de texte compris entre « Grâce à personnalité morale distincte » et « différends d'ordre juridique », le Secrétariat a modifié l'ordre des phrases figurant dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#), afin de rendre le paragraphe plus cohérent.

³⁶ Pour tenir compte des délibérations menées par le Groupe de travail à sa vingt-septième session, le Secrétariat a inséré à cet endroit (par. 36 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#)) la première phrase du paragraphe 37 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#). Voir également *supra*, note de bas de page 27.

³⁷ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots « distincte de ses membres » après les mots « personnalité morale » à la fin de la recommandation ([A/CN.9/895](#), par. 33).

³⁸ Avec les modifications demandées par le Groupe de travail à sa vingt-septième session ([A/CN.9/895](#), par. 34 b)) et celles proposées par le Secrétariat à des fins d'harmonisation avec la recommandation 4 révisée, le paragraphe 32 (par. 40 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) se lisait précédemment ainsi : « Le projet de recommandation 4 établit la règle applicable par défaut selon laquelle les membres de l'ERL-CNUDCI bénéficieront de la responsabilité limitée à l'égard des obligations de l'entité ». Le Secrétariat suggère toutefois de modifier encore ce paragraphe pour mieux préciser le concept de responsabilité limitée et sa relation avec la personnalité morale. Il suggère par ailleurs de qualifier la recommandation 4 de règle impérative, et non supplétive. Il a mentionné au paragraphe 75 ci-dessous le fait que les membres pouvaient répartir entre eux la responsabilité. Voir également *infra*, note de bas de page 114.

³⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de la séparation des patrimoines personnel et professionnel dans le cas d'une entité unipersonnelle. Il serait important de préciser cet aspect pour le cas où une telle entité devient insolvable. À cet égard, il voudra peut-être se

où celle-ci connaîtrait des difficultés ou se retrouverait partie à un litige⁴⁰. Cet aspect est important à la fois pour la protection des membres de l'entité et pour la promotion de l'esprit d'entreprise et de l'innovation. Cependant, de nombreuses MPME ne bénéficient pas à l'heure actuelle de la protection qu'assure la responsabilité limitée. Certains États ne la leur octroient pas, car ils craignent que cela n'incite les entrepreneurs à l'opportunisme et n'offre qu'une protection insuffisante aux tiers traitant avec ces entreprises. Cependant, d'autres États donnent accès à cette protection aux membres de MPME, estimant qu'ils encouragent ainsi l'entrepreneuriat et la formation de capital⁴¹. C'est pourquoi, afin que ces acteurs économiques puissent tirer parti de cette caractéristique importante et avantageuse, le régime législatif établissant l'ERL-CNUDCI offre la protection de la responsabilité limitée aux membres de l'entité.

34. De manière générale, la protection offerte par la responsabilité limitée préserve les membres de l'ERL-CNUDCI d'une responsabilité personnelle, directe ou indirecte, du fait des activités de l'entité. Dans la pratique, la responsabilité financière des membres de l'ERL-CNUDCI est limitée à un montant fixe, généralement équivalent à la valeur de leur contribution à l'entité. Comme mentionné ci-dessus, la responsabilité limitée des membres et une personnalité morale distincte pour l'entité vont souvent de pair (voir recommandations 3 ci-dessus et 8 ci-dessous). Le fait d'attribuer ces deux caractéristiques à l'ERL-CNUDCI en favorisera la stabilité et l'aidera à accéder au crédit à moindre coût.

35. L'ERL-CNUDCI elle-même est responsable vis-à-vis de ses créanciers généraux et tous ses biens peuvent servir à satisfaire ces créances. En outre, il est important de noter que la limite de la responsabilité d'un membre pour les obligations de l'entité renvoie uniquement à la responsabilité qui découle de son statut de membre de l'ERL-CNUDCI. Les membres peuvent cependant voir leur responsabilité civile personnelle engagée⁴² ; il est aussi possible que la responsabilité d'un membre soit engagée du fait d'une caution personnelle donnée pour couvrir les obligations de l'ERL-CNUDCI. En outre, dans le cas où un contrat serait conclu avec un tiers avant la constitution de l'ERL-CNUDCI, la responsabilité personnelle des membres ou dirigeants de l'entité qui ont conclu ce contrat pourrait être engagée si le tiers en question ne savait pas qu'il concluait un contrat avec une ERL-CNUDCI. Dans ces cas, la loi devrait prévoir un délai raisonnable pour permettre aux membres de procéder à la constitution juridique et d'avertir les tiers du changement de statut juridique⁴³.

36. Bien entendu, les tribunaux seront libres d'écarter la protection offerte par la responsabilité limitée (« levée du voile de la personnalité morale ») et d'imposer une responsabilité personnelle aux membres et aux dirigeants en cas de fraude ou d'autres actes illicites commis au nom de l'ERL-CNUDCI⁴⁴. L'utilisation par un membre des

demander si, dans cette partie, il faudrait traiter séparément des entités unipersonnelles et des formes plus complexes d'ERL-CNUDCI (A/CN.9/963, par. 90).

⁴⁰ Le Secrétariat a remplacé le membre de phrase « sans s'inquiéter de devoir répondre de dettes professionnelles » par le libellé actuel pour mieux préciser la notion de « responsabilité limitée ».

⁴¹ Le Secrétariat a ajouté à ce paragraphe (par. 39 du document A/CN.9/WG.I/WP.99) les phrases comprises entre « Certains États » et « formation de capital », afin de clarifier le sens du texte.

⁴² À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de supprimer le segment de phrase « ou être responsables vis-à-vis des autres membres » figurant avant « il est aussi possible », car il traitait d'un aspect de la responsabilité différent des autres aspects abordés dans ce paragraphe (A/CN.9/895, par. 34 a)).

⁴³ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure dans le commentaire un passage concernant les contrats conclus avant la constitution juridique de l'ERL-CNUDCI (A/CN.9/895, par. 51). Il vaudra peut-être se demander si l'on pourrait ajouter une recommandation supplémentaire, avec le commentaire y relatif, dans cette partie du guide, afin de traiter des conséquences juridiques sur la responsabilité de l'ERL-CNUDCI et de ses membres pour des contrats et autres actes qu'un futur membre conclut ou exécute pour le compte de l'entité avant sa constitution.

⁴⁴ À propos des recommandations 5, ainsi que 16, 19 et 20, voir également le paragraphe 38 e).

biens de l'entité comme s'il s'agissait de son patrimoine personnel, par exemple, constituerait un tel abus de la forme juridique de celle-ci.

Recommandation 4 : La loi devrait prévoir qu'un membre ne saurait être tenu personnellement responsable des obligations de l'ERL-CNUDCI du seul fait de sa qualité de membre de l'entité⁴⁵.

37. Certains États restent d'avis que l'imposition d'exigences minimales en matière de capital constitue une contrepartie raisonnable pour que les membres d'une entreprise fermée bénéficient de la protection offerte par la responsabilité limitée. Toutefois, nombre de ces États ont considérablement réduit les exigences en question pour ces entreprises, en les fixant à un montant symbolique ou initialement faible, mais augmentant progressivement. Certains estiment que des exigences minimales en matière de capital, même d'un niveau symbolique ou de nature progressive, peuvent être propices à la croissance des entreprises, car elles permettent non seulement de protéger les tiers, mais aussi de renforcer la solidité, l'efficacité et la productivité de l'entreprise, et de fournir des informations concernant les droits financiers et décisionnels⁴⁶. Toutefois, d'autres craignent que des exigences en matière de capital, même celles de type progressif, n'aient des incidences négatives sur les petites entreprises nouvellement créées. En effet, alors que les trois premières années d'existence sont les plus critiques, une telle entreprise sera néanmoins tenue d'augmenter progressivement ses réserves au cours de cette période malgré d'éventuelles difficultés financières⁴⁷. De plus, étant donné que le capital minimum exigé pour créer une entreprise, ainsi que les règles comptables y relatives, font souvent partie des considérations les plus importantes pour les nouvelles entreprises, le fait de supprimer cette exigence pourrait accroître le taux de création d'entités économiques. Par ailleurs, sur le plan de la politique interne, un problème particulier lié à l'établissement d'exigences minimales est la difficulté à quantifier un montant approprié et la rigidité inhérente à ce choix⁴⁸.

38. La question des exigences minimales en matière de capital devrait être traitée dans le contexte des mécanismes généraux visant à protéger les créanciers et les autres tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI⁴⁹. Les plus importants de ces mécanismes ont été intégrés dans le guide législatif en tant que règles impératives, tandis que d'autres

⁴⁵ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de conserver la recommandation 4.1 et de supprimer la recommandation 4.2, tels qu'elles figuraient dans la note de bas de page 37 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#), mais de faire apparaître ailleurs dans le texte le contenu de la recommandation 4.2, éventuellement dans le contexte de la convention des membres ([A/CN.9/895](#), par. 37). Le Secrétariat a tenu compte de cette suggestion au paragraphe 75 de la présente version révisée.

⁴⁶ À sa trente et unième session, le Groupe de travail a estimé que le terme « droits de vote » risquait d'être source de confusion dans un contexte simplifié comme celui de l'ERL-CNUDCI. Le Secrétariat propose par conséquent de le remplacer, dans l'ensemble du texte, par le terme « droits décisionnels ».

⁴⁷ Le Secrétariat a reformulé ce paragraphe (par. 44 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#)) pour faire suite à la demande du Groupe de travail à sa vingt-septième session tendant à ce que le commentaire tienne compte des considérations qu'il avait soulevées au cours de ladite session et de sessions antérieures en ce qui concerne les arguments pour et contre les exigences minimales en matière de capital ([A/CN.9/895](#), par. 42).

⁴⁸ Le Secrétariat a placé à cet endroit les phrases comprises entre « Étant donné que le capital minimum » et « inhérente à ce choix », qui figuraient au paragraphe 46 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), et a supprimé le reste de ce paragraphe par souci de cohérence.

⁴⁹ Le Groupe voudra peut-être envisager de faire figurer ce paragraphe dans une section distincte relative à la protection des créanciers et autres tiers. Il voudra peut-être se demander, lors de futurs débats :

- a) si les membres de l'ERL-CNUDCI devraient être responsables envers les créanciers ou seulement envers l'ERL-CNUDCI (en cas d'usage abusif de la forme de l'ERL-CNUDCI par ses membres) ; et
- b) si les créanciers peuvent obliger l'ERL-CNUDCI à agir à l'encontre de ses membres.

peuvent figurer à divers endroits de la législation d'un État. Il s'agit notamment des mécanismes visant à :

- a) Engager la responsabilité des membres de l'ERL-CNUDCI en cas de distributions abusives et les obliger, le cas échéant, à rembourser l'entité (voir recommandations 19 et 20, qui constituent des règles impératives) ;
- b) Imposer des normes de conduite, incluant notamment l'obligation de bonne foi et les obligations fiduciaires (voir recommandation 16 a), qui constitue une règle impérative) ;
- c) Imposer la transparence et des obligations en matière d'accès en ce qui concerne la conservation et le partage des documents et informations relatifs à l'ERL-CNUDCI (voir recommandations 25 et 26, qui constituent des règles impératives) ;
- d) Exiger que le nom commercial de l'entité contienne un élément qui indique sa responsabilité limitée (par exemple, « ERL-CNUDCI ») et qu'il apparaisse dans les contrats et les factures et dans le cadre d'autres opérations avec des tiers (voir recommandation 6, qui constitue une règle impérative) ;
- e) Permettre des exceptions à la protection offerte aux membres de l'ERL-CNUDCI par la responsabilité limitée, dans certaines circonstances (certains États prévoient la possibilité de demander la « levée du voile de la personnalité morale » à l'encontre de sociétés et d'autres entités à responsabilité limitée, mais ce recours ne devrait pas nécessairement être importé dans la législation relative à l'ERL-CNUDCI, qui devrait peut-être plutôt prévoir des règles impératives interdisant aux membres de faire un usage abusif de la forme juridique de l'entité ; de telles règles impératives apparaissent dans les recommandations 16 a), 19 et 20)⁵⁰ ;
- f) Établir des exigences en matière de transparence, de qualité et d'accès public en ce qui concerne les informations enregistrées sur l'ERL-CNUDCI et ses dirigeants (on pourrait envisager que cet aspect soit traité dans la législation nationale sur le registre des entreprises)⁵¹ ;
- g) Attribuer un rôle de supervision aux registres du commerce ou aux organismes spécialisés (on pourrait aussi imaginer qu'il s'agisse d'un aspect de la législation nationale sur le registre des entreprises) ;
- h) Créer des bureaux de crédit (décision de principe qui appartiendrait à l'État) ; et
- i) Exiger la surveillance de la gouvernance d'entreprise (décision de principe qui appartiendrait à l'État).

39. Compte tenu de la nature de l'ERL-CNUDCI, mécanisme conçu pour aider les MPME, et des différentes réformes législatives qui ont remplacé les exigences minimales en matière de capital par d'autres mécanismes visant à protéger les tiers traitant avec l'entité, le guide législatif ne recommande pas d'imposer des exigences de ce type pour la constitution d'une ERL-CNUDCI. Comme on l'a noté plus haut, les principaux mécanismes prévus dans le guide législatif pour protéger les tiers qui traitent avec l'entité se présentent sous la forme de règles impératives énoncées dans

⁵⁰ Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il avait déjà examiné la question de la « levée du voile de la personnalité morale », et qu'il était généralement convenu que « les règles concernant la levée de ce voile étaient très détaillées et pouvaient varier considérablement d'un État à l'autre, de sorte qu'il ne serait peut-être pas utile de tenter d'établir de telles normes dans le texte du guide, hormis de signaler l'importance potentielle d'un tel recours dans le commentaire et de laisser la mise au point de normes en la matière aux États adoptants » (A/CN.9/831, par. 56 et 58). En tout état de cause, les tribunaux pourront toujours « lever le voile de la personnalité morale » conformément aux lois de l'État concerné si les membres font un usage abusif de la forme juridique de l'entité, et il n'est pas nécessaire de prévoir expressément cet outil dans le texte du guide législatif. À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu de l'approche indiquée dans la présente note de bas de page (A/CN.9/895, par. 35).

