



# Assemblée générale

Distr. limitée  
28 février 2012  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
**Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)**  
**Quarante et unième session**  
New York, 30 avril-4 mai 2012

## Droit de l'insolvabilité

### Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable

#### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction .....	1-5	2
I. Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable .....	6-51	3
A. Introduction .....	6-19	3
B. Identification des parties redevables des obligations .....	20-23	8
C. Naissance des obligations: période précédant l'insolvabilité .....	24-27	9
D. Nature des obligations .....	28-33	11
E. Le critère applicable .....	34-37	14
F. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité .....	38-51	15
1. Moyens de défense .....	38-40	15
2. Voies de droit .....	41-47	16
3. Droit d'agir .....	48-50	18
4. Financement de la procédure .....	51	18



## 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 devaient 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>. Face aux inquiétudes exprimées au cours de discussions approfondies, la Commission est convenue que les travaux sur ce thème devraient se concentrer uniquement sur les obligations et les responsabilités qui naissent dans le contexte de l'insolvabilité et qu'il n'était pas prévu de couvrir des questions de responsabilité pénale ni des domaines essentiels du droit des sociétés.

4. Les débats à ce sujet ont débuté à la trente-neuvième session du Groupe de travail (en décembre 2010 à Vienne) et se sont poursuivis à sa quarantième session (octobre-novembre 2011 à Vienne). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées dans les rapports de ces sessions (A/CN.9/715 et A/CN.9/738 respectivement).

5. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa quarantième session (A/CN.9/738, par. 38), la présente note adopte la forme d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité renfermant à la fois un projet de commentaire sur des questions pertinentes et un projet de recommandations. S'agissant du style et des renvois au commentaire et aux recommandations du Guide, elle a été établie de manière à pouvoir faire partie intégrante du Guide législatif (partie IV) pour le cas où le Groupe de travail déciderait qu'il s'agit là de la forme la plus appropriée pour ce type de travail. Le texte ci-dessous met à profit les documents A/CN.9/WG.V/WP.96 et 100 ainsi que les décisions adoptées par le Groupe de travail à ses trente-neuvième et quarantième sessions.

---

<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.103 et Add.1.

## **I. Obligations des administrateurs de sociétés lorsque la société est sur le point d'être insolvable**

### **A. Introduction**

6. Les cadres de gouvernance des entreprises réglementent un ensemble de relations entre les dirigeants d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes et définissent non seulement la structure à travers laquelle les objectifs de l'entreprise sont fixés et réalisés mais aussi les normes au regard desquelles les résultats peuvent être contrôlés. Une bonne gouvernance d'entreprise devrait inciter le conseil d'administration et les dirigeants à poursuivre des objectifs favorables aux intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires tout en favorisant la confiance nécessaire pour promouvoir les investissements dans l'entreprise et le développement des affaires. Beaucoup a été fait à l'échelle internationale pour élaborer des principes de gouvernance des entreprises qui sont aujourd'hui largement adoptés et qui déterminent notamment les obligations des administrateurs quand l'entreprise est solvable<sup>2</sup>.

7. Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte, de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent que les obligations des administrateurs sont différentes, aussi bien par leur nature que par leur objet, de celles qui s'appliquent avant l'ouverture de cette procédure, le principal objectif étant de donner la priorité à l'optimisation de la valeur de la masse et à sa préservation en vue de la distribuer aux créanciers. Fréquemment, les administrateurs cesseront de diriger les affaires de la société, étant remplacés en cela par un représentant de l'insolvabilité, bien qu'ils puissent conserver un certain rôle dans certains pays, particulièrement dans le contexte d'une opération de redressement. Les obligations des administrateurs une fois ouverte la procédure d'insolvabilité sont traitées ci-dessus dans les recommandations 108 à 114 et dans le commentaire, deuxième partie, chapitre III, paragraphes 22 à 34. La recommandation 110 spécifie de manière assez détaillée les obligations auxquelles doit donner naissance, en vertu de la législation sur l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; ces obligations, qui continuent de s'appliquer pendant toute la durée de la procédure, sont notamment les suivantes: coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs; fournir des renseignements exacts, fiables et complets sur la situation financière et les affaires de l'entreprise; et coopérer avec le représentant de l'insolvabilité ou lui apporter son aide pour qu'il prenne le contrôle effectif de la masse et qu'il puisse recouvrer les actifs et les documents commerciaux de l'entreprise. L'imposition de sanctions lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ces obligations est également évoquée (recommandation 114 et paragraphe 34 du commentaire). Dans certains systèmes, les administrateurs peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'ils ne s'acquittent pas de ces obligations, alors que dans d'autres ils peuvent être tenus pour personnellement responsables de tout préjudice causé du fait d'un manquement aux obligations en question.

8. Outre le fait qu'elles assurent un processus juridique prévisible pour faire face aux difficultés financières des entreprises débitrices ainsi que le cadre nécessaire à

<sup>2</sup> Voir par exemple les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, 2004.

un redressement efficace ou à une liquidation rationnelle de ces entreprises, des lois efficaces en matière d'insolvabilité donnent la possibilité d'examiner les circonstances ayant abouti à l'insolvabilité et en particulier la conduite des administrateurs. Toutefois, l'on ne s'est guère attaché, à l'échelle internationale, à harmoniser les différentes approches qui sous-tendent les législations nationales. Une telle harmonisation pourrait faciliter l'examen de cette conduite mais, à défaut, d'importantes divergences subsistent. Néanmoins, le rôle et les responsabilités des administrateurs d'une société au cours de la période précédant l'introduction d'une action en insolvabilité ou l'ouverture de la procédure font de plus en plus souvent l'objet d'un débat, compte tenu en particulier des nombreuses défaillances qui ont suivi la crise financière mondiale.

9. Une société se trouvant dans l'incapacité effective ou imminente de s'acquitter de ses obligations à leur échéance a besoin d'une direction solide, étant entendu que sa situation appelle généralement des décisions délicates. Des administrateurs compétents doivent comprendre la situation financière de l'entreprise et posséder toutes les informations raisonnablement disponibles qui sont nécessaires pour leur permettre de prendre des mesures appropriées afin de remédier à leurs difficultés financières et d'éviter que la situation n'empire. Ils sont alors amenés à déterminer la démarche la mieux susceptible de servir l'intérêt de la société dans son ensemble après avoir tenu compte des intérêts des différentes parties prenantes eu égard aux circonstances de l'espèce. Les administrateurs qui craignent les répercussions financières possibles de telles décisions peuvent prématurément fermer leur entreprise au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés ou encore, ils peuvent adopter un comportement inopportun et notamment disposer de façon arbitraire des actifs ou des biens. Toutefois, les différents intérêts et motivation des parties prenantes ne sont pas faciles à concilier et ils peuvent constituer une source de conflit. Par exemple, lorsque les administrateurs sont également actionnaires de l'entreprise, ils peuvent être incités soit à optimiser leur propre situation en recherchant imprudemment à éviter une situation d'insolvabilité, soit à consentir à une vente potentielle dans l'espoir d'obtenir un meilleur rendement, en particulier lorsque le prix de vente ne couvre que les montants dus aux créanciers, ne laissant rien aux actionnaires. Il peut dans ce cas être nécessaire d'adopter des stratégies à haut risque afin de préserver ou d'accroître la valeur de l'entreprise pour les actionnaires, alors même que cela peut mettre en péril les intérêts des créanciers. Une telle démarche peut aussi témoigner du peu d'importance accordé aux chances de succès en raison de la protection octroyée par le régime de responsabilité limitée ou par l'assurance-responsabilité de l'administrateur si les mesures adoptées ne donnent pas satisfaction.

