



# Assemblée générale

Distr. limitée  
9 août 2011  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
**Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)**  
**Quarantième session**  
Vienne, 31 octobre-4 novembre 2011

## Droit de l'insolvabilité

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

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction . . . . .	1-4	2
I. Travaux futurs . . . . .	5-11	2
A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices. . . . .	8-10	3
B. Questions à traiter. . . . .	11	4
II. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations . . . . .	12-14	4
A. Administrateurs officiellement désignés. . . . .	13	5
B. Autres personnes. . . . .	14	5
III. Détermination du moment où les obligations prennent naissance. . . . .	15-16	5
IV. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte . . . . .	17-19	6
V. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités. . . . .	20	6
VI. Détermination des voies de recours pouvant être invoquées . . . . .	21-22	6
VII. Questions internationales . . . . .	23	7



## Introduction

1. À sa quarante-troisième session, en 2010, la Commission était saisie d'une série de propositions de travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.93 et Add.1 à 6 et A/CN.9/582/Add.6). Ces propositions avaient été examinées par le Groupe de travail V à sa trente-huitième session (voir A/CN.9/691, par. 99 à 107) et une recommandation concernant les sujets possibles avait été présentée à la Commission (A/CN.9/691, par. 104). Un document supplémentaire (A/CN.9/709) complétant la proposition faite par la Suisse dans le document A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5 avait été présenté après cette session.

2. À l'issue d'un débat, la Commission a fait sienne la recommandation formulée par le Groupe de travail V au paragraphe 104 du document A/CN.9/691, selon laquelle des travaux devraient être entamés sur deux thèmes relatifs à l'insolvabilité, qui étaient actuellement importants, dans la mesure où une plus grande harmonisation des approches nationales sur ces thèmes permettrait de gagner en sécurité et prévisibilité.

3. La présente note porte sur le deuxième sujet, proposé par le Royaume-Uni (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4), INSOL International (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3) et l'International Insolvency Institute (A/CN.9/582/Add.6), qui concerne les obligations et les responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans les procédures d'insolvabilité et mécanismes avant insolvabilité<sup>1</sup>. Compte tenu des préoccupations exprimées au cours d'une discussion approfondie, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient porter uniquement sur les obligations et les responsabilités découlant de l'insolvabilité et n'engloberaient pas des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. La présente note se fonde sur le document établi pour la trente-neuvième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.V/WP.96), énonce les conclusions auxquelles le Groupe de travail est parvenu à cette session (voir A/CN.9/715) et soulève des questions supplémentaires qui pourraient être examinées.

## I. Travaux futurs

5. Le paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 évoquait les difficultés liées à l'harmonisation des législations relatives aux obligations et aux responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprises dans le contexte de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a reconnu ces difficultés et estimé qu'il fallait veiller, en examinant ce sujet, à ne pas interférer avec le droit des sociétés ou d'autres branches du droit civil ou du droit pénal (A/CN.9/715, par. 66). Néanmoins, il est convenu que des orientations sur ce sujet seraient les bienvenues (A/CN.9/715, par. 67). L'objectif serait de faire en sorte que, lorsqu'une société se trouve proche de l'insolvabilité, ses dirigeants soient incités à prendre des mesures appropriées et rapides pour préserver la valeur de la société, plutôt qu'à attendre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ces mesures d'incitation seraient contrebalancées par des

---

<sup>1</sup> Le premier sujet, concernant le centre des intérêts principaux et certaines questions connexes, fait l'objet des documents A/CN.9/WG.V/WP.95 et Add.1. et A/CN.9/WG.V/WP.99.

mesures allant jusqu'à la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants en cas d'inaction.

6. Les propositions visées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.96 permettent de penser qu'il devrait être possible de cristalliser, à partir de régimes de l'insolvabilité efficaces, des principes fondamentaux ou des lignes directrices qui devraient se retrouver dans les devoirs des administrateurs et des dirigeants dans le cas d'insolvabilité. Le Groupe de travail a noté (A/CN.9/715, par. 62) que le type d'indications qui pourrait être donné devrait être de nature descriptive plutôt que normative ou prescriptive et qu'on éviterait toute interférence avec les questions de droit des sociétés.

7. Les questions suivantes pourraient être examinées: la forme que pourraient prendre des principes ou des lignes directrices et les sujets qui pourraient être abordés.