⁵¹ Voir les recommandations pertinentes dans le Guide relatif au registre des entreprises.

les recommandations 6, 16 a), 19, 20, 25 et 26, conformément aux indications des alinéas a) à e) du paragraphe 38 ci-dessus.

40. Même si un État a des raisons d'exiger un capital minimum, le présent guide recommande de ne pas imposer de telle exigence à l'ERL-CNUDCI, même s'agissant d'un montant symbolique ou augmentant progressivement⁵². Il vaudrait mieux envisager d'autres mécanismes, par exemple l'imposition d'une taille maximale (qui pourrait par exemple être fonction du nombre d'employés) ou d'un niveau de rentabilité maximal, au-delà desquels l'entité devrait changer de forme juridique, la nouvelle forme pouvant quant à elle être soumise à une exigence de capital minimum. Précisons toutefois que de tels mécanismes risquent de freiner le développement des ERL-CNUDCI de manière inopportune.

Recommandation 5 : La loi ne devrait pas exiger de capital minimum pour la constitution d'une ERL-CNUDCI.

41. La loi devrait exiger que le nom de l'entité comprenne une expression ou une abréviation (par exemple, « ERL-CNUDCI »)⁵³ permettant de la distinguer d'autres types d'entités économiques, afin de signaler aux tiers qu'ils traitent avec une telle entité⁵⁴. L'utilisation, dans différents États, d'une même expression ou abréviation serait bénéfique pour les ERL-CNUDCI se livrant à des activités transfrontières, car elle permettrait d'établir immédiatement les caractéristiques distinctives de l'entité, même dans un contexte international. Puisque le statut légal de l'ERL-CNUDCI est censé correspondre à une forme juridique innovante, spécialement conçue pour les MPME et créée suivant une approche législative indépendante, dissociée des modèles existants, le choix d'une expression ou d'une abréviation distinctive peut se faire en dehors de tout contexte juridique local⁵⁵.

42. Si certains États pourraient vouloir exiger de l'ERL-CNUDCI qu'elle utilise son expression ou abréviation distinctive dans toute correspondance avec des tiers afin de signaler sa personnalité juridique⁵⁶, il faudra alors qu'ils prévoient une sanction appropriée en cas de manquement à cette obligation. Le fait par exemple de priver l'entité de la protection qu'assure la responsabilité limitée constituerait sans doute une sanction trop sévère. Tout en encourageant l'entité à utiliser cette expression ou abréviation distinctive dans sa correspondance afin de renforcer la sécurité juridique, les États pourront décider de ne pas lui en faire obligation, afin de ne pas lui imposer de charge supplémentaire en risquant d'alourdir ses coûts administratifs en matière de conformité et de vérification. De toute façon, dans la pratique, dans la mesure où l'expression ou l'abréviation distinctive ferait partie du nom de l'entité, elle figurerait vraisemblablement dans tous ses échanges de correspondance.

⁵² Le Secrétariat a modifié la première phrase de ce paragraphe (par. 49 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)), par souci de clarté.

⁵³ Conformément aux notes de bas de page 14 et 24, *supra*, le terme « ERL-CNUDCI » est utilisé ici à titre d'exemple.

⁵⁴ Le Groupe de travail est convenu de suivre cette approche lors de sa vingt-septième session ([A/CN.9/895](#), par. 43) et des sessions précédentes (voir [A/CN.9/825](#), par. 69 et [A/CN.9/831](#), par. 61 à 63).

⁵⁵ Au vu des considérations figurant dans le commentaire relatif à la recommandation 6, le Groupe de travail voudra peut-être convenir d'une expression ou d'une abréviation unique qui serait utilisée pour caractériser les ERL-CNUDCI.

⁵⁶ Le Secrétariat a remplacé les mots « responsabilité limitée », au paragraphe 42 ci-avant (par. 51 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par les mots « personnalité juridique », afin de souligner cette caractéristique de l'ERL-CNUDCI.

43. S'agissant du nom que choisit l'entité, celle-ci devra remplir toutes les conditions obligatoires relatives à l'enregistrement (et à l'approbation) des noms commerciaux qui sont en vigueur dans le pays où elle exerce ses activités^{57, 58}.

Recommandation 6 : La loi devrait prévoir que le nom de l'entité comporte une expression ou une abréviation qui la caractérise en tant qu'ERL-CNUDCI.

B. Constitution de l'ERL-CNUDCI

44. Le guide législatif, rédigé de manière souple, recommande que la loi autorise la constitution et l'exploitation d'une ERL-CNUDCI par un membre unique ou plusieurs membres. Ainsi, l'entité peut être créée par un membre unique, par exemple un entrepreneur individuel exerçant des activités commerciales relativement simples, et peut évoluer, passant d'une entité unipersonnelle à une entité pluripersonnelle plus complexe. Afin de protéger les créanciers et les tiers traitant avec l'entité et d'assurer la sécurité juridique, la recommandation 7 prévoit qu'une ERL-CNUDCI devrait avoir au moins un membre à tout moment. Dans le cas d'une ERL-CNUDCI unipersonnelle, les États devraient envisager d'instaurer un délai raisonnable pour le remplacement du membre, si la convention des membres ne comporte pas de dispositions à cet égard, afin d'éviter la dissolution automatique de l'entité⁵⁹. En outre, afin de conférer encore davantage de souplesse à cette entité, la recommandation 7 ne précise aucun nombre maximum de membres de l'ERL-CNUDCI⁶⁰.

45. Dans la législation portant création de l'ERL-CNUDCI, les États devront notamment se pencher sur la question de savoir si une personne morale peut être membre d'une telle entité, ou seulement des personnes physiques. S'ils autorisent les personnes morales à être membres, les États devraient veiller à assurer une interprétation large du concept de « personne morale », lequel devrait inclure toute entité qui a été dotée de la personnalité juridique⁶¹. Le fait de permettre à des personnes morales d'être membres d'une ERL-CNUDCI pourrait faciliter la transition d'une telle entité vers une forme d'entreprise plus complexe. De plus, le fait qu'une personne morale soit membre d'une telle entité aiderait peut-être aussi celle-ci à accéder à davantage de ressources (en matière de financement, de technologie et de compétences) et à de nouveaux marchés, et à asseoir sa crédibilité. Ces avantages seront précieux non seulement pour les ERL-CNUDCI établies dans des États où les infrastructures sont peu développées, mais aussi pour celles qui souhaitent développer leurs activités sur les marchés tant intérieur qu'international.

46. Toutefois, les États pourront souhaiter réserver la qualité de membre d'une ERL-CNUDCI aux personnes physiques, surtout dans le cas d'entités unipersonnelles, pour ne pas susciter de doutes quant à l'intégrité et à la fiabilité de la forme juridique de l'entité (voir aussi par. 59 ci-après), et pour diminuer le risque

⁵⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa vingt-septième session, le Secrétariat a supprimé les paragraphes 50 à 52 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99](#) ([A/CN.9/895](#), par. 46).

⁵⁸ Le Guide relatif au registre des entreprises examine les questions de l'enregistrement et de la réservation préalable des noms commerciaux, de l'importance du caractère unique de ces noms, de la définition par les États de leurs propres critères en matière de noms commerciaux, et du rôle que joue le registre des entreprises afin d'aider les entrepreneurs à choisir un nom pour leur entreprise.

⁵⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa trente et unième session, il avait différé l'examen d'une proposition tendant à supprimer la phrase « Dans le cas... automatique de l'entité », se proposant d'y revenir une fois qu'il aurait examiné la partie G et la recommandation 21 sur le transfert de droits ([A/CN.9/963](#), par. 55).

⁶⁰ Afin d'améliorer la cohérence du texte, le Secrétariat a placé la dernière phrase du par. 54 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#) à la fin du par. 44.

⁶¹ À sa trente et unième session, le Groupe de travail était convenu de remplacer le membre de phrase « toute personne morale capable de réaliser un investissement » par le libellé actuel (« toute entité qui a été dotée de la personnalité juridique »). Le Secrétariat a tenu compte de cette décision en ajustant très légèrement le texte, par souci de clarté ([A/CN.9/963](#), par. 30).

de blanchiment d'argent, de fraude ou autre comportement illicite⁶². Les États qui autorisent les personnes morales à être membres d'une ERL-CNUDCI devront prévoir des mesures appropriées pour empêcher ce genre d'activités illicites. Ils pourront par exemple décider que seules les personnes physiques peuvent être nommées dirigeants d'une telle entité, ou que l'ERL-CNUDCI doit conserver des informations sur l'identité des membres et des dirigeants de la personne morale, ainsi que tout changement les concernant, ou encore qu'une personne morale pourra uniquement bénéficier du statut de membre d'une ERL-CNUDCI pluripersonnelle lorsque les autres membres sont des personnes physiques. Toutes ces mesures pourront contribuer à éviter la création d'ERL-CNUDCI n'exerçant pas d'activités commerciales réelles (les « coquilles vides »).

47. Toutefois, afin de préserver la simplicité de l'ERL-CNUDCI, le guide législatif laisse les États libres d'autoriser uniquement les personnes physiques à devenir membres d'une telle entité⁶³.

Recommandation 7⁶⁴ : La loi devrait :

a) Prévoir que l'ERL-CNUDCI doit avoir au moins un membre depuis le moment où elle est constituée [jusqu'à sa dissolution] ; et

b) Préciser si seules les personnes physiques ou aussi les personnes morales sont autorisées à être membres d'une ERL-CNUDCI.

48. Afin d'assurer la sécurité juridique quant au moment où l'ERL-CNUDCI acquiert une existence officielle, le guide législatif recommande de considérer celle-ci comme étant constituée à partir du moment où elle a été enregistrée⁶⁵. Par son enregistrement au registre des entreprises, l'entité acquiert ses caractéristiques fondamentales, notamment une personnalité juridique et la responsabilité limitée pour ses membres. Pour assurer la prévisibilité et la transparence de l'enregistrement, il est hautement souhaitable que les États précisent le moment où l'enregistrement de l'entreprise prend effet⁶⁶. Conformément aux meilleures pratiques internationales, qui sont présentées dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises (le « Guide relatif au registre des entreprises »), l'État pourra souhaiter préciser si l'ERL-CNUDCI commence à exister sur le plan juridique au moment de la saisie des informations requises pour l'enregistrement dans le fichier du registre, ou de la réception de la demande d'enregistrement par le registre⁶⁷.

⁶² Le Secrétariat a remplacé le mot « ERL-CNUDCI » par « forme juridique de l'entité », pour souligner que les craintes exprimées s'appliquaient aux ERL-CNUDCI en général, et non à une entreprise en particulier.

⁶³ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner, au paragraphe 55 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), les avantages et les inconvénients de l'octroi de la qualité de membre à une personne morale. Le Secrétariat a tenu compte de cette décision aux paragraphes 45 et 46 du présent document ([A/CN.9/963](#), par. 28). Il a par ailleurs reformulé le paragraphe 47 (par. 55 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) à des fins d'harmonisation avec la recommandation 7 b) révisée.

⁶⁴ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu de reformuler la recommandation 7 pour mieux répondre aux préoccupations des États qui s'inquiétaient de voir des personnes morales devenir membres d'une ERL-CNUDCI, et de la diviser en deux ([A/CN.9/963](#), par. 27). Il vaudra peut-être noter qu'il était convenu d'examiner ultérieurement la proposition tendant à supprimer les mots « jusqu'à sa dissolution » figurant dans la recommandation 7 a) ([A/CN.9/963](#), par. 55).

⁶⁵ Le Secrétariat a revu la première phrase du paragraphe 48 (par. 56 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par souci d'harmonisation avec la recommandation 8 révisée ([A/CN.9/963](#), par. 31).

⁶⁶ Voir Guide relatif au registre des entreprises, par. 142 et suiv.

⁶⁷ Le Secrétariat a modifié ce paragraphe (par. 56 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par souci d'harmonisation avec la recommandation 8 révisée et le Guide relatif au registre des entreprises ([A/CN.9/963](#), par. 31).

49. Indépendamment du système utilisé pour l'enregistrer (registre électronique, papier ou mixte), une fois les formalités terminées, l'ERL-CNUDCI devrait recevoir un avis d'enregistrement émanant de l'autorité gouvernementale compétente. Conformément aux recommandations du Guide relatif au registre des entreprises et afin de prendre en compte la nature simple de l'ERL-CNUDCI, l'avis d'enregistrement devrait être délivré aussi rapidement et de manière aussi rationnelle que possible⁶⁸.

Recommandation 8 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI est constituée dès lors qu'elle a été enregistrée⁶⁹.

50. Généralement, pour qu'une entité économique soit valablement constituée, les États exigent la présentation d'informations dont la nature et la quantité varient selon le type d'entreprise⁷⁰. Pour traduire la simplicité voulue pour l'ERL-CNUDCI, le guide législatif ramène les informations requises pour sa constitution au minimum nécessaire pour la mise en place et l'exploitation de l'entité, ainsi que pour la protection des tiers. De plus, la recommandation 9 respecte le principe selon lequel il devrait être aussi simple que possible pour une MPME de fournir les informations demandées aux fins de la constitution, afin de ne pas lui imposer de contraintes inutiles et d'encourager le respect de la loi. L'ERL-CNUDCI est libre d'ajouter toute information supplémentaire qu'elle juge appropriée, en particulier toute information qui pourrait l'aider à accéder au crédit ou à attirer des investisseurs.