10. Malgré les difficultés potentielles liées à la prise de décision appropriées, lorsqu'une entreprise se heurte à des difficultés financières, il est essentiel que des mesures soient adoptées au plus tôt. En général, les ressources financières diminuent plus rapidement que de nombreuses parties pourraient le penser et, quand la situation financière d'une entreprise s'aggrave, la possibilité d'une solution viable s'amenuise très vite. L'adoption de mesures précoces doit être facilitée par un accès facile aux procédures pertinentes. Il y a peu à gagner à précipiter une intervention des administrateurs si celle-ci n'est pas encadrée par des procédures

pertinentes et efficaces<sup>3</sup>. En outre, les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant la conduite de procédures informelles, telles que des négociations de restructuration (question examinée dans la deuxième partie, chap. II, par. 2 à 18) peuvent contribuer à les dissuader d'adopter rapidement des mesures. Si de nombreux pays ont, comme il se doit, fait une large place aux lois sur l'insolvabilité pour accroître les possibilités d'adopter rapidement des mesures afin de faciliter le sauvetage ou le redressement des entreprises, l'on ne s'est guère attaché à inciter les administrateurs à mettre à profit les procédures ainsi offertes. Souvent, c'est aux créanciers qu'est laissé le soin de tirer parti des possibilités en présence ou d'ouvrir la procédure officielle, les administrateurs n'étant pas intervenus en temps voulu.

11. Un certain nombre de pays s'emploient à encourager une action rapide en obligeant le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure officielle dans un délai précis après que l'insolvabilité est devenue effective afin d'éviter que l'entreprise ne poursuive son activité alors qu'elle est insolvable. D'autres lois abordent la question en mettant l'accent sur les obligations des administrateurs pendant la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et en engageant leur responsabilité pour les dommages causés par la poursuite de leur activité alors qu'il était clair ou qu'il aurait dû être prévu que l'insolvabilité était inévitable. Ces dispositions se justifient par la volonté d'inciter les intéressés à prendre rapidement des mesures et à engager des négociations de restructuration ou une procédure de redressement, et à empêcher les administrateurs d'externaliser les coûts de l'entreprise en difficulté financière et de faire peser tous les risques liés à de futures activités sur les créanciers.

12. L'imposition de telles obligations fait sans cesse débat. Ceux qui considèrent qu'une telle approche a des avantages<sup>4</sup> font observer que lesdites obligations peuvent contribuer à encourager les administrateurs à agir prudemment et à prendre rapidement des mesures pour enrayer le déclin de l'entreprise afin de mettre les créanciers existants à l'abri de pertes encore plus importantes et d'empêcher que de nouveaux créanciers ne se trouvent mêlés aux difficultés financières de l'entreprise. En d'autres termes, ces obligations peuvent avoir pour effet de contrôler et de discipliner les dirigeants de l'entreprise en les dissuadant d'adopter des lignes de conduite trop risquées ou d'approuver passivement des mesures elles aussi trop risquées proposées par certains administrateurs, compte tenu des sanctions prévues en cas de manquement aux obligations. Celles-ci ont peut-être aussi l'avantage d'encourager les dirigeants de l'entreprise à obtenir des avis spécialisés compétents lorsque des difficultés financières surgissent.

13. Les auteurs qui estiment que cette formule comporte d'importants inconvénients citent les exemples suivants: les administrateurs peuvent chercher à échapper à leurs responsabilités en fermant prématurément une entreprise viable qui aurait pu survivre, au lieu d'essayer de la tirer de ses difficultés. Toutefois, des dispositions correctement formulées décourageraient une fermeture prématurée de l'entreprise et inciterait les administrateurs à poursuivre leur activité lorsque c'est le

<sup>3</sup> Il a été dit que la rareté des affaires relevant de la législation applicable aux opérations effectuées par une société insolvable dans un État s'expliquait par la facilité d'accès relative à des procédures volontaires et seules les entreprises qui étaient en tous points insolvable étaient finalement mises en liquidation.

<sup>4</sup> Par exemple, *Directors in the Twilight Zone III* (2009), INSOL International, Overview, p. 5.

meilleur moyen de réduire au minimum les pertes pour les créanciers. Il est également dit que ces obligations peuvent se solder par une érosion du statut juridique conféré par l'acte constitutif de la société, encore que l'on puisse faire valoir qu'une responsabilité limitée devrait être considérée comme un privilège et que les tribunaux sont conscients du risque d'abus de cette responsabilité lorsqu'elle porte préjudice aux créanciers. On peut aussi estimer que ces obligations affaiblissent les mesures d'incitation en ce sens qu'une trop grande prise de risque peut décourager les administrateurs. Des dispositions correctement formulées doivent mettre l'accent non pas tant sur les causes des difficultés en présence que sur les actes ou omissions des administrateurs relevés ultérieurement. Des exemples de pays imposant de telles obligations donnent à entendre que seuls les administrateurs les plus manifestement inconséquents sont jugés responsables.

14. Il est dit également que ces obligations peuvent donner lieu à une plus grande incertitude car la responsabilité dépend des circonstances particulières de l'espèce ainsi que de l'attitude future des tribunaux. On estime que de nombreux tribunaux n'ont pas l'expérience voulue pour examiner après coup le comportement commercial d'un administrateur et évaluer les décisions prises par ce dernier au cours de la période en question. Toutefois, dans les pays qui ont l'habitude d'imposer de telles obligations, les tribunaux respectent en général les mesures prises par les administrateurs, en particulier lorsque ceux-ci ont agi sur la base de conseils indépendants. Selon un autre avis, il existe un risque accru pour les banques et d'autres entités pouvant être considérées comme des administrateurs de voir leur responsabilité engagée de manière imprévue en raison de leur participation aux affaires de la société, en particulier au moment de l'insolvabilité. Il est souhaitable que la législation pertinente protège comme il se doit ces parties lorsqu'elles agissent de bonne foi, en toute indépendance à l'égard du débiteur et de manière commercialement raisonnable. On fait aussi valoir que le fait d'imposer de telles obligations a pour effet de surindemniser les créanciers qui sont à même de se protéger à travers leurs contrats, de sorte que la réglementation est superflue. Cette approche présuppose, par exemple, que les créanciers aient passé un contrat avec le débiteur, qu'ils soient capables de négocier des mesures de protection appropriées pour parer à une large gamme d'éventualités et qu'ils aient les moyens financiers, la volonté et la possibilité de contrôler les affaires de l'entreprise. Ce n'est pas le cas de tous les créanciers.