#### **A. Forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices**

8. En examinant la forme que pourraient prendre les principes ou lignes directrices, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler l'approche adoptée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif), qui consistait à examiner en détail, dans le commentaire, nombre des questions relatives à l'instauration d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace et, à partir de là, à formuler un ensemble de recommandations législatives portant sur les points principaux. Toutes les questions abordées dans le commentaire ne font pas l'objet d'une recommandation. De manière générale, un commentaire relatif aux obligations des dirigeants pourrait donner aux États des indications quant aux circonstances dans lesquelles la responsabilité personnelle des administrateurs pourrait se trouver engagée, tout en reconnaissant les inconvénients que pourraient avoir des règles excessivement draconiennes et les menaces qu'elles pourraient constituer pour l'esprit d'entreprise. Comme l'a noté le Groupe de travail (A/CN.9/715, par. 108), il serait essentiel d'instaurer un juste équilibre entre la promotion d'un comportement approprié et l'empêchement d'une insolvabilité prématurée.

9. Pour ce qui est de la portée des principes ou des lignes directrices, le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler la multitude d'approches adoptées dans le Guide législatif, qui contient tant des recommandations fondamentales qui mentionnent un sujet devant être traité dans la loi sur l'insolvabilité, que des recommandations précises détaillant la manière dont ladite loi doit traiter le sujet en question. Les principes ou lignes directrices relatifs aux obligations des dirigeants pourraient adopter la première approche, plus générale, c'est-à-dire énoncer la question à traiter et la manière dont elle pourrait être abordée avec, le cas échéant, des variantes. Le commentaire pourrait fournir des informations de base et des précisions sur le sujet en question, comme dans le cas du Guide législatif.

10. Une telle approche serait similaire à l'approche suivie dans les Principes de l'OCDE, comme il est noté au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.V/WP.96, qui pourrait servir de base de travail:

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

Les Principes de gouvernement d'entreprise n'ont pas de caractère contraignant et ne contiennent pas de prescriptions détaillées devant être reprises dans chaque législation nationale; ils proposent plutôt certains objectifs ou résultats et suggèrent diverses manières de les atteindre. Leur ambition est de servir de référence. Ils peuvent être utilisés par les autorités chargées d'étudier et d'élaborer un cadre juridique et réglementaire de gouvernement d'entreprise qui tienne compte des conditions économiques, sociales, juridiques et culturelles propres à chaque pays. Ils peuvent l'être également par les intervenants sur le marché lorsqu'ils définissent les pratiques qu'ils entendent adopter<sup>2</sup>.”

## **B. Questions à traiter**

11. Les principes ou lignes directrices pourraient traiter les questions suivantes:
  - a) Définition des personnes auxquelles incombent les obligations;
  - b) Détermination du moment où les obligations prennent naissance;
  - c) Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte;
  - d) Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités devant être sanctionnées;
  - e) Détermination des voies de recours pouvant être invoquées;
  - f) Questions internationales.

## **II. Définition des personnes auxquelles incombent les obligations**

12. Le Groupe de travail est convenu que, pour commencer, il conviendrait d'inclure les administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Pour ce qui est d'autres personnes, telles que des administrateurs de fait ou occultes et diverses autres personnes en position d'influence (un certain nombre de possibilités ont été recensées), il a été convenu qu'il vaudrait peut-être mieux adopter une approche axée sur la finalité plutôt que d'utiliser des termes tels que “de fait” ou “occultes” (A/CN.9/715, par. 69). Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait examiner plus avant la question de savoir si ce groupe de personnes devrait comprendre non seulement les administrateurs mais aussi d'autres personnes ayant une influence (A/CN.9/715, par. 72).

---

<sup>2</sup> Principes de l'OCDE, p. 14.

## **A. Administrateurs officiellement désignés**

13. Compte tenu de ce qui précède, le point de départ pour tout ensemble de principes ou lignes directrices en la matière pourrait être que les obligations incombent aux administrateurs officiellement désignés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Les principes pourraient comprendre une déclaration générale à cet effet, ou suivre une approche similaire à celle des Principes de l'OCDE, qui prévoient que les obligations incombent aux membres officiellement désignés de tout organe ayant compétence pour présider aux destinées d'une entreprise et en surveiller la gestion. S'il est nécessaire de citer des exemples de ces compétences, il peut être fait référence à d'autres textes, tels que les Principes de l'OCDE, où elles sont décrites plus en détail.