51. Parmi les informations qui doivent au minimum être communiquées pour constituer une ERL-CNUDCI, conformément à la recommandation 9, figurent le nom de l'entité, ainsi que l'adresse à laquelle celle-ci sera réputée recevoir de la correspondance⁷¹. Lorsque l'entreprise n'a pas d'adresse standard, cette précision sera remplacée par la description exacte de son emplacement géographique⁷². L'adresse professionnelle ou l'emplacement géographique de l'ERL-CNUDCI sera utilisé pour la correspondance et la signification⁷³.

52. L'identité de chaque personne qui gère l'entreprise doit aussi être communiquée pour la constitution de l'ERL-CNUDCI. Si l'entreprise est exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres (c'est-à-dire sans dirigeant externe), il faudra préciser l'identité de chaque membre⁷⁴, puisque chacun sera dirigeant de l'entité. Si l'entreprise est gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés, qu'ils soient ou non membres de l'entité, l'identité de chacun d'entre eux devra être précisée. Le fait d'exiger de l'ERL-CNUDCI qu'elle communique ainsi l'identité de chaque personne qui la gère permet de renforcer la transparence vis-à-vis des pouvoirs publics et des

⁶⁸ Le Secrétariat a supprimé le paragraphe 58 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#) par souci d'harmonisation avec la recommandation 8 révisée et pour tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session selon laquelle le passage relatif à l'enregistrement devrait être rédigé de manière neutre et inclure des renvois au Guide relatif au registre des entreprises ([A/CN.9/963](#), par. 32).

⁶⁹ Le Secrétariat a modifié le libellé de la recommandation comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente et unième session ([A/CN.9/963](#), par. 31).

⁷⁰ À sa trente et unième session, le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment estimé ([A/CN.9/895](#), par. 52) qu'il faudrait examiner séparément la question des informations à exiger pour que l'ERL-CNUDCI soit constituée valablement et la question des informations qu'il conviendrait de rendre publiques ([A/CN.9/963](#), par. 40) et qu'il reviendrait ultérieurement sur ces points.

⁷¹ Le Secrétariat a reformulé la dernière partie de cette phrase afin de l'aligner sur le Guide relatif au registre des entreprises.

⁷² Voir aussi recommandation 21 du Guide relatif au registre des entreprises.

⁷³ Le Secrétariat a supprimé la dernière phrase du paragraphe 51 (par. 60 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par souci d'harmonisation avec la nouvelle recommandation 9.

⁷⁴ À sa trente et unième session, le Groupe de travail était convenu de remplacer le terme « membre » par le terme « membre dirigeant » pour tenir compte du cas où l'ERL-CNUDCI serait gérée par certains de ses membres uniquement ([A/CN.9/963](#), par. 33). Comme le Secrétariat a modifié les premières phrases du paragraphe 52 (par. 61 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par souci de clarté, il suggère de conserver le terme « membre » pour éviter les répétitions.

tiers qui traitent avec l'entité⁷⁵. Il n'est toutefois pas nécessaire, pour la constitution de l'ERL-CNUDCI, d'indiquer l'adresse résidentielle de chacune de ces personnes⁷⁶, cette information n'étant pas jugée essentielle pour assurer la protection des tiers. Le domicile de l'entreprise constituera une donnée suffisante pour permettre à l'État de satisfaire cet objectif et de surveiller la gestion de l'entité. De plus, cette adresse peut aussi servir d'adresse de correspondance officielle pour les personnes qui gèrent l'entité⁷⁷.

53. En fonction du contexte national et de ses besoins, un État pourra exiger des informations en sus de celles prévues dans la recommandation 9. Ainsi, certains États jugeront particulièrement importantes, pour qu'une ERL-CNUDCI soit valablement constituée, des informations concernant l'identité des fondateurs de l'entité, les parts respectives de ses membres, le pouvoir de la représenter et toute restriction au pouvoir des dirigeants d'engager l'entité⁷⁸.

54. L'approche que préconise le guide législatif en ce qui concerne les informations devant être communiquées aux autorités par l'ERL-CNUDCI devrait respecter les normes internationales relatives aux bénéficiaires effectifs⁷⁹. Les exigences en matière d'information⁸⁰ devraient donc permettre de lever toute crainte de voir la forme juridique de l'ERL-CNUDCI être détournée à des fins illicites, notamment le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Une telle approche représente également un bon équilibre en matière de réglementation, car elle assure suffisamment de sécurité juridique et commerciale pour l'État et pour la protection des tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI⁸¹.

⁷⁵ Le Secrétariat a ajouté cette phrase au paragraphe 52 (par. 61 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) pour tenir compte du fait que le Groupe de travail avait estimé, à sa trente et unième session, qu'il importait de permettre une identification plus précise des dirigeants de l'entité ([A/CN.9/963](#), par. 35 et 41).

⁷⁶ Le Secrétariat a remplacé les mots « le document constitutif » par « pour la constitution de l'ERL-CNUDCI », pour les raisons mentionnées au paragraphe 18 ci-dessus.

⁷⁷ Par souci de clarté, le Secrétariat a modifié les dernières phrases du paragraphe 52 (par. 61 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).

⁷⁸ Le Secrétariat a ajouté ce passage concernant les informations supplémentaires que les États peuvent envisager d'exiger pour qu'une ERL-CNUDCI soit valablement constituée afin de tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session ([A/CN.9/963](#), par. 41).

⁷⁹ En matière de transparence et de bénéficiaires effectifs, la recommandation 24 du Groupe d'action financière (GAFI) encourage les États à mener des évaluations des risques approfondies en ce qui concerne les personnes morales et à s'assurer que toutes les sociétés sont enregistrées dans un registre des entreprises accessible au public. Les informations élémentaires requises sont : a) la dénomination sociale ; b) la preuve de la constitution ; c) la forme juridique et l'état ; d) l'adresse du siège ; e) les éléments principaux régissant le fonctionnement ; et f) la liste des membres du conseil d'administration. En outre, les sociétés sont tenues de conserver un registre de leurs actionnaires ou membres. (Voir Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération : Les Recommandations du GAFI, partie E sur la transparence et les bénéficiaires effectifs des personnes morales et constructions juridiques (www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf)). En outre, il convient de rappeler que, pour mener des activités, les entités économiques doivent généralement disposer de comptes bancaires dont l'ouverture exige de soumettre des numéros fiscaux et autres numéros d'identification, et que les institutions financières demeurent peut-être les parties les plus aptes à prévenir et à combattre le blanchiment d'argent et autres activités illicites. Pour l'examen de ces points par le Groupe de travail, voir paragraphes 27 et 41 du document [A/CN.9/800](#) et paragraphes 47 à 55 du document [A/CN.9/825](#), ainsi que les informations figurant aux par. 26 à 32 du document [A/CN.9/WG.I/WP.82](#) et aux paragraphes 21 et 26 du document [A/CN.9/WG.I/WP.89](#).

⁸⁰ Voir aussi recommandations 25 et 26 relatives à la conservation et à la consultation des informations concernant l'ERL-CNUDCI, ainsi qu'à l'obligation de renseignement.

⁸¹ Le Secrétariat a supprimé le paragraphe 63 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente et unième session ([A/CN.9.963](#), par. 41).

Recommandation 9 : La loi devrait limiter au minimum les informations requises pour la constitution de l'ERL-CNUDCI. Ces informations devraient être les suivantes⁸² :

- a) Le nom de l'ERL-CNUDCI ;
- b) Le domicile de l'ERL-CNUDCI ou, si celle-ci n'a pas d'adresse standard⁸³, son emplacement géographique précis ; et
- c) L'identité de chaque personne qui gère l'ERL-CNUDCI⁸⁴.

C. Organisation de l'ERL-CNUDCI

55. Comme noté précédemment au sujet de la recommandation 1 (voir par. 23, 25 et 26), la liberté contractuelle devrait être le principe directeur pour ce qui est de déterminer l'organisation interne de l'ERL-CNUDCI. Il découle de ce principe que le fonctionnement de cette dernière est régi par la convention de ses membres, à l'exception des cas dans lesquels la loi est impérative et ne saurait être modifiée. Les règles impératives sont celles qui fixent le cadre juridique requis de l'ERL-CNUDCI et assurent la sécurité juridique, ou qui sont nécessaires pour protéger les droits de l'entité elle-même et des tiers traitant avec elle. Les dispositions des règles supplétives énoncées dans le guide législatif ont vocation à combler toute lacune en cas de silence de la convention des membres sur une question non impérative.

56. Pour administrer l'ERL-CNUDCI de façon équitable, efficace et transparente, les membres voudront peut-être régler dans leur convention au minimum les questions suivantes :

- a) L'établissement en temps voulu et la conservation de procès-verbaux des décisions des membres, que celles-ci entrent ou sortent du cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI, et, le cas échéant, la forme de ces documents ;
- b) Toute exigence concernant les réunions des membres, y compris :
 - i) leur fréquence et leur lieu, ainsi que toute limite à ce sujet ;
 - ii) toute exigence concernant la question de savoir qui peut convoquer une telle réunion ;
 - iii) les moyens par lesquels une réunion peut être tenue, y compris la possibilité qu'elle se tienne grâce à des moyens technologiques ou par correspondance ;
 - iv) tout délai de notification requis avant la tenue d'une réunion ;
 - v) la forme de toute notification requise pour une réunion (par exemple si la forme écrite est requise) et les informations qui devraient, le cas échéant, être jointes à la notification (par exemple, les informations financières de l'ERL-CNUDCI) ; et
 - vi) la question de savoir s'il est possible de renoncer à la notification requise et, le cas échéant, sous quelle forme ; et

⁸² Le Secrétariat a modifié le chapeau de la recommandation 9 pour donner suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session (A/CN.9/963, par. 33 et 37).

⁸³ Le Secrétariat a ajouté le membre de phrase « si celle-ci n'a pas d'adresse standard » afin de rendre la recommandation 9 b) plus claire et de l'aligner sur le Guide relatif au registre des entreprises.

⁸⁴ Le Secrétariat a supprimé la recommandation 9 c) figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.112 et a remplacé le mot « nom » par le mot « identité » dans le nouvel alinéa c) (ancien alinéa d)), comme le Groupe de travail en était convenu à sa trente et unième session (A/CN.9/963, par. 41). De plus, il a remplacé le mot « dirigeant » par « personne qui gère l'ERL-CNUDCI », par souci de clarté.

c) Toute décision s'écarter de la règle supplétive voulant qu'un vote à la majorité soit nécessaire pour les décisions prises dans le cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI, et un vote à la majorité qualifiée pour les décisions qui sortent du cours ordinaire des affaires (voir par. 64 ci-dessous et recommandation 12 c))⁸⁵.

57. Selon le guide législatif, la convention des membres peut être écrite ou orale, ou être déduite du comportement. Cette souplesse quant à la forme que peut prendre cette convention tient compte du fait que, pour de nombreuses MPME, il n'y a aucune convention formelle écrite et que, dans ce cas, les membres devraient être en mesure de s'appuyer sur des accords oraux ou découlant du comportement, ainsi que sur les règles supplétives établies dans la législation. Toutefois, les membres pourront avoir tout intérêt à disposer d'une convention écrite, car les accords oraux ou découlant du comportement sont plus difficiles à prouver en cas de litige. Même pour une ERL-CNUDCI unipersonnelle, la convention régira la gouvernance interne de l'entité, et elle peut se présenter sous forme écrite ou être déduite du comportement^{86, 87}.

58. Le guide législatif n'exige pas de rendre publique la convention des membres. Cette mesure protège la vie privée des membres et facilite le fonctionnement de l'ERL-CNUDCI en lui évitant de devoir signaler chaque modification apportée à la convention aux autorités chargées du registre des entreprises. Toutefois, lorsqu'une convention inclut des dispositions modifiant les règles supplétives applicables à l'ERL-CNUDCI, l'entité doit notifier ces changements aux tiers traitant avec elle afin qu'ils leur soient opposables (voir par. 71 et recommandation 15 ci-après)⁸⁸.

Recommandation 10 : La loi devrait prévoir que les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent adopter une convention sous toute forme, c'est-à-dire qu'elle peut se présenter sous forme écrite, orale ou être déduite du comportement. Cette convention peut traiter toute question relative à l'ERL-CNUDCI, à l'exception des questions couvertes par⁸⁹ les règles impératives énoncées dans les recommandations 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 16 a), [15]⁹⁰, 19, 20, 23 c), 25 et 26⁹¹.

[Note à l'intention du Groupe de travail : Le Secrétariat a restructuré la section D ci-dessous pour la rendre plus claire. Cette section commence par énoncer la règle supplétive relative à la gestion de l'ERL-CNUDCI (recommandation 11), puis la règle relative au processus décisionnel dans une entité gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres (recommandation 12). La troisième partie est consacrée

⁸⁵ Le Secrétariat a placé le paragraphe 56 (par. 73 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) dans le commentaire relatif à la recommandation 10 afin d'assurer la cohérence du texte. Par ailleurs, il a revu le paragraphe afin de le rendre plus lisible.

⁸⁶ Afin de préciser le sens du texte, le Secrétariat a revu la formulation du paragraphe 57 ([A/CN.9/WG.I/WP.112](#), par. 65). Toutefois, compte tenu des raisons indiquées dans la note rédigée à l'intention du Groupe de travail qui précède le paragraphe 19, le Secrétariat propose de revoir l'approche suivie dans le présent paragraphe et dans la recommandation 10.

⁸⁷ Une fois qu'il se sera entendu au sujet de la forme de la convention des membres (voir aussi note 86 ci-dessus), le Groupe de travail pourra se demander si une telle convention est nécessaire pour une ERL-CNUDCI unipersonnelle (surtout dans le cas d'une entité dont le membre est aussi le dirigeant) et, le cas échéant, si celle-ci devrait présenter des caractéristiques différentes de la convention exigée pour une entité pluripersonnelle ([A/CN.9/963](#), par. 90).