15. Les obligations et responsabilités des administrateurs sont définies, selon les pays, par différentes branches du droit, dont le droit des sociétés, le droit civil, le droit pénal et le droit de l'insolvabilité et, dans certains cas, elles peuvent être énoncées ou réparties dans plusieurs de ces lois. Dans les pays de *common law*, les obligations des administrateurs peuvent être définies non seulement par les textes pertinents mais aussi par la jurisprudence. En outre, le point de savoir si les obligations et responsabilités des administrateurs relèvent du droit de l'insolvabilité ou du droit des sociétés donne lieu à différents points de vue. Cela tient à la situation des sociétés à savoir, d'une part, les sociétés solvables qui sont en général visées par des textes législatifs qui ne traitent pas de l'insolvabilité, comme le droit des sociétés, et, d'autre part, les sociétés insolubles qui font l'objet d'une procédure d'insolvabilité et relèvent du droit de l'insolvabilité. La période qui précède l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le débiteur peut être techniquement insolvable, suscite des préoccupations qui risquent de ne pouvoir être dûment prises en compte par le droit des sociétés ou par le droit de l'insolvabilité.

L'imposition d'obligations rétroactivement exécutoires après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut conduire à un chevauchement des obligations applicables en vertu de différentes branches du droit et il est souhaitable, par souci de transparence et de clarté et pour éviter d'éventuels conflits, de les faire concorder.

16. Si les lois dans lesquelles s'inscrivent ces obligations sont différentes, il en est de même des obligations proprement dites. Les lois applicables avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité diffèrent en général de celles applicables dès lors que la procédure a débuté (voir deuxième partie, chap. III, par. 22 à 33). Les normes que doivent respecter les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions varient aussi généralement selon la nature et le type de l'entité commerciale considérée, par exemple selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, à capital fermé ou privée ou encore d'une entreprise familiale, et selon le pays où opère la société. Les administrateurs de sociétés anonymes ont habituellement des obligations beaucoup plus rigoureuses et plus complexes que ceux d'autres types de sociétés.

17. Les lois concernant les obligations et responsabilités des administrateurs d'entreprise sont étroitement liées, dans leur application, à d'autres règles juridiques et dispositions légales touchant la gouvernance des entreprises. Dans certains pays, elles constituent un élément clef des cadres réglementaires, par exemple ceux visant à protéger les déposants des établissements financiers, à faciliter le recouvrement des recettes ou à privilégier certaines catégories de créanciers (comme les employés), ainsi que des règles juridiques, des usages commerciaux et du contexte culturel à l'échelle locale.

18. Pour être efficace, une réglementation dans ce domaine doit chercher à concilier les objectifs et les intérêts souvent concurrents des différentes parties prenantes, c'est-à-dire préserver la faculté des administrateurs de s'acquitter de leurs obligations et d'exercer leur jugement, encourager un comportement responsable, décourager la prise de risques excessifs, faciliter l'activité de l'entreprise et favoriser très tôt la recapitalisation ou le redressement des entreprises en difficulté. Cette réglementation aurait pour effet de renforcer la confiance des créanciers et de les encourager à continuer de traiter avec l'entreprise, de favoriser la participation de dirigeants plus expérimentés qui, autrement, seraient peut-être peu disposés à intervenir en raison du risque d'échec, et de promouvoir une bonne gouvernance d'entreprise, d'où la possibilité de mieux prévoir la situation juridique des administrateurs et de limiter le risque que les praticiens de l'insolvabilité soient amenés à les poursuivre une fois ouverte la procédure d'insolvabilité. Des principes directeurs inefficaces, obsolètes et incohérents concernant les obligations des responsables de la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci approche de l'insolvabilité risquent de compromettre les avantages qu'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité est censée procurer.

19. La présente [partie] a pour objet de recenser les principes de base devant figurer dans le droit de l'insolvabilité au sujet des obligations des administrateurs lorsque l'entreprise fait face à une insolvabilité effective ou imminente. Ces principes peuvent servir de référence et être utilisés par les décideurs lorsqu'ils examinent et élaborent des cadres juridiques et réglementaires adéquats. Tout en reconnaissant qu'il est souhaitable d'atteindre les objectifs du droit de l'insolvabilité (voir ci-dessus dans la première partie, chap. I, par. 1 à 14 et

recommandation 1) moyennant une action rapide et un comportement approprié de la part des administrateurs, il est aussi admis que des règles excessivement draconiennes peuvent présenter des inconvénients et constituer des menaces pour l'esprit d'entreprise. La présente [partie] ne traite pas des obligations des administrateurs qui peuvent relever du droit pénal, du droit des sociétés ou de la législation sur les délits civils et porte uniquement sur les obligations qui peuvent figurer dans le droit de l'insolvabilité et qui sont exécutoires dès lors que la procédure d'insolvabilité est ouverte.

## B. Identification des parties redevables des obligations

20. Dans la plupart des États, les obligations concernant la gestion et la supervision des opérations de l'entreprise incombent à différentes personnes. Il peut s'agir des propriétaires de l'entreprise, d'administrateurs officiellement désignés, de dirigeants ou de cadres (qui peuvent également être des directeurs exécutifs) et de personnes ou entités non désignées, y compris de tiers agissant comme administrateurs de fait<sup>5</sup> ou administrateurs "occultes"<sup>6</sup>, et également de personnes auxquelles les pouvoirs ou obligations d'un administrateur peuvent avoir été délégués par l'ensemble des administrateurs. Bien que certaines lois prévoient qu'un membre d'un groupe d'entreprises ne puisse être nommé administrateur d'un autre membre du groupe, il peut néanmoins être considéré, si l'on s'en tient à une large définition du terme "administrateur", comme administrateur d'autres membres du groupe. Cela est en général le cas lorsqu'un membre du groupe (ou ses administrateurs) s'acquitte de fonctions touchant la gestion et la supervision d'autres membres du groupe. Cette question peut être tout à fait pertinente dans le contexte de membres du groupe qui sont des sociétés contrôlées ou des sociétés

<sup>5</sup> Un administrateur de fait est généralement considéré comme une personne qui agit en qualité d'administrateur mais n'est pas officiellement désignée en cette qualité, ou dont la nomination est entachée d'un vice de forme. Une personne peut être administrateur de fait quel que soit le titre officiel qui lui est attribué pour autant qu'elle s'acquitte des fonctions pertinentes. Il peut s'agir de toute personne qui, à un moment ou à un autre, prend part à la constitution, à la promotion ou à la gestion de la société. Dans les petites entreprises familiales, il peut s'agir de membres de la famille, d'anciens administrateurs, de consultants et même d'employés ayant beaucoup d'ancienneté. Habituellement, pour être considéré comme administrateur de fait, il ne suffit pas de participer à la gestion de la société, cette qualité pouvant découler d'un ensemble d'actes, comme la signature de chèques; la signature de la correspondance de la société en qualité de "directeur"; le fait de permettre aux clients, aux créanciers, aux fournisseurs et aux employés de considérer l'intéressé comme un administrateur ou un décideur; et l'adoption de décisions financières concernant l'avenir de la société avec la banque et les experts comptables de la société.

<sup>6</sup> Un administrateur occulte peut, sans avoir été formellement désigné en cette qualité, être une personne sur les instructions de laquelle les administrateurs de la société agissent habituellement. Généralement, cela exclut les conseillers professionnels qui agissent à ce titre. Pour être considéré comme administrateur occulte, il faut pouvoir influencer l'ensemble ou la majorité du conseil d'administration et être habilité à prendre des décisions financières et commerciales qui lient la société et, dans certains cas, il faut aussi que la société ait cédé à l'administrateur occulte tout ou partie de ses pouvoirs de gestion. Dans le contexte d'un groupe d'entreprises, un membre du groupe peut être administrateur occulte d'un autre membre du groupe. Lors de l'examen de la conduite qui pourrait permettre à une personne d'accomplir les fonctions d'administrateur occulte, il peut être nécessaire de tenir compte de la fréquence selon laquelle ces fonctions sont accomplies et si oui ou non une influence est réellement exercée.



mères, lorsque la société mère intervient constamment et systématiquement dans la gestion du membre du groupe contrôlé. Toutefois, la décision d'une société contrôlée de soutenir la société mère, lorsque la première a intérêt à agir ainsi et ne le fait pas sous la pression de la seconde, ne peut conférer à celle-ci la qualité d'administrateur de la société contrôlée.