## **B. Autres personnes**

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si d'autres personnes devraient être incluses dans le champ d'application des principes, en se fondant sur les éléments figurant aux paragraphes 19 à 23 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 et sur les débats tenus à la trente-neuvième session (A/CN.9/715, par. 69 à 71). Une solution consisterait par exemple à indiquer dans le commentaire, plutôt que dans une déclaration de principe, les autres types de personnes auxquelles peuvent également incomber de telles obligations en se fondant, par exemple, sur les paragraphes 19 à 21 du document A/CN.9/WG.V/WP.96.

## **III. Détermination du moment où les obligations prennent naissance**

15. Le Groupe de travail est convenu que les obligations prendraient naissance lorsque le débiteur était devenu insolvable ou était sur le point de le devenir, situation qualifiée de "quasi-insolvabilité", même si elles ne pourraient être exécutées qu'une fois que la procédure d'insolvabilité avait été ouverte. Il a été noté que le moment où les obligations prenaient naissance devait être celui où les administrateurs auraient dû savoir qu'il n'existait aucune possibilité raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité (A/CN.9/715, par. 81).

16. Comme le Groupe de travail a reconnu que les obligations pouvaient prendre naissance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il est nécessaire de définir ce qui constitue le moment où elles prennent naissance, éventuellement en relation avec la situation d'"insolvabilité". Les paragraphes 23 à 30 et les recommandations 15 et 16 du premier chapitre de la deuxième partie du Guide législatif, qui énoncent les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, y compris l'insolvabilité imminente, pourraient constituer un point de départ pour la discussion (voir aussi le document A/CN.9/WG.V/WP.96, par. 49 à 53).

#### **IV. Identification des personnes auxquelles il doit être rendu compte**

17. Le Groupe de travail a soulevé un certain nombre de questions, concernant notamment la pertinence du moment où l'obligation devait être prise en considération (par exemple au début de l'insolvabilité ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité); la question de savoir si les obligations étaient dues à l'ensemble des créanciers ou à la masse de l'insolvabilité (une approche dont il a été dit qu'elle était compatible avec le Guide législatif, et qu'elle donnerait lieu à une démarche pratique, fondée sur l'identification des bénéficiaires potentiels d'une action en recouvrement); et le traitement de la question dans le contexte des groupes d'entreprises.

18. Compte tenu de la décision mentionnée au point III ci-dessus concernant le moment où les obligations prennent naissance, il semblerait que les obligations ne soient pas seulement dues à la masse de l'insolvabilité, celle-ci n'étant formée qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Toutefois, si les obligations ne peuvent être exécutées qu'après l'ouverture de la procédure, la masse de l'insolvabilité sera peut-être le bénéficiaire pertinent et le représentant de l'insolvabilité la personne la mieux à même d'exécuter ces obligations. Les différentes possibilités ont été examinées au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.V/WP.96.

19. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations à une prochaine session, en se fondant sur les discussions tenues à sa trente-neuvième session (A/CN.9/715, par. 73 à 79).

#### **V. Détermination de la nature des obligations ou des types d'irrégularités**

20. Le Groupe de travail est convenu de consacrer ses prochaines délibérations à la définition des mesures qu'il faudrait prendre pour exécuter une obligation liée à une faute de gestion (A/CN.9/715, par. 91). Les paragraphes 58 à 60 du document A/CN.9/WG.V/WP.96 contiennent une introduction à la législation relative aux fautes de gestion.

#### **VI. Détermination des voies de recours pouvant être invoquées**

21. Il a été généralement convenu que le représentant de l'insolvabilité aurait normalement le droit d'exécuter l'obligation en question (A/CN.9/715, par. 97); et que les dispositions relatives à l'insolvabilité ne devaient pas nier le droit d'autres personnes d'intenter une action en cas de manquement lorsque ce droit était conféré par d'autres branches du droit (droit civil, droit des sociétés ou droit de la responsabilité délictuelle) (A/CN.9/715, par. 98).

22. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si, compte tenu de ce qu'il aura décidé s'agissant du moment où les obligations sont exécutées et des droits d'autres personnes d'intenter une action en cas de manquement, il faudrait indiquer quelles autres parties pourraient avoir le droit d'intenter une telle action au cas où le représentant de l'insolvabilité ne l'aurait pas fait. Il voudra peut-être aussi

déterminer si ces indications devraient traiter de questions telles que le paiement des frais lorsque l'action intentée par le représentant de l'insolvabilité n'aboutit pas.

## **VII. Questions internationales**

23. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session future un certain nombre de questions soulevées (loi applicable, accès à une juridiction étrangère pour intenter une action en responsabilité, applicabilité des moyens de défense utilisés dans un pays à une procédure menée dans un autre) (A/CN.9/715, par. 109).

---