⁸⁸ Le Secrétariat a ajouté cette dernière phrase au paragraphe pour bien préciser qu'il faut toujours signaler les modifications apportées aux règles supplétives pour qu'elles soient opposables aux tiers.

⁸⁹ Par souci de clarté, le Secrétariat a remplacé le début de la seconde phrase de la recommandation (« Les membres ... dans leur convention ») par la formule « Cette convention ... couvertes par ».

⁹⁰ Le Secrétariat a placé la référence à la recommandation 15 entre crochets pour tenir compte de la suggestion selon laquelle il ne fallait plus la considérer comme étant obligatoire et il faudrait par conséquent l'éliminer de la liste des règles impératives figurant dans la recommandation 10 (voir note 109, *infra*).

⁹¹ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen de la recommandation 10 (recommandation 11 dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1](#)) afin d'être à même de déterminer correctement les recommandations énonçant des règles impératives ([A/CN.9/895](#), par. 58). Voir également *supra*, note de bas de page 30.

à une entité gérée par des dirigeants nommés (recommandations 13 et 14, c'est-à-dire recommandation 15 dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)), et la quatrième aux dispositions que l'on trouve à la fois pour une entité gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres et pour une entité gérée par un dirigeant nommé (recommandations 15 et 16, c'est-à-dire recommandations 14 et 13 dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).]

D. Gestion de l'ERL-CNUDCI

59. La structure de gestion de l'ERL-CNUDCI devrait tenir compte des problèmes qui peuvent apparaître dans des sociétés fermées pluripersonnelles comptant un nombre relativement restreint de membres qui participent activement à la gestion et au fonctionnement de l'entreprise, comme cela sera probablement le cas pour la plupart des ERL-CNUDCI. La nomination d'un dirigeant externe (qui est habituelle dans les entreprises ouvertes) pour gérer l'entité risque d'être inadaptée aux besoins de gouvernance de nombreuses sociétés privées, en particulier à ceux des micro- et petites entreprises. C'est pourquoi la recommandation 11 énonce le principe par défaut selon lequel l'ERL-CNUDCI est exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres.

60. Cette règle supplétive ne conviendra toutefois pas nécessairement aux besoins de toutes les ERL-CNUDCI. Il pourrait par exemple arriver qu'un membre ne soit pas disposé, ou autorisé, à faire office de dirigeant (voir par. 62 ci-dessous)⁹². La recommandation 11 permet par conséquent aux membres d'une ERL-CNUDCI de convenir d'une structure de gestion dans laquelle les membres ne font pas tous office de dirigeant. Dans ce cas, l'entité sera gérée par un dirigeant nommé. On peut envisager d'autres structures de gestion : i) par certains seulement des membres de l'entité ; ii) uniquement par des dirigeants non membres ; iii) par une combinaison de membres et de non-membres de l'entité ; ou iv) par l'ensemble des membres de l'entité plus un ou plusieurs non-membres. Le dirigeant nommé gèrera le cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI, conformément à la recommandation 14.

61. Lorsqu'une ERL-CNUDCI ne compte qu'un seul membre, celui-ci en sera le dirigeant, sauf s'il nomme un dirigeant.

62. Les dirigeants de l'ERL-CNUDCI, que l'entité soit gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres ou par un ou plusieurs dirigeants nommés, doivent répondre aux exigences légales (par exemple, âge minimum, pas d'interdiction) établies dans la législation de l'État en ce qui concerne les personnes exerçant un rôle de gestion. À cet égard, la législation devrait aussi préciser si une personne morale qui a le statut de membre dans une ERL-CNUDCI peut être nommée en tant que dirigeant (voir par. 46 ci-dessus concernant les mesures visant à prévenir l'usage abusif de cette forme d'entité par des personnes morales). En plus des exigences prévues dans la législation de l'État, la convention des membres pourra exiger d'autres qualifications qu'un dirigeant de l'entité doit présenter⁹³.

⁹² Le Groupe de travail voudra peut-être prévoir une règle supplétive supplémentaire pour les cas où les membres ne sont pas tous légalement autorisés à faire office de dirigeant, car la recommandation 11 b) s'applique uniquement, dans sa forme actuelle, aux modifications à la règle par défaut convenues par les parties.

⁹³ Le Secrétariat a reformulé le commentaire relatif à la recommandation 11 pour tenir compte des modifications apportées à celle-ci. De plus, conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session, il a ajouté un nouveau paragraphe (par. 62) précisant la manière d'établir les exigences à satisfaire pour exercer la fonction de dirigeant ([A/CN.9/963](#), par. 47).

Recommandation 11 : La loi devrait prévoir que :

- a) L'ERL-CNUDCI est gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres, sauf si [la convention des membres] en dispose autrement⁹⁴ ; et
- b) Les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent convenir dans leur [convention] de nommer un ou plusieurs dirigeant(s)⁹⁵.

1. Cas où l'ERL-CNUDCI est gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres

63. Lorsque l'ERL-CNUDCI est gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres, ceux-ci ont des droits de gestion et de décision conjoints et égaux, sauf s'ils en conviennent autrement dans leur convention⁹⁶.

64. En outre, sauf convention contraire, les différends qui peuvent surgir entre les membres dans le cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI seront tranchés à la majorité de ses membres, et les décisions qui sortent de ce cours ordinaire devront être approuvées par la [majorité qualifiée] de ses membres. Parmi les décisions qui sortent du cours normal des affaires, on comptera, au minimum, celles qui ont trait à la dissolution et à la liquidation de l'ERL-CNUDCI, à un changement de forme commerciale ou au passage d'une structure gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres à une structure gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés, ou inversement (voir recommandations 22 à 24 concernant les décisions portant sur des questions qui sortent du cours normal des affaires). À cet égard, on notera qu'il faudrait, pour relever un membre de ses obligations en matière de gestion dans une ERL-CNUDCI gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres, exiger la [majorité qualifiée], car une telle décision modifierait la structure de gestion de l'entité, même si elle n'a pas d'incidence sur la part du membre concerné dans l'ERL-CNUDCI⁹⁷. La recommandation 12 énonce la règle supplétive applicable aux décisions prises par les membres au sujet de questions survenant dans le cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI.

⁹⁴ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu que le terme « convention des membres », tel qu'il avait été retenu de manière générale dans la recommandation 11, devrait être placé entre crochets, en attendant qu'il s'accorde sur le point de savoir s'il conviendrait d'utiliser ce terme, ou le terme « document constitutif ». Le Secrétariat a effectué cette modification et repéré d'autres cas similaires, afin que le Groupe de travail les examine (voir la note précédant le par. 19). De plus, le Groupe de travail est convenu : a) de déterminer, s'il convenait d'utiliser le terme « convention des membres », s'il faudrait prévoir que cette convention devrait être enregistrée ; et b) de revoir la définition du terme « convention des membres » de manière plus générale (A/CN.9/963, par. 45).

⁹⁵ Selon le terme qu'il retiendra (convention des membres ou document constitutif), le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer l'alinéa b) de la recommandation 11. Le Secrétariat proposerait alors de reformuler la recommandation 11 comme suit : « L'ERL-CNUDCI est gérée par l'ensemble de ses membres, à moins que la [convention des membres] n'indique une structure de gestion différente ».

⁹⁶ Le Secrétariat a supprimé la dernière phrase du paragraphe 63 (par. 71 du document A/CN.9/WG.I/WP.112) pour tenir compte de la nouvelle formulation de la recommandation 12.

⁹⁷ Le Secrétariat suggère d'inclure les deux dernières phrases (« À cet égard ... de l'ERL-CNUDCI ») pour répondre aux préoccupations exprimées par le Groupe de travail à sa trente et unième session s'agissant de savoir ce qui se passerait en cas de révocation d'un membre-dirigeant dans une entité gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres (A/CN.9/963, par. 71).

Recommandation 12 : La loi devrait prévoir que, pour une ERL-CNUDCI exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres et sauf disposition contraire de la convention des membres :

- a) Les membres de l'ERL-CNUDCI ont des droits de décision conjoints et égaux pour les questions touchant aux activités et aux affaires de l'entité ;**
- b) Les divergences apparaissant entre les membres au sujet de questions qui entrent dans le cours normal des activités et des affaires de l'ERL-CNUDCI sont résolues par une décision [prise à la majorité] des membres ; et**
- c) Les divergences apparaissant entre les membres au sujet de questions qui sortent du cours normal des affaires sont résolues [à la majorité qualifiée]⁹⁸.**

2. Cas où l'ERL-CNUDCI est gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés

65. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 59 à 62), les membres d'une ERL-CNUDCI peuvent convenir d'une structure de gestion qui diffère de la règle supplétive contenue dans la recommandation 11 a). Lorsque les membres conviennent d'une structure de gestion différente, leur convention devrait prévoir des règles concernant la nomination et la révocation d'un dirigeant nommé. En l'absence de telles règles⁹⁹, la recommandation 13 prévoit que les décisions de ce type devraient être prises à la majorité des membres.

66. Si un dirigeant nommé¹⁰⁰ devenait indisponible (décès ou autre), les membres pourraient être tenus¹⁰¹ d'en nommer un autre conformément aux termes de leur convention, et de communiquer l'identité du nouveau dirigeant conformément à la recommandation 9 c). Il pourrait être important de nommer un nouveau dirigeant pour assurer la continuité de la gestion de l'entité au quotidien¹⁰².

⁹⁸ À sa trente et unième session, le Groupe de travail a examiné différentes propositions concernant le fond de la recommandation 12, et il est convenu de réexaminer celles-ci à sa session suivante (voir par. 48 à 69 et annexe du document [A/CN.9/963](#)). Tout en tenant compte de l'approche proposée, le Secrétariat suggère une version modifiée de la recommandation fondée sur les versions précédentes du présent document de travail, en vue de son examen par le Groupe de travail. Il se rappelle aussi qu'à la trente et unième session du Groupe de travail, l'avis avait été exprimé que la recommandation 12 devrait préciser les types de questions qui exigeraient une [majorité qualifiée] ([A/CN.9/963](#), par. 61). Il recommande toutefois une approche différente, afin d'éviter les doubles emplois avec les recommandations 22 à 24, qui fournissent une liste de questions sortant du cours normal des affaires, et pour tenir compte du fait que la liste contenue au paragraphe 64 n'est pas exhaustive et pourrait être complétée ultérieurement par le Groupe de travail ([A/CN.9/895](#), par. 63).

⁹⁹ Le Secrétariat a remplacé les mots « d'une telle convention » par les mots « de telles règles », pour tenir compte d'une proposition faite par le Groupe de travail à sa trente et unième session ([A/CN.9/963](#), par. 75).

¹⁰⁰ Le Secrétariat a remplacé, dans l'ensemble du texte, la notion de « gestion par des dirigeants » par le terme « dirigeant nommé », qu'il a défini.

¹⁰¹ Le Secrétariat a remplacé les mots « seraient tenus » par les mots « pourraient être tenus », pour tenir compte d'une proposition faite par le Groupe de travail à sa trente et unième session ([A/CN.9/963](#), par. 75).

¹⁰² Le Secrétariat a remplacé le membre de phrase « que le document constitutif... valablement modifié » figurant au paragraphe 65 (par. 83 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par le libellé actuel, pour tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session, selon laquelle le commentaire ne devrait pas examiner la question du droit d'un dirigeant de modifier le document constitutif ([A/CN.9/963](#), par. 34 et 41).

Recommandation 13 : La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de la convention des membres, un ou plusieurs dirigeants peuvent être nommés¹⁰³ et révoqués par une décision prise à la majorité des membres¹⁰⁴.

67. Même lorsque les membres d'une ERL-CNUDCI nomment un ou plusieurs dirigeants pour gérer et contrôler les activités, ils conservent le pouvoir de prendre certaines décisions, notamment celles énumérées dans les recommandations 22 à 24. Habituellement, les questions qui sortent du cours normal des affaires de l'entité seront tranchées par les membres (voir par. 64 ci-avant), tandis que les décisions sur les autres points seront prises par le(s) dirigeant(s) nommé(s), sauf disposition contraire de la convention des membres. Pour faciliter le fonctionnement de l'ERL-CNUDCI, il serait souhaitable que la convention des membres précise les questions qu'il appartient à ceux-ci de trancher. Lorsque la convention ne dit rien à ce sujet, c'est la règle supplétive énoncée dans la recommandation 14 a) qui s'appliquera.

68. Il serait aussi souhaitable que la convention précise la manière dont les divergences apparaissant entre les dirigeants au sujet de questions de leur ressort devraient être résolues. En l'absence de telles règles, la recommandation 14 b) précise que celles-ci devraient être tranchées à la majorité des dirigeants¹⁰⁵.

Recommandation 14 : La loi devrait prévoir que dans une ERL-CNUDCI gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés :

a) Les dirigeants sont responsables de toutes les questions qu'il n'appartient pas aux membres de l'entité de trancher conformément [à la présente loi ou] à leur convention ; et

b) Les divergences entre les dirigeants devraient être résolues par une décision [prise à la majorité] des dirigeants, sauf disposition contraire de la convention des membres¹⁰⁶.

[Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant, dans le commentaire relatif à la sous-partie 3, la manière dont l'ERL-CNUDCI pourrait dûment informer les tiers des éventuelles restrictions au pouvoir des dirigeants, et déterminer s'il pourrait être souhaitable de prévoir une recommandation ad hoc.]

3. Dispositions applicables à l'ensemble des dirigeants, indépendamment de la structure de gestion de l'ERL-CNUDCI

69. Indépendamment de savoir si une ERL-CNUDCI est gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres ou par un ou plusieurs dirigeants nommés, le guide législatif applique certaines dispositions, comme le pouvoir d'agir au nom de l'entité

¹⁰³ Le Secrétariat a remplacé le mot « élus » par le mot « nommés », pour tenir compte d'une proposition faite par le Groupe de travail à sa trente et unième session (A/CN.9/963, par. 75).