21. Une large définition peut aussi englober les conseillers spéciaux et, dans certaines circonstances, des banques et autres prêteurs, qui donnent à une société des conseils sur la manière de faire face à ses difficultés financières. Dans certains cas, ces "conseils" peuvent consister à déterminer la ligne de conduite que doit suivre très exactement la société et faire de l'adoption d'une ligne de conduite particulière une condition de l'octroi de crédits. Néanmoins, à condition que les administrateurs de la société puissent conserver la faculté de refuser cette ligne de conduite, même si en réalité l'on puisse considérer qu'ils n'ont guère le choix car il faut s'attendre à terme à une liquidation, et sous réserve que les conseillers extérieurs agissent en toute indépendance, de bonne foi et d'une manière appropriée du point de vue commercial, il est souhaitable que lesdits conseillers ne soient pas considérés comme relevant de la catégorie des personnes soumises à des obligations.

22. Le terme "administrateur" ne fait pas l'objet d'une définition universellement acceptée. D'une manière générale, toutefois, l'on peut considérer qu'une personne remplit les fonctions d'administrateur lorsqu'elle est chargée de prendre – et qu'en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clefs s'agissant de tâches consistant notamment: à déterminer la stratégie de l'entreprise, sa politique de risque, ses budgets annuels et ses programmes d'activité; à suivre les résultats de l'entreprise; à contrôler les principales dépenses d'équipement; à surveiller les pratiques de la société en matière de gouvernement d'entreprise; à recruter et nommer les principaux dirigeants et à appuyer leurs activités; à assurer la disponibilité de ressources financières adéquates; à gérer les conflits d'intérêts pouvant surgir; à s'assurer de l'intégrité des systèmes de comptabilité et d'information financière; à rendre compte aux actionnaires des performances de la société. Pour plus de commodité, le terme général "administrateur" est utilisé dans la présente [partie] pour désigner ces personnes. Les obligations décrites ci-dessous incombent à toute personne qui exerçait les fonctions d'administrateur alors que l'entreprise devait faire face à une insolvabilité effective ou imminente et peuvent viser également les administrateurs qui par la suite démissionnent (voir par. 40 ci-dessous). Elles ne concernent pas les administrateurs nommés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

23. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'utiliser un terme plus générique tel que "personne responsable".

### **C. Naissance des obligations: période précédant l'insolvabilité**

24. Cette [partie] met l'accent sur les obligations qui peuvent incomber aux administrateurs à un moment quelconque précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Même si ces obligations naissent avant l'ouverture de la procédure,

elles ne pourraient être imposées qu'une fois la procédure ouverte et en tant que conséquence de cette ouverture, et s'appliqueraient rétroactivement, de la même manière que les dispositions relatives à l'annulation (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 150 et 152). La période où naissent les obligations est parfois appelée "zone crépusculaire" ou "quasi-insolvabilité". Ce concept, qui peut être source d'imprécision, vise à décrire les circonstances d'une dégradation de la stabilité financière de la société qui, si rien n'est fait, risque de déboucher sur une situation d'insolvabilité et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

25. Si l'on imposait des obligations supplémentaires aux administrateurs lorsque l'insolvabilité approche, différentes possibilités s'offriraient alors pour déterminer le moment auquel de telles obligations pourraient prendre naissance. L'une des possibilités qui pourraient être envisagées serait le moment auquel est introduite une action en insolvabilité, possibilité qui est sans doute celle qui crée la plus grande certitude. Si, cependant, la législation relative à l'insolvabilité prévoit que la procédure d'insolvabilité commence automatiquement dès l'introduction de l'action ou si l'intervalle entre l'introduction de l'action et le début de la procédure est très bref (voir la recommandation 18), cette option n'aura guère d'effet.

26. D'autres possibilités sont fondées sur le principe selon lequel l'obligation prend naissance lorsqu'une société est de fait ou techniquement insolvable, ce qui, dans certaines législations, peut se produire bien avant que ne soit introduite une action en insolvabilité. Si l'on suit l'approche générale qui inspire le Guide législatif, l'on pourrait dire qu'il y a insolvabilité dès lors qu'une société n'est pas en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles sont exigibles ou que le passif d'une société dépasse la valeur de son actif (recommandation 15). Une autre possibilité serait le moment à partir duquel l'insolvabilité semble imminente, c'est-à-dire lorsque la société est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (recommandation 15 a)). Ces critères sont de plus en plus fréquemment utilisés comme marquant le début de la situation d'insolvabilité et, dans certains pays, comme imposant aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité dans un délai spécifié, habituellement assez bref, suivant la situation de cessation de paiement. En imposant des obligations aux administrateurs à partir du même moment, on cherche à les encourager à agir de manière à éviter l'insolvabilité ou à prendre des mesures pour en limiter la gravité, y compris, le cas échéant, en lançant une procédure d'insolvabilité officielle.

27. Selon une approche quelque peu différente, on prend en compte la connaissance de la situation par un administrateur à un moment donné précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, il savait, ou aurait dû savoir, que la société était insolvable, ou sur le point de l'être, qu'il n'y avait aucune perspective raisonnable pour la société d'éviter une action en insolvabilité ou que la poursuite de l'activité était menacée, mais avant qu'une situation irréversible ou des difficultés financières ne surviennent ou que l'insolvabilité ne devienne inévitable. L'un des inconvénients d'un tel critère est qu'il peut être difficile de définir avec précision le moment auquel la connaissance requise peut être supposée. On peut toutefois faire valoir que, dans la mesure où les comptes de la société sont exacts, l'administrateur devrait pouvoir déterminer lorsque celle-ci est en difficulté et risque de répondre aux critères d'insolvabilité, ou, au contraire, partir du principe qu'il avait connaissance des informations qui auraient été révélées si la société avait respecté son obligation de tenir correctement sa comptabilité et

d'établir ses comptes annuels. L'application d'un tel critère exigerait que l'on étudie de manière plus générale les circonstances et le contexte, y compris, par exemple, la comptabilité et la situation financière globale de la société. Elle pourrait impliquer que l'on examine les flux de recettes, les dettes contractées et les imprévus, y compris la capacité de mobiliser des fonds. De manière générale, il ne suffirait pas d'apporter la preuve d'une insuffisance temporaire de liquidité.

## **D. Nature des obligations**

28. Si la raison qui conduit à imposer des obligations aux administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable peut être similaire dans différents pays, ceux-ci suivent des approches différentes en ce qui concerne la formulation de ces obligations et la définition du critère à appliquer. En général, toutefois, les législations mettent l'accent sur deux aspects, à savoir engager la responsabilité civile d'un administrateur qui a causé l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées alors que la société était sur le point d'être insolvable (y compris, le cas échéant, l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité) et éviter que les administrateurs ne prennent des mesures lorsque la société est sur le point d'être insolvable.