¹⁰⁴ Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une décision au titre de la recommandation 13 devrait être prise à la majorité en nombre ou en parts.

¹⁰⁵ Le Secrétariat a introduit les paragraphes 67 et 68 pour appuyer la nouvelle recommandation 14.

¹⁰⁶ Pour donner suite aux délibérations menées par le Groupe de travail à sa trente et unième session, le Secrétariat a ajouté une nouvelle recommandation (recommandation 14), qui traite du cas où l'ERL-CNUDCI est gérée par des dirigeants nommés. Dans cette nouvelle recommandation, il a suivi le principe selon lequel les membres conservent le pouvoir de trancher certaines questions extraordinaires, et il a appliqué, dans le reste de la recommandation, le principe de la liberté contractuelle, qui constitue le fondement du présent guide. Cette approche permet de mettre en exergue les droits décisionnels des membres, tout en laissant aux dirigeants le pouvoir de décider de la gestion au quotidien (A/CN.9/963, par. 62 à 64). Pour les raisons mentionnées dans la note 30 ci-avant, les mots « à la présente loi ou » ont été placés entre crochets.

et les obligations fiduciaires, à l'ensemble des dirigeants. Cette approche est traduite dans les recommandations 15 et 16.

70. Chaque dirigeant de l'ERL-CNUDCI a le pouvoir d'agir au nom de l'entité et de l'engager juridiquement. Dans leur convention, les membres peuvent s'accorder pour limiter le pouvoir de chaque dirigeant¹⁰⁷ d'engager l'entité (par exemple, seulement jusqu'à un certain plafond monétaire) ou pour modifier la règle applicable par défaut selon laquelle chaque dirigeant a le pouvoir d'engager juridiquement l'entité. Ces modifications des règles supplétives produiront des effets entre les membres de l'ERL-CNUDCI.

71. Toutefois, les limitations ou modifications de ce pouvoir ne produiront pas d'effet à l'égard des tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI, à moins que ceux-ci n'en aient été informés. Si les tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI n'ont pas été informés d'une limitation apportée au pouvoir d'un dirigeant dans la convention des membres, l'entité sera liée par toute décision prise par ce dirigeant, indépendamment de la question de savoir si cette décision excède le pouvoir du dirigeant tel qu'il est limité par la convention.

Recommandation 15 : La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de la convention des membres, chaque dirigeant a le pouvoir, à titre individuel, d'engager l'ERL-CNUDCI. Les limitations à ce pouvoir ne produisent pas d'effet à l'égard des tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI¹⁰⁸ qui n'en ont pas dûment été informés¹⁰⁹.

72. Le pouvoir de représenter et d'engager l'ERL-CNUDCI doit s'inscrire dans le cadre de normes générales en matière de comportement qui réduisent le risque de voir des dirigeants agir de façon opportuniste, tout en les encourageant à agir dans l'intérêt de l'ERL-CNUDCI et, indirectement, de ses membres. Les obligations fiduciaires visent à prémunir l'entité contre les actes de dirigeants ou d'autres membres qui privilégieraient leur intérêt personnel et auraient un comportement gravement négligent¹¹⁰. Elles peuvent être réparties comme suit : a) le devoir de diligence ; b) le devoir de loyauté, y compris l'obligation de s'abstenir de tout abus de pouvoir, de toute utilisation d'actifs sociaux à des fins personnelles, de toute usurpation d'opportunités économiques et de toute concurrence avec l'ERL-CNUDCI ; c) l'obligation de communiquer les informations à tous les membres de l'ERL-CNUDCI¹¹¹ ; et d) l'obligation d'agir de bonne foi et équitablement. Si le guide législatif ne s'inspire d'aucune tradition juridique particulière, la prise en compte de ces obligations tend à être une constante du droit des sociétés ; on trouve par exemple

¹⁰⁷ Le Secrétariat a remplacé les mots « dans laquelle ... l'entité », qui figuraient au paragraphe 80 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), par les mots « le pouvoir de chaque dirigeant », afin de rendre le texte plus clair.

¹⁰⁸ Conformément aux propositions formulées à la trente et unième session du Groupe de travail, le Secrétariat a supprimé la formule « dans le cours normal de ses affaires » qui figurait après les mots « traitant avec l'ERL-CNUDCI » (voir annexe du document [A/CN.9/963](#)), ainsi que dans le commentaire y relatif.

¹⁰⁹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la manière dont l'ERL-CNUDCI pourrait dûment informer les tiers. Étant donné que le commentaire de la recommandation 15 permet aux membres de l'ERL-CNUDCI de s'écarter de la règle supplétive, le Secrétariat a ajouté l'expression « sauf disposition contraire de la convention des membres » dans le libellé de la recommandation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être retirer la recommandation 15 de la liste des règles impératives lorsqu'il examinera la recommandation 10. Voir également *supra*, note de bas de page 90.

¹¹⁰ Le Secrétariat a placé ici la phrase « Les obligations fiduciaires ... négligent », qui figurait avant au paragraphe 73 (par. 75 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).

¹¹¹ Pour plus de détails sur l'obligation de communiquer des informations, voir par. 111 et recommandation 25 du présent texte.

ces obligations dans de nombreuses formes simplifiées d'entreprise qui ont résulté des réformes entreprises par des États dans ce domaine¹¹².

73. Les allégations de manquement aux obligations fiduciaires ne sauraient servir à soumettre a posteriori à la critique le jugement de dirigeants qui, dans l'exercice de leurs fonctions officielles, prennent une décision de bonne foi qu'ils estiment être dans l'intérêt supérieur de l'ERL-CNUDCI.

74. La règle fixant les obligations des dirigeants énoncée dans la recommandation 16 a) est impérative et ne peut pas être modifiée ou supprimée par convention. Aucun accord interne ne saurait supprimer ou limiter la responsabilité d'un dirigeant : a) pour des actes ou omissions commis de mauvaise foi ou découlant d'une faute intentionnelle ou d'une violation délibérée de la loi ; ou b) pour toute transaction dont le dirigeant tire un intérêt personnel indu.

75. Les membres pourraient toutefois convenir d'insérer dans leur convention une disposition prévoyant qu'ils ne se doivent mutuellement aucune obligation fiduciaire¹¹³. De même, ils pourraient décider entre eux de répartir la responsabilité de telle ou telle manière ou de renoncer à la protection offerte par la responsabilité limitée¹¹⁴. Ils peuvent également convenir qu'un dirigeant doit respecter une norme plus stricte que celle prévue dans la recommandation 16 a).

76. Enfin, les membres peuvent préciser dans leur convention que les dirigeants peuvent exercer certaines activités qui ne constituent pas un manquement aux obligations prévues dans le projet de recommandation 16 a)¹¹⁵. Le fait de conférer aux membres une telle liberté contractuelle pourrait être utile dans le cadre de l'ERL-CNUDCI, car cela leur permettrait de s'écarter du cadre juridique normatif relatif aux sociétés, qui n'est peut-être pas indispensable dans leur cas, tout en maintenant la protection voulue pour l'entité, ses membres et les tiers traitant avec elle¹¹⁶.

77. Les plaintes contre des dirigeants ou des membres qui auraient manqué à leurs obligations fiduciaires peuvent être portées directement devant un tribunal ou traitées selon un mode alternatif de règlement des litiges (voir recommandation 27). Habituellement, ce sera l'ERL-CNUDCI elle-même, plutôt que l'un de ses membres, qui aura un motif d'action pour manquement à une obligation fiduciaire de la part d'un membre ou d'un dirigeant. Par ailleurs, c'est généralement au dirigeant que reviendra la responsabilité d'intenter une action au nom de l'ERL-CNUDCI. Toutefois, dans le cas où un dirigeant a manqué à sa propre obligation fiduciaire, un membre devrait avoir le droit d'intenter une action *ut singuli* au nom de l'entité. Ce

¹¹² À sa vingt-huitième session, le Groupe est convenu de continuer à utiliser le terme « obligation fiduciaire » dans le guide législatif, mais a suggéré de noter dans le texte que son utilisation ne visait pas à importer certains aspects législatifs d'une tradition juridique dans une autre (A/CN.9/900, par. 147).

¹¹³ Voir *infra*, note de bas de page 119.

¹¹⁴ À sa vingt-septième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure une référence à la répartition de la responsabilité et d'envisager l'ajout d'une référence au renoncement complet à la protection offerte par la responsabilité limitée (A/CN.9/895, par. 36).

¹¹⁵ Des solutions analogues sont retenues dans divers textes législatifs relatifs aux obligations fiduciaires. Par exemple, la loi uniforme révisée des États-Unis sur la société à responsabilité limitée (Revised Uniform Limited Liability Company Act) (2006) précise la capacité des membres à définir et limiter les obligations de loyauté et de diligence dont ils sont tenus de s'acquitter, mutuellement et envers l'entité économique. Voir également l'article 102 b) 7) de la loi générale du Delaware sur les sociétés (Delaware General Corporation Law), qui autorise les membres à limiter l'obligation de diligence en convenant de supprimer ou de limiter la responsabilité personnelle d'un dirigeant envers l'entité commerciale ou ses membres dans ce type de cas.

¹¹⁶ Par souci de clarté, le Secrétariat a légèrement modifié le commentaire qui figurait dans cette partie (par. 12 à 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1).

faisant, le membre en question doit représenter de manière équitable et appropriée les autres membres qui se trouvent dans la même situation¹¹⁷.

Recommandation 16 : La loi devrait prévoir que :

a) Le ou les dirigeants d'une ERL-CNUDCI doivent s'acquitter : i) d'une obligation de diligence ; ii) d'une obligation de loyauté ; iii) d'une obligation de communiquer les informations à tous les membres de l'entité¹¹⁸ ; et iv) d'une obligation d'agir de bonne foi et équitablement ; et

b) Sauf disposition contraire de la convention des membres, les obligations fiduciaires s'appliquent également aux membres de l'ERL-CNUDCI^{119, 120}.

[Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'examiner plus avant, dans la partie E, la question de la séparation entre les biens personnels et les actifs de l'entreprise pour ce qui est des contributions versées à une ERL-CNUDCI unipersonnelle (A/CN.9/963, par. 90). Il voudra peut-être aussi envisager d'inclure, dans le guide législatif, une règle pratique concernant l'évaluation non monétaire, pour aider les membres à déterminer la valeur de contributions qui n'ont pas été versées en espèces.]

E. Parts et contributions des membres à l'ERL-CNUDCI¹²¹

78. L'ERL-CNUDCI n'étant pas tenue de disposer d'un capital social lors de son enregistrement, il n'est pas nécessaire que les membres lui versent des contributions pour qu'elle existe¹²². Ceux-ci peuvent choisir d'exiger des contributions dans leur convention et établir la contribution que chaque membre apportera à l'ERL-CNUDCI. Dans ce domaine, la législation devrait offrir aux membres un maximum de souplesse pour décider du montant et du type de contributions qu'ils conviennent de verser à l'ERL-CNUDCI, ainsi que du moment où il convient de les verser. Ils devraient notamment pouvoir décider que les membres ne sont pas tenus de verser une contribution à l'entité pour en devenir membre¹²³.

¹¹⁷ À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure dans le commentaire un paragraphe sur l'exécution des obligations fiduciaires, qui devrait traiter de la manière dont on pourrait poursuivre individuellement ou collectivement les dirigeants en cas de manquement ou recourir à un mode alternatif de règlement des litiges (A/CN.9/900, par. 149).

¹¹⁸ Le Groupe de travail voudra peut-être décider s'il est nécessaire de faire référence, dans le libellé de la recommandation, à l'obligation de communiquer les informations, et, le cas échéant, déterminer dans quelle mesure il convient d'examiner la question, s'agissant notamment de savoir s'il convient de préciser la nature des informations devant être communiquées, les délais de communication et les éventuelles exceptions aux exigences.

¹¹⁹ À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'un changement d'approche concernant les obligations fiduciaires, qui, au lieu de faire l'objet d'une « acceptation expresse », seraient dues à tous les autres membres, sauf convention contraire (A/CN.9/900, par. 147). Le Secrétariat a modifié le commentaire et la recommandation en conséquence. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si la recommandation devrait prévoir une cause d'action en justice, notamment en ce qui concerne les actions *ut singuli*.

¹²⁰ Pour donner suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session (A/CN.9/900, par. 151), le Secrétariat a reformulé la recommandation 16 (recommandation 13 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.112) pour y inclure les obligations fiduciaires que les dirigeants d'ERL-CNUDCI doivent à l'entité et à ses membres.

¹²¹ Le Secrétariat a modifié l'intitulé de ce chapitre afin de l'aligner sur le commentaire et la recommandation 17 révisés.

¹²² Le Secrétariat a supprimé la dernière phrase (« Elle ne doit pas ... de ses activités ») de ce paragraphe (par. 87 du document A/CN.9/WG.I/WP.112), pour donner suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session (A/CN.9/963, par. 79).

¹²³ Le Secrétariat a ajouté les phrases « Ceux-ci peuvent ... en devenir membre » à ce paragraphe pour souligner qu'il ne sera pas toujours nécessaire de verser une contribution à l'entité pour en devenir membre (A/CN.9/963, par. 79).

79. Lorsqu'ils préciseront dans leur convention les types de contributions susceptibles d'être apportées, les membres de l'ERL-CNUDCI voudront peut-être envisager les biens corporels et incorporels, ainsi que d'autres apports, y compris en numéraire, en industrie, en billets à ordre, en autres accords contraignants relatifs à des contributions en numéraire ou en nature, et en contrats de services à rendre. Bien qu'une souplesse maximale soit encouragée en ce qui concerne les contributions, d'autres lois de l'État adoptant peuvent limiter, dans certains cas, les types d'apports possibles. Par exemple, certains États interdisent les apports en industrie à titre de contribution à la constitution d'une entreprise. Ce genre de limitations devraient être précisées dans la loi élaborée à partir du présent guide législatif¹²⁴.

80. Il devrait appartenir aux membres de l'ERL-CNUDCI de déterminer la valeur de chaque contribution, car ils sont les mieux placés pour ce faire. S'ils souhaitent inclure des obligations réciproques en ce qui concerne la valeur précise de leur contribution, ils pourront le prévoir dans leur convention. Tout autre mécanisme (audit ou autre méthode d'évaluation externe) risque de représenter une charge trop lourde pour des MPME. Il est recommandé que l'ERL-CNUDCI consigne (voir aussi recommandations 25 et 26 ci-dessous) le montant, le type et la date de la contribution de chaque membre, afin de garantir le respect des droits de chacun.

81. Lorsque les membres ont déterminé les valeurs respectives de leurs contributions dans leur convention, la recommandation 17 prévoit, par défaut, que la part de chaque membre dans l'ERL-CNUDCI sera déterminée en fonction de ces valeurs respectives¹²⁵.

82. Dans les cas où les membres conviennent de verser des contributions à l'ERL-CNUDCI, mais sans s'entendre sur la valeur de celles-ci¹²⁶, la recommandation 17 prévoit que les contributions apportées par chaque membre devraient être considérées comme égales.

83. Par conséquent, la recommandation 17 prévoit une règle supplétive dans ces cas, selon laquelle les parts des membres dans une ERL-CNUDCI devraient aussi être considérées comme égales. Toutefois, compte tenu du principe de la « liberté contractuelle » qui régit le guide législatif, les membres devraient pouvoir décider entre eux, dans leur convention, de leur participation dans l'entité. Ils devraient aussi pouvoir décider de structures de propriété plus complexes dans leur convention¹²⁷.

¹²⁴ Le Secrétariat a déplacé le paragraphe 79 (par. 89 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) pour tenir compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session tendant à mieux illustrer la question des contributions non monétaires ([A/CN.9/963](#), par. 80).

¹²⁵ Le Secrétariat a ajouté une phrase pour indiquer que la part d'un membre dans l'ERL-CNUDCI devrait être proportionnelle à la contribution qu'il a versée à l'entité, comme le Groupe de travail en était convenu à sa trente et unième session ([A/CN.9/963](#), par. 81).

¹²⁶ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot « montant » (par. 88 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) par le mot « valeur », au paragraphe 82, car ce dernier ne donne pas à entendre que les contributions doivent nécessairement être versées en espèces ([A/CN.9/963](#), par. 80).

¹²⁷ Le Groupe de travail est convenu, à sa trente et unième session, que compte tenu de la portée de la recommandation 17 (recommandation 16 dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)), il était inutile de mentionner les « catégories et types de membres », référence jugée trop complexe. Le Secrétariat a par conséquent supprimé le membre de phrase « y compris... ces différentes catégories » ([A/CN.9/963](#), par. 78).

Recommandation 17 : La loi devrait prévoir que :

a) Les membres de l'ERL-CNUDCI sont autorisés à convenir des contributions à apporter à celle-ci, le cas échéant, y compris du type et de la valeur de ces contributions, et du moment où elles sont apportées. En l'absence d'un tel accord, les contributions apportées à l'ERL-CNUDCI sont considérées comme égales pour tous les membres ;

b) Sauf disposition contraire de la convention des membres, la part des membres dans l'ERL-CNUDCI est déterminée en fonction de la valeur convenue de leur contribution ; et

c) Lorsque les membres ne sont pas convenus de la valeur de leur contribution, les contributions sont considérées comme égales, et les membres détiennent des parts égales de l'entité, sauf disposition contraire de leur convention¹²⁸.

F. Distributions

84. Conformément à l'approche générale retenue par défaut pour l'ERL-CNUDCI, le guide législatif prévoit que les membres ont des parts égales non seulement de l'entité, mais aussi des distributions qu'elle fera, sauf disposition contraire de leur convention.

85. Les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent également convenir du type de distributions (par exemple, en numéraire ou en parts de l'entité) et du moment où celles-ci seront effectuées. Il est recommandé aux États qui n'autorisent pas les distributions non monétaires de préciser ces restrictions dans la loi sur l'ERL-CNUDCI.

Recommandation 18 : La loi devrait prévoir que les distributions sont versées aux membres en fonction de leur part respective dans l'ERL-CNUDCI, telle qu'indiquée dans la convention des membres. Lorsque les parts respectives des membres de l'ERL-CNUDCI ne sont pas ainsi indiquées, toute distribution versée par l'entité est répartie également entre ses membres.

86. Bien que le montant, le type et le calendrier des distributions puissent être convenus par décision des membres¹²⁹, le guide législatif comprend des dispositions impératives en la matière qui visent à protéger les tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI. Ainsi, les membres de l'entité ne peuvent pas déroger par convention à la règle interdisant le versement de distributions en violation du critère de la cessation des paiements¹³⁰ prévu dans la recommandation 19 a), ou du critère du bilan prévu dans la recommandation 19 b). Selon le critère de la cessation des paiements, l'ERL-CNUDCI doit toujours être en mesure de s'acquitter de ses dettes après la distribution, tandis que selon le critère du bilan, les distributions ne peuvent être versées que si les actifs restants de l'entité dépassent le montant total de son passif.

87. Cette règle impérative, conjuguée à la disposition relative à la récupération énoncée dans la recommandation 20, vise à protéger les tiers et les créanciers traitant

¹²⁸ À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu de revoir les recommandations 16 et 17 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#), et de les regrouper en une seule recommandation. Le Secrétariat a effectué ce changement, tout en apportant les ajustements rédactionnels nécessaires ([A/CN.9/963](#), par. 88).

¹²⁹ Compte tenu de l'approche suivie dans la recommandation 17, le Secrétariat recommande de déterminer lorsque les décisions exigent la majorité en nombre ou en parts.

¹³⁰ Le Secrétariat a remplacé le terme « test d'insolvabilité » par le terme « critère de la cessation des paiements », afin de s'aligner sur la terminologie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chapitre I, section B de ce guide).

avec l'ERL-CNUDCI contre la dispersion des actifs de l'entité causée par le versement de distributions abusives à ses membres.

88. Dans la plupart des cas, l'ERL-CNUDCI sera gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres. Par conséquent, l'obligation faite à chacun d'entre eux de restituer le montant de toute distribution abusive, comme le prévoit la recommandation 20, devrait être suffisamment dissuasive dans ce cas de figure¹³¹. Lorsque l'ERL-CNUDCI est gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés, les obligations prévues dans le projet de recommandation 16 a), conjuguées aux dispositions des recommandations 19 et 20, devraient suffire pour engager la responsabilité de dirigeants procédant à des distributions abusives.

Recommandation 19 : La loi devrait interdire le versement de distributions à un membre si, après qu'il y soit procédé :

- a) **L'ERL-CNUDCI ne serait plus en mesure de payer ses dettes venant à échéance dans le cours normal de ses affaires ; ou**
- b) **Le total de l'actif de l'ERL-CNUDCI serait inférieur à celui de son passif.**

89. Conformément à la règle relative aux distributions abusives énoncée dans la recommandation 19, la recommandation 20 constitue une disposition de fond selon laquelle le montant d'une distribution de ce type, ou toute partie indue de celle-ci, peut être repris à chaque membre. Une telle règle vise à la fois à protéger les tiers qui traitent avec l'ERL-CNUDCI, et à dissuader les membres d'accepter des distributions abusives qui risquent de rendre l'entité insolvable¹³².

90. Il convient de noter que le paiement par l'ERL-CNUDCI d'indemnités raisonnables pour services rendus ou le remboursement d'une dette contractée de bonne foi auprès d'un membre ne devraient pas être considérés comme des distributions, et en conséquence ne relèvent pas de la disposition relative à la récupération énoncée dans la recommandation 20.

91. En outre, comme on l'a noté au paragraphe 88 ci-dessus, les dirigeants qui versent des distributions en violation de l'un des critères indiqués dans la recommandation 19 pourraient également être tenus responsables envers l'ERL-CNUDCI.

Recommandation 20 : La loi devrait prévoir que chaque membre qui a reçu une distribution, ou une partie d'une distribution, versée en violation de la recommandation 19 est tenu d'en rembourser le montant à l'ERL-CNUDCI¹³³.

G. Transfert de droits

92. Étant donné que la forme juridique de l'ERL-CNUDCI sera principalement utilisée par des MPME, les membres accorderont vraisemblablement beaucoup d'importance à la composition de l'entité, comme c'est souvent le cas dans les petites entreprises (voir par. 59 ci-dessus), et s'opposeront à ce que la part d'un membre soit

¹³¹ Par souci de cohérence, le Secrétariat a supprimé la référence à l'absence de disposition particulière engageant la responsabilité des dirigeants procédant à des distributions abusives, qui figurait au paragraphe 32 du document [A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1](#).

¹³² Le Secrétariat a supprimé les mots « ou le passif supérieur à l'actif », pour éviter la redondance avec le terme « insolvable ». Voir la définition de l'insolvabilité dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

¹³³ Le Secrétariat a modifié le texte et le commentaire des recommandations 19 et 20 (recommandations 20 et 21 dans le document [A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1](#)), afin de préciser qu'un membre n'est pas redevable de l'intégralité de la distribution s'il n'en a reçu qu'une partie, ni si une partie seulement de celle-ci a été versée en violation de la recommandation 19.

transférée sans l'accord des autres membres. En outre, il n'existera peut-être pas de marché établi pour négocier le transfert de parts d'une ERL-CNUDCI.

93. La part d'un membre dans une ERL-CNUDCI lui confère deux types de droits : les droits financiers (partager les profits et les pertes de l'entité et percevoir des distributions) et les droits décisionnels (participer à la gestion et au contrôle de l'entité)¹³⁴. La règle supplétive établie pour la plupart des aspects intéressant l'ERL-CNUDCI dans le guide législatif prévoit l'égalité des droits des membres.

94. Conformément à cette approche générale, la règle supplétive énoncée dans le guide permet aux membres de l'ERL-CNUDCI de transférer leurs droits financiers, à moins qu'ils n'en aient disposé autrement dans leur convention. De plus, compte tenu de la nature de l'ERL-CNUDCI, la règle applicable par défaut au transfert des droits décisionnels veut que les membres ne puissent pas les transférer, à moins qu'ils n'en aient disposé autrement dans leur convention. Cette dernière règle rend l'idée selon laquelle, compte tenu des caractéristiques particulières de l'ERL-CNUDCI, les membres qui ne cherchent pas à transférer leurs droits doivent approuver toute modification touchant la gestion et le contrôle de l'entité. Les règles ci-dessus sont reprises dans la recommandation 21.

95. En cas de décès du membre unique d'une ERL-CNUDCI, des problèmes pourraient naître du fait que les droits financiers de ce membre sont susceptibles d'être transférés, mais pas ses droits de gouvernance. La convention des membres devrait comprendre des dispositions adéquates à appliquer dans ce cas de figure¹³⁵.

Recommandation 21 : La loi devrait prévoir que les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent transférer leurs droits financiers, mais non leurs droits décisionnels, sauf disposition contraire de leur convention¹³⁶.

[Note à l'intention du Groupe de travail : Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de rendre impératives les recommandations 22 à 24 et, le cas échéant, souhaitera peut-être inclure des dispositions permettant aux parties de s'en écarter par convention, tout en notant que dans l'ensemble du guide législatif, ces questions sont considérées comme sortant du cours normal des affaires.]

De plus, il voudra peut-être envisager, dans le cadre des discussions relatives à la séparation ou au retrait, des dispositions spécifiques sur l'expulsion d'un membre.

Enfin, il voudra peut-être se demander s'il faudrait examiner les questions de la dissolution et de la liquidation séparément pour les entités unipersonnelles et pour les formes plus complexes d'ERL-CNUDCI (A/CN.9/963, par. 90).]

H. Restructuration ou transformation

96. Comme on l'a noté ci-dessus (par. 44) au sujet de la recommandation 7, le guide législatif a pour objet de permettre à une ERL-CNUDCI de passer d'une très petite entreprise à une entité pluripersonnelle plus complexe, et éventuellement de changer de forme juridique. Cet objectif est traduit dans la recommandation 22, qui autorise

¹³⁴ Le Secrétariat a éliminé le membre de phrase « y compris les droits fiduciaires et les droits à l'information » du paragraphe 93 (par. 100 du document A/CN.9/WG.I/WP.112), en attendant que le Groupe de travail examine la question de la classification des droits décisionnels et financiers.

¹³⁵ Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de prévoir, dans le guide législatif, une règle supplétive applicable en pareil cas. Voir également *supra*, notes de bas de page 59 et 64.

¹³⁶ Afin de rendre cette recommandation plus claire (recommandation 22 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1), le Secrétariat a : a) remplacé le terme « droits non financiers » par le terme « droits décisionnels » ; b) supprimé les mots « dans l'ERL-CNUDCI » suivant les mots « droits décisionnels » ; et c) remplacé la phrase « Les membres ... modifier cette règle. », qui figurait dans la recommandation 22 du document A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1, par le membre de phrase « sauf disposition contraire de leur convention ».

les membres de l'ERL-CNUDCI à convenir de la restructurer ou d'en changer la forme juridique.

97. Par ailleurs, comme il est noté au paragraphe 64 ci-dessus au sujet de la recommandation 12, une décision sur la restructuration ou la transformation de l'ERL-CNUDCI sortirait du cours normal des affaires, et devrait en conséquence être prise [à la majorité qualifiée], sauf disposition contraire de la convention des membres.