### **a) Obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité**

29. Comme il est noté au paragraphe 26, certaines législations imposent aux administrateurs l'obligation d'introduire une action en insolvabilité, laquelle pourra déboucher, entre autres, sur un redressement ou la liquidation, dans un délai spécifié généralement assez bref, par exemple trois semaines, suivant la date à laquelle la société est devenue techniquement insolvable. Faute de quoi, en raison des pertes subies par la société et ses créanciers, la responsabilité personnelle des administrateurs peut se trouver engagée, en tout ou en partie, voire leur responsabilité pénale, si la société poursuit son activité. Cette obligation est examinée dans la deuxième partie, aux paragraphes 35 et 36 du chapitre premier. Dans les pays où il est nécessaire de prouver le caractère frauduleux des actes des administrateurs pour invoquer le manquement à cette obligation, ce type d'obligation s'est révélé difficile à appliquer. Certains pays ont par conséquent remplacé ou complété l'ancienne notion d'"opération commerciale frauduleuse" par une notion plus moderne, celle de "faute de gestion", selon laquelle la responsabilité des administrateurs peut être engagée s'ils permettent à la société de continuer d'opérer alors qu'ils savent ou devraient savoir qu'elle ne sera pas en mesure d'éviter la liquidation pour insolvabilité, et ne prennent pas les mesures adéquates pour protéger les intérêts des créanciers.

### **b) Responsabilité civile**

30. Lorsque la société est sur le point d'être insolvable, la responsabilité civile de l'administrateur est généralement en cause lorsque celui-ci a provoqué l'insolvabilité ou n'a pas pris les mesures appropriées pour surveiller la situation financière de la société, éviter ou atténuer les difficultés financières, réduire au minimum les pertes que peuvent subir les créanciers et éviter l'insolvabilité. La responsabilité peut être engagée lorsqu'un administrateur effectue une transaction dans un autre but que celui d'atténuer les difficultés financières et de préserver la

valeur de la société (notamment des transactions à haut risque ou des transactions financées par des actifs de la masse, qui augmentent le risque encouru par la société, sans justification). Elle peut aussi être engagée lorsqu'un administrateur savait que l'insolvabilité était inévitable ou que la société ne pourrait pas faire face à ses engagements lorsqu'ils seraient exigibles, mais a néanmoins continué de gérer ses activités y compris, par exemple, en obtenant des biens et des services à crédit, sans aucune perspective de remboursement, et sans divulguer la situation financière de la société aux créanciers. Dans certaines législations, elle peut être engagée lorsqu'un administrateur faillit à son obligation de signaler l'incapacité d'effectuer certains paiements, tels que les impôts et les cotisations sociales, ou de faire une déclaration officielle d'insolvabilité.

31. En dehors des législations qui exigent que les administrateurs signalent cette incapacité ou fassent une déclaration officielle, on peut généralement s'attendre, dans les circonstances décrites plus haut, à ce qu'un administrateur agisse raisonnablement et prenne des mesures adéquates et appropriées pour surveiller la situation, de manière à rester informé, et puisse par conséquent limiter au minimum les pertes pour la société et les créanciers, éviter d'adopter des mesures qui aggraveraient la situation et prendre des mesures raisonnables pour éviter que la société ne devienne insolvable.

32. Parmi les mesures adéquates et appropriées, on pourrait envisager, selon la situation de fait, tout ou partie des mesures suivantes:

a) Les administrateurs pourraient veiller à l'établissement et à la tenue à jour de la comptabilité. Si tel n'est pas le cas, ils devraient s'employer à remédier à la situation;

b) Les administrateurs pourraient veiller à obtenir des informations exactes, pertinentes et à jour, notamment en s'informant indépendamment (plutôt qu'en se fiant uniquement aux indications de la direction) de la situation financière de la société, de l'ampleur de la pression exercée par les créanciers, de toute action en justice ou action en recouvrement engagée par des créanciers, ou des litiges avec des créanciers;

c) Des réunions régulières du conseil d'administration pourraient être convoquées pour surveiller la situation, les décisions commerciales (y compris les désaccords) étant soigneusement consignées, de même que les raisons les justifiant, y compris, le cas échéant, les raisons permettant à la société de poursuivre ses activités et les raisons de penser qu'il y a une perspective raisonnable d'éviter la liquidation pour insolvabilité. Parmi les mesures à prendre pourrait figurer la poursuite des activités, car il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de le faire, même si l'on est parvenu à la conclusion que la liquidation ne pourra pas être évitée, parce que, par exemple, la société a des actifs qui auront une valeur bien plus élevée s'ils sont vendus en vue de la poursuite de l'activité. Si la poursuite des activités nécessite de nouveaux emprunts (dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité l'autorise), il faudra consigner les raisons justifiant que la société demande ces nouveaux emprunts et contracte ainsi de nouvelles dettes, de manière à ce qu'il reste une trace écrite des mesures prises par les administrateurs, au cas où cela se révélerait nécessaire par la suite;

d) On pourrait demander l'avis ou l'aide de spécialistes, y compris de spécialistes de l'insolvabilité. Si les administrateurs peuvent avoir besoin d'avis

juridiques à ce stade, les questions clefs liées à la situation financière de la société sont généralement de nature commerciale plutôt que juridique. Il est souhaitable que les administrateurs examinent la situation financière de la société pour en tirer eux-mêmes les conclusions probables, tout en demandant des avis pour garantir que toute décision qu'ils prendront résistera à un examen objectif et indépendant;

e) On pourrait tenir des discussions préalables avec des auditeurs et, si nécessaire, faire réaliser un audit externe;

f) Les administrateurs pourraient examiner la structure et les fonctions de l'entreprise dans l'objectif d'en déterminer la viabilité et de réduire les dépenses. Ils pourraient envisager la possibilité de tenir des négociations de restructuration ou d'ouvrir une procédure de redressement et établir un rapport à ce sujet;

g) Les administrateurs pourraient modifier les pratiques de gestion de manière à cibler un éventail de parties intéressées, y compris les employés, les créanciers, les fournisseurs, les clients, l'État, les actionnaires et l'environnement, et décider des mesures à prendre en conséquence. Au cours de la période pendant laquelle l'insolvabilité devient probable ou difficile à éviter, le fait de s'attacher davantage à préserver les intérêts des créanciers qu'à maximiser la valeur au profit des actionnaires permet aux administrateurs de limiter au minimum le préjudice que pourrait causer aux créanciers, lesquels seront les acteurs principaux de la procédure d'insolvabilité, une conduite excessivement risquée, irresponsable ou gravement négligente;

h) Les administrateurs pourraient veiller à ce que la société ne prenne pas de mesures susceptibles d'entraîner la perte de collaborateurs clefs ni n'effectue d'opérations telles que celles visées dans la recommandation 87, qu'il est possible d'éviter ultérieurement, comme le fait de transférer des avoirs hors de la société à un prix sous-évalué. Tous les paiements ou opérations effectués à ce stade ne sont pas nécessairement suspects. Ainsi, un paiement visant à assurer la fourniture de biens ou services clefs ne constitue pas nécessairement un paiement préférentiel s'il vise uniquement la survie de la société. Il est souhaitable que les raisons justifiant le paiement soient clairement consignées pour le cas où une opération serait remise en question par la suite;

i) Dans l'intérêt de la société, on pourrait convoquer sans retard injustifié une assemblée générale des actionnaires, s'il ressort du bilan qu'une fraction convenue du capital-actions a été érodée (cette règle s'applique généralement lorsque la loi impose une obligation de maintenir un capital minimum).