98. L'État dans lequel l'ERL-CNUDCI serait restructurée ou transformée pour prendre une autre forme juridique voudra peut-être s'assurer que des mesures suffisantes sont en place pour préserver les tiers traitant avec l'entité de tout effet préjudiciable à leurs droits qui pourrait découler de la restructuration ou de la transformation de celle-ci. De telles mesures peuvent être déjà prévues dans une autre loi régissant les changements de forme juridique : il peut s'agir, par exemple, de délais de notification, d'exigences de publication ou de règles relatives au transfert des droits de tiers à la nouvelle forme juridique¹³⁷.

Recommandation 22 : La loi devrait prévoir que les membres d'une ERL-CNUDCI peuvent convenir[, à la majorité qualifiée,] de la restructurer ou d'en changer la forme juridique¹³⁸.

I. Dissolution et liquidation

99. Selon l'alinéa a) de la recommandation 23, les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent disposer dans leur convention que l'entité sera dissoute et liquidée en cas de survenue d'événements qui sont précisés dans ladite convention. S'ils n'ont pas fixé de conditions régissant la dissolution et la liquidation, ils peuvent décider[, à la majorité qualifiée,] de dissoudre et de liquider l'entité comme indiqué à l'alinéa b) de la recommandation 23. Le niveau de consensus exigé est identique à celui qui est requis pour les décisions portant sur la restructuration ou la transformation de l'ERL-CNUDCI, et traduit la règle applicable par défaut aux décisions que prennent les membres sur des questions qui sortent du cours normal des affaires.

100. L'alinéa c) de la recommandation 23 énonce une règle impérative que les membres ne peuvent modifier par convention. Toute décision judiciaire ou administrative de dissolution de l'ERL-CNUDCI rendue en application du droit national doit être respectée par les membres de l'entité. Il peut s'agir, par exemple, d'une décision prise par un tribunal de l'insolvabilité.

101. Là encore, l'État dans lequel l'ERL-CNUDCI serait dissoute ou liquidée voudra peut-être s'assurer que des mesures suffisantes sont en place pour préserver les tiers traitant avec l'entité de tout effet préjudiciable qui pourrait découler de la dissolution ou de la liquidation de celle-ci. De telles mesures peuvent être déjà prévues dans une autre loi régissant la dissolution ou la liquidation des formes juridiques d'entreprise.

¹³⁷ Par souci de clarté, le Secrétariat a remplacé les mots « l'entité dans sa nouvelle forme » par « à la nouvelle forme juridique » au paragraphe 98 (par. 105 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).

¹³⁸ Dans la version anglaise, le Secrétariat a introduit les mots « agree to ». Par ailleurs, il a ajouté la notion de « majorité qualifiée ».

Recommandation 23 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI peut être dissoute et liquidée dans les circonstances suivantes :

- a) À la survenue de tout événement dont il est précisé dans la convention des membres qu'il entraîne la dissolution de l'ERL-CNUDCI ;
- b) Sur décision [à la majorité qualifiée] des membres ; ou
- c) En application d'une décision judiciaire ou administrative de dissolution de l'ERL-CNUDCI.

J. Séparation ou retrait

102. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 63), l'ERL-CNUDCI sera souvent gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres. De fait, la règle supplétive énoncée tout au long du guide législatif veut que les membres de l'entité aient des droits financiers et décisionnels égaux, à moins qu'ils n'en soient convenus autrement¹³⁹. Cette règle exige, dans le cas d'une ERL-CNUDCI gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres, que les décisions qui sortent du cours normal des affaires de l'entité soient prises [à la majorité qualifiée] des membres [recommandation 12 c)]¹⁴⁰. Il s'agit notamment de décisions portant sur des questions qui touchent l'existence même de l'ERL-CNUDCI, telles que sa restructuration, son changement de forme juridique, ou sa dissolution et sa liquidation (voir par. 64 ci-avant). En revanche, la règle applicable par défaut au règlement de différends entre les membres qui portent sur des questions entrant dans le cours normal des affaires de l'ERL-CNUDCI est celle de la majorité des membres [recommandation 12 b)], qui est adaptée pour régler les divergences de vue plus anodines entre les membres. Ces deux règles supplétives offrent aux membres un système décisionnel raisonnable et cohérent qui leur permet de régler les petits différends et de continuer à gérer les activités de l'ERL-CNUDCI, tout en ayant la possibilité d'exprimer leur désaccord¹⁴¹. Selon la part que détient un membre dans l'ERL-CNUDCI, ces règles pourront lui conférer de facto un droit de veto.

103. Toutefois, lorsque la défiance ou le mécontentement ont dégradé leurs relations, les membres d'une ERL-CNUDCI estimeront peut-être que ces mécanismes décisionnels applicables par défaut sont inadaptés. Il se peut qu'ils n'aient pas envisagé la possibilité d'un différend insoluble et qu'ils soient incapables de le régler en interne. La loi relative à l'ERL-CNUDCI devrait par conséquent prévoir une règle supplétive pour le règlement de ce type de différends.

104. On pourrait envisager une règle autorisant un ou plusieurs membres insatisfaits à exiger la dissolution de l'ERL-CNUDCI et la liquidation de son actif. Une telle règle risquerait toutefois d'être source d'insécurité et d'instabilité pour les membres et pour l'entité elle-même. Plus grave encore, elle ne permettrait pas à l'ERL-CNUDCI de poursuivre ses activités, ce qui entraînerait une perte nette de valeur économique.

105. Une deuxième solution pour faire face à des différends insolubles serait de faciliter la poursuite de l'existence de l'ERL-CNUDCI, mais de permettre aux membres de se retirer ou d'être expulsés de l'entité en recevant la juste valeur de leur

¹³⁹ Le Secrétariat a modifié la première phrase de ce paragraphe (par. 109 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)).

¹⁴⁰ Voir toutefois *supra*, note de bas de page 98.

¹⁴¹ Le Groupe de travail ayant décidé, à sa vingt-septième session ([A/CN.9/895](#), par. 63), de remplacer l'unanimité par la majorité qualifiée, il n'y aura plus de veto effectif. Le Secrétariat a modifié le paragraphe en conséquence. Il a toutefois conservé la dernière phrase du paragraphe 102, tout en notant que celle-ci devrait être modifiée si le Groupe de travail convenait que les droits décisionnels ne seraient pas répartis en fonction des parts.

part¹⁴². Un tel arrangement risquerait toutefois de donner lieu à des abus et de se traduire par l'oppression d'une minorité. Dans l'hypothèse où un différend entre les membres pourrait déboucher sur l'expulsion d'une minorité par la majorité des membres, cette minorité aurait le choix entre conserver sa part ou la revendre aux membres majoritaires au prix que ceux-ci seraient disposés à payer.

106. Selon la recommandation 24, la meilleure solution, pour créer une règle supplétive relative à la résolution des différends complexes, consiste à permettre aux membres de se retirer de l'ERL-CNUDCI et de percevoir la juste valeur de leur part dans un délai raisonnable. Une telle règle permettrait à l'entité de continuer d'exister, à moins que les membres n'en décident autrement [à la majorité qualifiée], et de préserver ainsi la stabilité et la valeur économiques de celle-ci. En outre, en permettant le rachat, à sa juste valeur et dans un certain délai, de la part d'un membre qui se retire, on éviterait le risque que ce dernier ne prenne à la gorge l'ERL-CNUDCI et les autres membres en exigeant le paiement immédiat de l'intégralité du montant dû. En effet, il se pourrait que l'entité elle-même ou les autres membres ne soient pas en mesure de procéder à tel un paiement, qui pourrait de fait entraîner la dissolution de l'entité en la rendant insolvable.

107. La règle supplétive proposée dans la recommandation 24 ne résoud peut-être pas tous les problèmes liés à l'évaluation de la juste valeur de la part du membre qui se retire de l'entité. Cette évaluation devrait partir du postulat qu'un tel membre doit percevoir le même montant en cas de rachat que celui qu'il toucherait en cas de dissolution de l'ERL-CNUDCI. Toutefois, pour obtenir la juste valeur, il faudrait que la survaleur de l'ERL-CNUDCI soit également prise en compte dans le calcul, et le prix de rachat versé au membre qui se retire devrait en conséquence être le plus important des deux montants suivants : la part de la valeur de liquidation de l'ERL-CNUDCI due à ce membre, ou une valeur fondée sur la vente de l'ERL-CNUDCI tout entière en tant qu'entité en activité.

108. Il serait également prudent que les membres prévoient dans leur convention de recourir à des mécanismes alternatifs de règlement des litiges (voir recommandation 27) pour les questions qui ne peuvent pas être tranchées en application de la convention ou des règles supplétives. L'évaluation de la juste valeur de la part d'un membre qui se retire est l'une des questions qui pourrait être tranchée par un mode alternatif de règlement des litiges¹⁴³.

Recommandation 24 : La loi devrait prévoir que, sauf s'ils en sont convenus autrement, les membres peuvent se retirer de l'ERL-CNUDCI et percevoir dans un délai raisonnable la juste valeur de leur part¹⁴⁴ dans l'entité¹⁴⁵.

¹⁴² Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il faut prévoir des dispositions sur l'expulsion dans le guide législatif.

¹⁴³ Voir *infra*, section « Règlement des litiges ».

¹⁴⁴ Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa trente et unième session d'utiliser le mot « part » pour désigner les droits financiers et décisionnels des membres dans l'ERL-CNUDCI, le Secrétariat a remplacé les mots « leurs intérêts » par « leur part » (A/CN.9/963, par. 77).

¹⁴⁵ Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient de préciser que la recommandation 24 n'exige pas que l'ERL-CNUDCI donne suite à toute demande de retrait de la part d'un membre, et que le paiement nécessite un motif valable ou un accord entre les membres. Le Secrétariat propose de modifier la recommandation comme suit : « La loi devrait prévoir que, sous réserve d'un accord ou d'un motif valable, les membres peuvent se retirer de l'ERL-CNUDCI et percevoir dans un délai raisonnable la juste valeur de leur part dans l'entité, sauf s'ils en sont convenus autrement ».

K. Conservation et consultation des informations et obligation de renseignement

109. La communication ouverte et la transparence sont des questions importantes pour toute entité commerciale, mais elles le sont sans doute plus encore pour l'ERL-CNUDCI. Il est probable que les membres aient des parts égales de l'entité, et il est essentiel d'instaurer et de préserver la confiance entre eux. L'accès de tous les membres à l'information et la bonne diffusion de celle-ci renforcera encore la confiance entre eux et leur permettra de participer en connaissance de cause aux processus décisionnels, ce qui constitue une base solide pour la réussite de l'entreprise.

110. L'importance du partage et de la diffusion des informations concernant l'ERL-CNUDCI parmi ses membres est soulignée par les règles impératives énoncées dans les recommandations 25 et 26. La recommandation 25 exige que l'ERL-CNUDCI conserve certaines informations et la recommandation 26 que chaque membre ait le droit de les consulter, ainsi que le droit d'accéder à toute autre information concernant l'entité que celle-ci devrait raisonnablement conserver, y compris des informations sur ses activités, ses opérations et sa situation financière. Par ailleurs, les membres peuvent convenir que l'ERL-CNUDCI doit conserver des informations en sus de celles visées dans la recommandation 25¹⁴⁶.

111. Si l'ERL-CNUDCI concerne essentiellement les MPME, dont elle vise à encourager la croissance, la diffusion et la transparence des informations sont bien évidemment des aspects importants pour toute entité économique. Alors que certains États prévoient des obligations de renseignement étendues pour les entités privées (mais autorisent des exceptions pour les MPME), d'autres les limitent aux entités publiques¹⁴⁷. Le but recherché étant de garantir la simplicité de l'ERL-CNUDCI, le guide législatif recommande de ne pas exiger que les informations conservées par l'entité conformément à la recommandation 25 soient publiées, même si celles-ci devraient être communiquées à tous les membres et soumises à leur contrôle.

112. La liste des données qui doivent être conservées conformément à la recommandation 25 ne devrait pas être trop contraignante pour les ERL-CNUDCI, même lorsqu'il s'agit de micro- et de petites entreprises, puisqu'elle correspond aux informations élémentaires dont tout entrepreneur a besoin pour gérer son entreprise, quel qu'en soit le niveau de complexité. Par ailleurs, il suffit que les données à conserver présentent un caractère « suffisant », c'est-à-dire qu'elles soient consignées en temps utile sur un support conforme à ce que l'on pourrait attendre d'entreprises similaires fonctionnant dans un contexte comparable. La recommandation ne précise ni quand ni comment ces informations doivent être conservées, et l'ERL-CNUDCI pourrait se contenter des données électroniques ou autres qu'il serait raisonnable d'attendre d'une entreprise de sa taille et de son niveau de complexité.

113. Par exemple, de nombreuses MPME gèrent leurs activités commerciales au moyen de diverses applications mobiles disponibles sur des appareils électroniques, et sont donc en mesure de rechercher et de consulter facilement tous les types d'informations utiles à l'entreprise, y compris les stocks, les bilans et même les déclarations fiscales. Une ERL-CNUDCI qui fonctionne de cette manière pourrait ainsi satisfaire aux exigences énoncées dans les recommandations 25 et 26 en conservant les informations électroniques et en autorisant l'accès à celles-ci au moyen d'une application mobile de ce type.

¹⁴⁶ Le Secrétariat a révisé le paragraphe 110 (par. 117 du document A/CN.9/WG.I/WP.112) afin d'en rendre le libellé plus clair.

¹⁴⁷ Le Secrétariat a supprimé le membre de phrase « Sous réserve ... obligation de publication » suivant les mots « aux entités publiques », afin d'améliorer la cohérence du paragraphe.

Recommandation 25 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI doit conserver des données suffisantes, y compris :

- a) Les données de constitution¹⁴⁸ ;
- b) Toute trace, écrite ou autre, de la convention des membres ;
- c) La liste actualisée de ses dirigeants et membres, ainsi que leurs coordonnées ;
- d) Les états financiers (s'il y a lieu) ;
- e) Les déclarations ou rapports fiscaux ; et
- f) Des informations concernant ses activités et opérations¹⁴⁹.