### **c) Annulation d'opérations**

33. La recommandation 87 traite de l'annulation d'opérations à un prix sous-évalué, d'opérations préférentielles et d'opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers (voir deuxième partie, chap. II, par. 170 à 185). Elle s'appliquerait à l'annulation d'opérations réalisées par la société alors que celle-ci est sur le point d'être insolvable. En outre, certains des actes accomplis par les administrateurs peuvent être déclarés illicites une fois la société devenue insolvable, par exemple en application des règles relatives aux opérations illicites ou frauduleuses, et tel peut être le cas également si les actes en question ont aggravé la situation économique de la société ou ont été à l'origine de son insolvabilité, comme le fait de contracter un

nouvel emprunt ou d'offrir une nouvelle sûreté personnelle sans justification suffisante. En plus de prévoir l'annulation de l'opération, certaines lois prévoient qu'un administrateur peut être tenu personnellement responsable d'avoir autorisé la société à effectuer une telle opération. La responsabilité s'applique en général uniquement aux administrateurs qui ont autorisé l'opération. Ceux qui ont ouvertement exprimé leur désaccord, et dont l'objection a été dûment consignée, échapperont probablement à la responsabilité.

## **E. Le critère applicable**

34. Les lois qui régissent les obligations des administrateurs lorsque la société est sur le point d'être insolvable évaluent généralement le comportement de ces derniers durant cette période en se fondant sur divers critères pour déterminer s'ils ont ou non manqué à leurs obligations.

35. Dans certains pays, la question de savoir à quel moment un administrateur ou un dirigeant a su ou aurait dû savoir que la société était insolvable ou sur le point de l'être est évaluée en fonction des connaissances générales, des compétences et de l'expérience pouvant raisonnablement être attendues d'une personne investie des mêmes attributions. On pourra attendre davantage de l'administrateur d'une grande société dotée de procédures et de systèmes comptables très avancés. Si les compétences et l'expérience de l'administrateur dépassent celles qu'exigent ses attributions, son comportement pourra être évalué en fonction de ses compétences et de son expérience effectives plutôt que de celles qu'exigent ses fonctions. En revanche, un manque de compétences et d'expérience, eu égard à ce qu'exige l'emploi, ne constitue pas une excuse, et le comportement de l'administrateur pourra être jugé au regard des compétences et de l'expérience que suppose l'exercice de ses attributions.

36. Selon une autre approche, l'administrateur doit avoir eu des motifs raisonnables de soupçonner que la société était insolvable ou le deviendrait au moment où il a engagé la dette ayant débouché sur l'insolvabilité de la société. Ces motifs doivent être plus que de simples spéculations, et l'administrateur doit avoir de véritables raisons de craindre l'insolvabilité. Ce critère ne va pas aussi loin que celui qui exige de l'administrateur qu'il ait prévu ou su que la société serait insolvable. Il prend en compte un administrateur ayant des compétences courantes et possédant un minimum de connaissances sur la situation financière de la société, l'évaluation se fondant sur les informations que cet administrateur aurait pu connaître et non sur celles constatées ultérieurement le cas échéant. Les données d'expérience dans les pays ayant adopté de telles dispositions montrent que lors de l'examen des faits survenus, souvent même avant l'examen, les tribunaux se montrent très compréhensifs à l'égard de la situation dans laquelle se trouvaient les administrateurs, analysant scrupuleusement cette situation et faisant preuve de compréhension à l'égard des problèmes rencontrés par la société. Les tribunaux hésitent fréquemment à critiquer les opérations commerciales des administrateurs au motif qu'il n'est pas justifié de partir du principe que ce qui est effectivement arrivé était inéluctable ou nécessairement évident sur le moment.

37. Une autre approche encore se fonde sur les fautes de gestion. Pour cela, il est peut être nécessaire d'établir qu'il existe un lien de causalité entre la faute de

gestion et les dettes qui en résultent ou que la faute de gestion a joué un rôle important dans l'insolvabilité de la société. Cette approche exige qu'un administrateur soit reconnu coupable d'avoir commis une faute de gestion par référence à ce que ferait un administrateur normalement avisé. Des exemples de comportement ou d'actes pouvant engager la responsabilité des administrateurs sont notamment l'imprudence, l'incompétence, le manque d'attention, l'inaction, les transactions d'initiés ou n'ayant pas de caractère commercial ou l'octroi irrégulier de crédits dépassant les moyens de la société, mais les plus fréquents sont le fait de permettre à la société de continuer d'opérer alors qu'elle est manifestement insolvable et d'entreprendre des projets dépassant ses moyens financiers et ne répondant pas à ses intérêts. D'autres exemples, relevant également du concept de faute de gestion, sont notamment les cas dans lesquels les administrateurs n'ont pas fait preuve de la diligence requise pour vérifier l'assise financière des partenaires commerciaux ou pour analyser d'autres facteurs importants avant de conclure des contrats, n'ont pas fourni d'informations suffisantes pour permettre au comité de surveillance de superviser l'action de la direction, n'ont pas suivi comme il convient la gestion financière de la société, ont négligé d'adopter des mesures qui auraient permis d'éviter des risques manifestement prévisibles ou ont, par leur mauvaise gestion, été à l'origine de troubles et de grèves. Pour établir qu'une faute de gestion a été commise, il n'est pas nécessaire qu'un administrateur ait activement participé à la gestion de la société; son consentement passif peut être suffisant.

## **F. Exécution des obligations des administrateurs lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité**

### **1. Moyens de défense**

38. Dans certains pays, les administrateurs, tout en ayant des obligations lorsque la société est sur le point d'être déclarée insolvable, peuvent néanmoins invoquer certains moyens de défense, comme la règle relative au jugement d'affaires pour démontrer que leur comportement a été raisonnable. Cette règle établit une présomption selon laquelle les administrateurs ont, par exemple, agi de bonne foi et avaient des raisons de croire qu'ils agissaient dans l'intérêt de la société, qu'ils n'avaient pas d'intérêt personnel matériel dans la décision prise et qu'ils s'étaient dûment informés. Une approche légèrement différente donne aux administrateurs le bénéfice du doute, l'idée étant que les risques sont inévitables dans les affaires et sont un élément inhérent à toute décision de gestion. Comme indiqué ci-dessus, les tribunaux hésitent fréquemment à substituer leur appréciation à celle d'un administrateur qui s'est acquitté des devoirs de diligence et de loyauté ou, avec l'avantage du recul, à critiquer ses décisions. Il se peut également que la règle relative au jugement d'affaires constitue un moyen de défense en cas de manquement à certaines des obligations prévues par la loi, mais pas à toutes.

39. Dans les pays qui prévoient la responsabilité en cas de faute de gestion, les administrateurs doivent démontrer qu'ils avaient pris les mesures voulues pour réduire au minimum les pertes que risquaient de subir les créanciers de la société, après avoir constaté qu'il serait difficile d'éviter la liquidation. Sous réserve de pouvoir prouver qu'ils ont pris des décisions commerciales raisonnables et objectives fondées sur des données financières exactes et sur l'avis de professionnels compétents, les administrateurs devraient pouvoir s'appuyer sur ces

moyens de défense même si leurs décisions se sont révélées mauvaises d'un point de vue commercial.

40. Le fait qu'un administrateur ne connaisse pas les affaires de la société ne peut en général pas lui servir d'excuse pour ne pas s'acquitter de ses obligations. Par ailleurs, la démission d'un administrateur lorsque la société est sur le point d'être insolvable ne le libérera pas nécessairement de sa responsabilité, étant donné que certaines lois prévoient qu'il laisserait ainsi entendre que sa démission était liée à l'insolvabilité, qu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'imminence de l'insolvabilité et qu'il a omis de prendre des mesures raisonnables pour réduire au minimum les pertes des créanciers et pour redresser la situation. Si un administrateur s'est opposé à une décision qui fait ultérieurement l'objet d'un examen, son désaccord devrait normalement être consigné afin qu'il puisse s'y référer. Lorsqu'un administrateur est en désaccord avec les autres administrateurs sur les mesures à prendre et ne parvient pas à les convaincre en dépit des mesures raisonnables engagées à cette fin, sa démission peut être justifiée sous réserve que ses efforts et ses conseils soient consignés.

## **2. Voies de droit**

41. Dans de nombreux pays, lorsqu'un administrateur manque à ses obligations, la loi prévoit différentes voies de droit, qui peuvent également être combinées, y compris celles prévues dans le droit civil et pénal. Dans le droit civil, les voies de droit visent essentiellement à fournir une réparation pour manquement aux obligations et dommages subis; la manière de calculer le montant de la réparation varie toutefois. Dans un petit nombre de pays, la loi prévoit également l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise.

### **a) Dommages-intérêts et réparation**

42. Lorsqu'un administrateur est reconnu coupable d'omissions ou d'actes fautifs lorsque la société est sur le point d'être insolvable, l'étendue de sa responsabilité peut varier. Dans certains pays, il peut être tenu pour responsable des pertes ou dommages subis par des créanciers et des employés ainsi que par la société elle-même, lorsque les pertes résultent directement de ses actes ou omissions. Il peut également être tenu pour responsable des paiements qui ont eu pour effet de réduire la valeur de la masse de l'insolvabilité ou des actifs de la société. Certains pays autorisent les tribunaux à évaluer le degré de responsabilité en fonction de la nature et de la gravité de la mauvaise gestion ou des actes ayant engagé la responsabilité de l'intéressé. Dans certains cas, cette responsabilité peut être imputée à des administrateurs déterminés tandis que, dans d'autres, la responsabilité des membres du conseil d'administration peut être conjointe et solidaire. Dans certains pays, l'administrateur peut être tenu pour responsable de la différence entre la valeur des actifs de la société au moment où elle aurait dû cesser d'opérer et la valeur à la date à laquelle elle a effectivement cessé de fonctionner. Certains pays tiennent compte de la différence entre la situation des créanciers et de la société une fois commise la faute de gestion et leur situation en l'absence de faute de gestion. Selon une approche légèrement différente, les administrateurs peuvent être tenus de verser la différence entre les actifs disponibles et le solde nécessaire à la société pour honorer ses dettes.



43. Dans certains pays, qui imposent l'obligation de présenter une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital, la loi prévoit également l'octroi de dommages-intérêts.

44. Lorsque les administrateurs sont jugés responsables, il peut être précisé que le montant recouvré doit être versé à la masse de l'insolvabilité. Dans certains pays, en cas de nantissement global d'entreprise, le montant des dommages-intérêts recouvrés est versé aux créanciers chirographaires (comme indiqué au paragraphe 12). On peut faire valoir dans ce cas que la réparation ne devrait pas être attribuée aux créanciers garantis, étant donné que les faits motivant l'action ne se produisent pas avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et ne peuvent donc être visés par une sûreté constituée auparavant par la société. Par ailleurs, contrairement à ce qui est le cas dans une action en annulation, l'objectif n'est pas de recouvrer les actifs de la société, mais d'obtenir une contribution des administrateurs pour rembourser l'ensemble des créances.

45. Outre les voies de droit susmentionnées, les dettes ou obligations dues aux administrateurs par la société peuvent être différées ou déclassées et les administrateurs peuvent être tenus de rendre compte de tous les biens qu'ils ont acquis ou qu'ils se sont attribués sur le compte de la société ou de tout avantage obtenu en situation de manquement à leurs devoirs.

#### **b) Interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur**

46. La législation d'un petit nombre de pays dispose que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité entraîne l'interdiction pour un administrateur d'exercer de telles fonctions ou de prendre part à la gestion d'une entreprise. Ces mesures sont généralement considérées comme des mesures de protection destinées à empêcher ces administrateurs d'occuper un poste où il risquent de causer d'autres préjudices en continuant d'exercer leurs fonctions de gestion et d'administration dans la même ou dans une autre société. Selon la législation d'un pays, une personne peut se voir interdire d'exercer ces fonctions pendant une période comprise entre 2 et 15 ans lorsqu'elle n'est pas jugée "apte" à les assumer. Les facteurs pris en considération à cette fin sont notamment un manquement à l'obligation fiduciaire, un détournement de fonds, des déclarations financières ou non financières trompeuses, ou un manquement à l'obligation de tenir une comptabilité et de soumettre des rapports appropriés. Les causes d'interdiction peuvent être également des actes en rapport avec l'insolvabilité de la société, l'administrateur pouvant ainsi être tenu pour responsable si la société a conclu des transactions pouvant être annulées pour des motifs semblables à ceux visés dans la recommandation 87 ou si elle a continué d'opérer alors que l'intéressé savait ou aurait dû savoir qu'elle était insolvable. Ces différents facteurs sont généralement pris en considération globalement pour déterminer, dans un cas spécifique, si l'intéressé n'est pas "apte" à exercer les fonctions d'administrateur. Dans les pays qui prévoient une telle interdiction, les administrateurs reconnus inaptes sont souvent, mais pas toujours, ceux qui se sont signalés par un manque d'honnêteté dans les affaires, une faute grave ou une incompétence manifeste.

47. L'interdiction d'exercer les fonctions d'administrateur peut être prononcée en même temps que d'autres sanctions, comme indiqué ci-dessus, ou peut être prononcée seule lorsque la conduite de l'administrateur justifie une telle sanction.

### **3. Droit d'agir**

48. Dans plusieurs pays, la législation restreint le droit d'intenter une action contre un administrateur selon la nature de l'action, la personne habilitée à agir et la date à laquelle l'action est intentée. Des considérations similaires s'appliquent également à l'exercice des pouvoirs d'annulation visés dans la recommandation 87 (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195).

49. Dans un certain nombre de pays, lorsque la procédure d'insolvabilité a commencé, le représentant de l'insolvabilité est le seul qui, après avoir analysé les décisions prises par l'administrateur avant l'insolvabilité, soit habilité à poursuivre l'administrateur, par exemple pour annuler une opération particulière ou pour obtenir dans l'intérêt des créanciers réparation du préjudice causé à la société. Les lois en matière de fautes de gestion, par exemple, peuvent autoriser le représentant de l'insolvabilité à poursuivre des administrateurs de la société pour qu'ils contribuent à la masse de l'insolvabilité lorsque leurs actes ont contribué à l'insolvabilité de leur société ou ont constitué des actes de mauvaise gestion. Certains pays autorisent également le procureur ou le tribunal agissant d'office à intervenir. Dans certains pays et dans certaines circonstances, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité s'abstient d'intervenir, les créanciers peuvent avoir un droit dérivé (voir deuxième partie, chap. II, par. 192 à 195).