Recommandation 26 : La loi devrait prévoir que chaque membre a le droit :

- a) De consulter et de copier les données dont la recommandation 25 impose la conservation à l'ERL-CNUDCI ; et
- b) D'obtenir de l'entité des informations relatives à ses activités, à ses opérations et à sa situation financière, ainsi que toute autre information qu'elle devrait raisonnablement conserver¹⁵⁰.

L. Règlement des litiges¹⁵¹

114. Les membres parviennent généralement à s'entendre pour régler efficacement les litiges concernant le fonctionnement de l'ERL-CNUDCI. Comme on l'a noté aux paragraphes 105 et 108 ci-dessus, lorsque le mécontentement ou la défiance ont dégradé leurs relations, il se peut toutefois qu'ils n'y arrivent pas et qu'ils doivent par conséquent envisager une action judiciaire qui peut être longue et coûteuse. Par ailleurs, les paragraphes 72 à 77 ci-dessus décrivent les obligations fiduciaires et le rôle qu'elles jouent en tant que mécanismes de sécurité, pour protéger les membres de l'entité contre les actes opportunistes d'un dirigeant ou d'un autre membre. Dans certaines traditions juridiques, il peut toutefois être difficile de faire respecter les obligations fiduciaires illimitées, à moins qu'elles ne soient clairement énoncées en tant que véritables règles juridiques. Dans un cas comme dans l'autre, les modes alternatifs de règlement des litiges, comme l'arbitrage, la médiation et d'autres méthodes extrajudiciaires, peuvent aider les membres d'une ERL-CNUDCI à parvenir à une issue conforme à la nature simple de cette forme d'entité, dans la gestion de laquelle les relations interpersonnelles jouent un rôle important.

115. L'ERL-CNUDCI peut également tirer parti des modes alternatifs de règlement des litiges pour régler ses différends commerciaux avec des tiers, par exemple des créanciers, des fournisseurs ou des clients, dans les cas où une procédure judiciaire serait trop longue et trop coûteuse. Les ERL-CNUDCI impliquées dans un différend d'ordre juridique avec ces tiers devront mettre en balance, au moment de décider comment régler ce différend, le coût d'une procédure judiciaire avec celui du non-règlement du litige, coût qui peut englober des factures non réglées. Par ailleurs, les membres de l'ERL-CNUDCI pourraient se heurter à des obstacles géographiques, linguistiques et culturels dans un système judiciaire donné (par exemple, restrictions

¹⁴⁸ Le Secrétariat a remplacé le terme « document constitutif » par le terme « données de constitution », pour les raisons indiquées dans la note précédant le paragraphe 19.

¹⁴⁹ Le Secrétariat a supprimé les mots « ainsi que ses informations financières » de l'alinéa f) de la recommandation 25, pour éviter la répétition avec l'alinéa d) de cette recommandation.

¹⁵⁰ Afin de rendre le texte plus clair, le Secrétariat a : a) remplacé les mots « informations financières » par « informations relatives... à sa situation financière » ; b) scindé la recommandation 26 en deux ; et c) remplacé les mots « information raisonnable » par « information qu'elle devrait raisonnablement conserver ».

¹⁵¹ Le Secrétariat a révisé les paragraphes 114 à 116 (par. 121 à 123 du document [A/CN.9/WG.I/WP.112](#)) afin d'en rendre le libellé plus clair.

d'ordre officiel ou pratique à l'accès des femmes aux tribunaux, ou mauvaise connaissance de la langue officielle du tribunal). Les modes alternatifs de règlement des litiges contribueront à réduire ces obstacles. En effet, ils sont non seulement plus rapides en général, mais peuvent aussi être moins coûteux et offrir une approche plus informelle et participative du règlement des différends, en aidant les parties à trouver une issue qui sera plus concertée que dans le cadre d'un règlement judiciaire du litige.

116. Le recours à un mode alternatif de règlement des litiges pourrait certes représenter un précieux outil pour les ERL-CNUDCI qui sont parties à des différends d'ordre juridique, mais le cadre juridique interne de l'État concerné peut prévoir des limitations quant aux types d'affaires pouvant faire l'objet d'un tel règlement, notamment en matière pénale et en matière de droit du travail, de la concurrence ou de l'insolvabilité. Ces affaires sortiraient du cadre du guide législatif et sont par conséquent exclues de la portée de la recommandation.

Recommandation 27 : La loi devrait prévoir que tout litige survenant entre des membres de l'ERL-CNUDCI ou entre l'ERL-CNUDCI et un tiers quelconque peut être soumis à un mode alternatif de règlement des litiges, à moins qu'il n'existe des limitations à ce type d'actions dans le cadre juridique interne de l'État¹⁵².

¹⁵² À sa vingt-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'inclure une nouvelle recommandation dans le guide législatif pour encourager le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges dans le contexte de l'ERL-CNUDCI (A/CN.9/900, par. 149). Voir également *supra*, note de bas de page 143 et par. 108.

Appendice

Recommandations relatives à une ERL-CNUDCI

A. Dispositions générales

Recommandation 1 : La loi devrait prévoir que l'entité à responsabilité limitée de la CNUDCI (« ERL-CNUDCI ») est régie par [la présente loi] ainsi que par la convention des membres.

Recommandation 2 : La loi devrait prévoir la possibilité de créer une ERL CNUDCI pour toute activité commerciale ou économique licite.

Recommandation 3 : La loi devrait prévoir de doter l'ERL-CNUDCI d'une personnalité morale distincte de ses membres.

Recommandation 4 : La loi devrait prévoir qu'un membre ne saurait être tenu personnellement responsable des obligations de l'ERL-CNUDCI du seul fait de sa qualité de membre de l'entité.

Recommandation 5 : La loi ne devrait pas exiger de capital minimum pour la constitution d'une ERL-CNUDCI.

Recommandation 6 : La loi devrait prévoir que le nom de l'entité comporte une expression ou une abréviation qui la caractérise en tant qu'ERL-CNUDCI.

B. Constitution de l'ERL-CNUDCI

Recommandation 7 : La loi devrait :

- a) Prévoir que l'ERL-CNUDCI doit avoir au moins un membre depuis le moment où elle est constituée [jusqu'à sa dissolution] ; et
- b) Préciser si seules les personnes physiques ou aussi les personnes morales sont autorisées à être membres d'une ERL-CNUDCI.

Recommandation 8 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI est constituée dès lors qu'elle a été enregistrée.

Recommandation 9 : La loi devrait limiter au minimum les informations requises pour la constitution de l'ERL-CNUDCI. Ces informations devraient être les suivantes :

- a) Le nom de l'ERL-CNUDCI ;
- b) Le domicile de l'ERL-CNUDCI ou, si celle-ci n'a pas d'adresse standard, son emplacement géographique précis ; et
- c) L'identité de chaque personne qui gère l'ERL-CNUDCI.

C. Organisation de l'ERL-CNUDCI

Recommandation 10 : La loi devrait prévoir que les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent adopter une convention sous toute forme, c'est-à-dire qu'elle peut se présenter sous forme écrite, orale ou être déduite du comportement. Cette convention peut traiter toute question relative à l'ERL-CNUDCI, à l'exception des questions couvertes par les règles impératives énoncées dans les recommandations 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 16 a), [15], 19, 20, 23 c), 25 et 26.

D. Gestion de l'ERL-CNUDCI

Recommandation 11 : La loi devrait prévoir que :

- a) L'ERL-CNUDCI est gérée exclusivement par l'ensemble de ses membres, sauf si [la convention des membres] en dispose autrement ; et
- b) Les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent convenir dans leur [convention] de nommer un ou plusieurs dirigeant(s).

Recommandation 12 : La loi devrait prévoir que, pour une ERL-CNUDCI exclusivement gérée par l'ensemble de ses membres et sauf disposition contraire de la convention des membres :

- a) Les membres de l'ERL-CNUDCI ont des droits de décision conjoints et égaux pour les questions touchant aux activités et aux affaires de l'entité ;
- b) Les divergences apparaissant entre les membres au sujet de questions qui entrent dans le cours normal des activités et des affaires de l'ERL-CNUDCI sont résolues par une décision [prise à la majorité] des membres ; et
- c) Les divergences apparaissant entre les membres au sujet de questions qui sortent du cours normal des affaires sont résolues [à la majorité qualifiée].

Recommandation 13 : La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de la convention des membres, un ou plusieurs dirigeants peuvent être nommés et révoqués par une décision prise à la majorité des membres.

Recommandation 14 : La loi devrait prévoir que dans une ERL-CNUDCI gérée par un ou plusieurs dirigeants nommés :

- a) Les dirigeants sont responsables de toutes les questions qu'il n'appartient pas aux membres de l'entité de trancher conformément [à la présente loi ou] à leur convention ; et
- b) Les divergences entre les dirigeants devraient être résolues par une décision [prise à la majorité] des dirigeants, sauf disposition contraire de la convention des membres.

Recommandation 15 : La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de la convention des membres, chaque dirigeant a le pouvoir, à titre individuel, d'engager l'ERL-CNUDCI. Les limitations à ce pouvoir ne produisent pas d'effet à l'égard des tiers traitant avec l'ERL-CNUDCI qui n'en ont pas dûment été informés.

Recommandation 16 : La loi devrait prévoir que :

- a) Le ou les dirigeants d'ERL-CNUDCI doivent s'acquitter : i) d'une obligation de diligence ; ii) d'une obligation de loyauté ; iii) d'une obligation de communiquer les informations à tous les membres de l'entité ; et iv) d'une obligation d'agir de bonne foi et équitablement ; et
- b) Sauf disposition contraire de la convention des membres, les obligations fiduciaires s'appliquent également aux membres de l'ERL-CNUDCI.

E. Parts et contributions des membres à l'ERL-CNUDCI

Recommandation 17 : La loi devrait prévoir que :

- a) Les membres de l'ERL-CNUDCI sont autorisés à convenir des contributions à apporter à celle-ci, le cas échéant, y compris du type et de la valeur de ces contributions, et du moment où elles sont apportées. En l'absence d'un tel accord, les contributions apportées à l'ERL-CNUDCI sont considérées comme égales pour tous les membres ;

b) Sauf disposition contraire de la convention des membres, la part des membres dans l'ERL-CNUDCI est déterminée en fonction de la valeur convenue de leurs contributions ; et

c) Lorsque les membres ne sont pas convenus de la valeur de leur contribution, les contributions sont considérées comme égales, et les membres détiennent des parts égales de l'entité, sauf disposition contraire de leur convention.

F. Distributions

Recommandation 18 : La loi devrait prévoir que les distributions sont versées aux membres en fonction de leur part respective dans l'ERL-CNUDCI, telle qu'indiquée dans la convention des membres. Lorsque les parts respectives des membres de l'ERL-CNUDCI ne sont pas ainsi indiquées, toute distribution versée par l'entité est répartie également entre ses membres.

Recommandation 19 : La loi devrait interdire le versement de distributions à un membre si, après qu'il y soit procédé :

a) L'ERL-CNUDCI ne serait plus en mesure de payer ses dettes venant à échéance dans le cours normal de ses affaires ; ou

b) Le total de l'actif de l'ERL-CNUDCI serait inférieur à celui de son passif.

Recommandation 20 : La loi devrait prévoir que chaque membre qui a reçu une distribution, ou une partie d'une distribution, versée en violation de la recommandation 19 est tenu d'en rembourser le montant à l'ERL-CNUDCI.

G. Transfert de droits

Recommandation 21 : La loi devrait prévoir que les membres de l'ERL-CNUDCI peuvent transférer leurs droits financiers, mais non leurs droits décisionnels, sauf disposition contraire de leur convention.

H. Restructuration ou transformation

Recommandation 22 : La loi devrait prévoir que les membres d'une ERL-CNUDCI peuvent convenir[, à la majorité qualifiée,] de la restructurer ou d'en changer la forme juridique.

I. Dissolution et liquidation

Recommandation 23 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI peut être dissoute et liquidée dans les circonstances suivantes :

a) À la survenue de tout événement dont il est précisé dans la convention des membres qu'il entraîne la dissolution de l'ERL-CNUDCI ;

b) Sur décision [à la majorité qualifiée] des membres ; ou

c) En application d'une décision judiciaire ou administrative de dissolution de l'ERL-CNUDCI.

J. Séparation ou retrait

Recommandation 24 : La loi devrait prévoir que, sauf s'ils en sont convenus autrement, les membres peuvent se retirer de l'ERL-CNUDCI et percevoir dans un délai raisonnable la juste valeur de leur part dans l'entité.

K. Conservation et consultation des informations et obligation de renseignement

Recommandation 25 : La loi devrait prévoir que l'ERL-CNUDCI doit conserver des données suffisantes, y compris :

- a) Les données de constitution ;
- b) Toute trace, écrite ou autre, de la convention des membres ;
- c) La liste actualisée de ses dirigeants et membres, ainsi que leurs coordonnées ;
- d) Les états financiers (s'il y a lieu) ;
- e) Les déclarations ou rapports fiscaux ; et
- f) Des informations concernant ses activités et opérations.

Recommandation 26 : La loi devrait prévoir que chaque membre a le droit :

- a) De consulter et de copier les données dont la recommandation 25 impose la conservation à l'ERL-CNUDCI ; et
- b) D'obtenir de l'entité des informations relatives à ses activités, à ses opérations et à sa situation financière, ainsi que toute autre information qu'elle devrait raisonnablement conserver.

L. Règlement des litiges

Recommandation 27 : La loi devrait prévoir que tout litige survenant entre des membres de l'ERL-CNUDCI ou entre l'ERL-CNUDCI et un tiers quelconque peut être soumis à un mode alternatif de règlement des litiges, à moins qu'il n'existe des limitations à ce type d'actions dans le cadre juridique interne de l'État.