50. Dans les pays qui imposent l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société et les créanciers peuvent demander des dommages-intérêts. Lorsque des paiements ont été effectués par les administrateurs en violation du moratoire accompagnant l'obligation d'ouvrir une procédure d'insolvabilité, la société elle-même peut demander des dommages-intérêts. Elle peut également le faire dans les pays qui prévoient l'obligation de convoquer une assemblée générale des actionnaires en cas de perte de capital.

### **4. Financement de la procédure**

51. Une difficulté pouvant se présenter dans les pays qui autorisent le représentant de l'insolvabilité à agir a trait au paiement des frais de justice si l'action n'aboutit pas. L'absence de fonds est le plus souvent invoquée pour expliquer le nombre relativement faible d'actions engagées pour manquement aux obligations. Comme c'est fréquemment le cas des actions en annulation, il se peut que les représentants de l'insolvabilité soient peu disposés à dépenser des sommes faisant partie de la masse pour entamer une action à moins que celle-ci n'ait de très bonnes chances d'aboutir (voir deuxième partie, chap. II, par. 196). Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le financement de telles actions. Des fonds peuvent être mis à disposition sur la masse de l'insolvabilité lorsque les actifs sont suffisants; le droit d'engager une telle action, ou le produit escompté d'une telle action si elle aboutit, peut être cédé contre valeur à un tiers, notamment aux créanciers; ou encore les frais liés à l'engagement d'une telle action peuvent être financés par une éventuelle réparation. Dans certains cas, les réclamations visant les administrateurs peuvent être réglées, ce qui permet d'éviter d'avoir à trouver des fonds. Ce type de procédures devrait être facile à engager et des moyens de financement adaptés devraient être mis en place. Il serait judicieux de désigner les tribunaux compétents pour engager ce type d'actions; cette question est examinée ci-dessus au paragraphe 19 du chapitre premier de la deuxième partie.

## **Projet de recommandations 1 à 11**

### **Objet des dispositions législatives**

Les dispositions régissant les actes ou omissions des personnes responsables de la gestion d'une société ("administrateurs") lorsque celle-ci est dans l'incapacité effective ou imminente de répondre à ses obligations à leur échéance ont pour objet:

- a) De faire en sorte que les lois sur l'insolvabilité protègent les intérêts légitimes des créanciers en leur épargnant les préjudices découlant des actes abusifs ou omissions des administrateurs à un moment donné;
- b) De prévoir des voies de droit proportionnées lorsque des administrateurs ont commis des actes abusifs ou des omissions qui ont provoqué l'insolvabilité et partant des pertes pour les créanciers, ou qui les ont aggravées; et
- c) De le faire de manière à réduire au minimum le risque que ces dispositions:
  - i) Nuisent au redressement efficace d'une société;
  - ii) Découragent des personnes d'exercer les fonctions d'administrateur, en particulier dans les sociétés en difficulté financière; ou
  - iii) Empêchent les administrateurs d'exercer leur jugement d'affaires de manière raisonnable et de prendre des risques commerciaux raisonnables.

### **Contenu des dispositions législatives**

1. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'il est établi lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité que les actes abusifs ou omissions d'un administrateur ont porté préjudice aux intérêts des créanciers d'une société, ledit administrateur est responsable de son comportement à l'égard de la société.

#### *Parties redevables des obligations*

2. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la partie redevable des obligations. Il peut s'agir de toute personne qui, conformément au droit interne, exerce les fonctions d'administrateur [voir les précisions concernant les personnes pouvant être considérées comme administrateurs aux paragraphes 20 à 22 ci-dessus].

#### *Naissance des obligations*

3. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les obligations énoncées dans la recommandation 4 naissent au moment où un administrateur sait ou aurait dû raisonnablement savoir que l'insolvabilité était probable ou inévitable.

#### *Les obligations*

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à compter du moment mentionné dans la recommandation 3, un administrateur devrait avoir les obligations suivantes:

- a) Prendre les mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ou réduire au minimum l'étendue de l'insolvabilité lorsque celle-ci est inévitable;
- b) Tenir dûment compte des intérêts des créanciers;

c) Se tenir pleinement informé des affaires de la société, notamment en sollicitant, si nécessaire, l'avis de spécialistes; et

d) Veiller à ce que les actifs de la société soient protégés et ne pas autoriser la société à réaliser des opérations comme celles visées dans la recommandation 87, ni engager la société dans de telles opérations.

#### *Responsabilité*

5. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des voies de droit lorsqu'un administrateur a manqué aux obligations visées dans la recommandation 4 et que ce manquement a, directement ou indirectement, entraîné l'insolvabilité ou accru les pertes subies par les créanciers.

6. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un administrateur qui a pris les précautions nécessaires et accordé l'attention voulue attendues d'un administrateur compétent n'est pas responsable en cas de manquement aux obligations visées dans la recommandation 4.

#### *Voies de droit*

7. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que la responsabilité d'un administrateur en cas de manquement aux obligations visées dans la recommandation 4 devrait être proportionnée et limitée en fonction de la mesure dans laquelle le manquement a, personnellement ou collectivement, entraîné des pertes ou accru celles existantes. Les voies de droit peuvent notamment avoir pour objet:

a) D'apporter une contribution appropriée au remboursement des dettes de la société;

b) De prévoir la réparation des pertes causées par l'une quelconque des opérations visées par la recommandation 87, que la société a réalisées;

c) De limiter l'exercice du droit à compensation en ce qui concerne les dettes dues à l'administrateur par la société;

d) Lorsque l'administrateur est un créancier, de prévoir que la totalité ou une partie de toute dette de la société envers l'administrateur a la priorité de rang sur toutes les autres dettes de la société.

#### *Conduite d'une action contre un administrateur*

8. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité est la principale personne habilitée à engager une action contre un administrateur pour manquement aux obligations visées dans la recommandation 4. Elle peut aussi permettre aux créanciers d'engager une telle action avec l'accord du représentant de l'insolvabilité et, lorsque ce dernier ne donne pas son accord, leur permettre de demander l'autorisation au tribunal d'engager l'action.

#### *Financement d'une action contre un administrateur*

9. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les frais d'une action visant un administrateur sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité.

10. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions pour l'engagement et le financement de la procédure.

*Mesures supplémentaires*

11. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir des mesures supplémentaires, outre les voies de droit énoncées dans la recommandation 7, pour décourager les comportements engageant la responsabilité d'un administrateur comme indiqué dans la recommandation 5. Ces mesures peuvent notamment consister à limiter l'aptitude d'un administrateur à exercer ses fonctions pendant une certaine période.

*Note à l'intention du Groupe de travail*

52. Si les recommandations ci-dessus constituent la quatrième partie du Guide législatif, elles seront numérotées de 255 à 266. Les recommandations 8 à 10 s'appuient sur les recommandations 93 à 95 du Guide législatif et ont été incorporées au motif qu'elles s'appliquent également aux actions engagées contre un administrateur pour manquement à ses obligations lorsqu'une société est sur le point d'être insolvable.

---