Le devoir de loyauté du dirigeant social : une racine morale et juridique du droit des sociétés

Fabien Tarissan

▶ **To cite this version:**

Fabien Tarissan. Le devoir de loyauté du dirigeant social : une racine morale et juridique du droit des sociétés. Droit. 2021. dumas-03376934

HAL Id: dumas-03376934

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03376934

Submitted on 13 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Institut National Universitaire Champollion

MÉMOIRE DE RECHERCHE

EN VUE DE L'OBTENTION DU
MASTER 1 DROIT DE L'ENTREPRISE

PRÉSENTÉ ET SOUTENU PAR :
Fabien TARISSAN

LE DEVOIR DE LOYAUTÉ DU DIRIGEANT SOCIAL : UNE RACINE MORALE ET JURIDIQUE DU DROIT DES SOCIÉTÉS.

DIRECTEUR DE MÉMOIRE :
EMMANUEL CORDELIER
Maître de conférences à l'INU CHAMPOLLION

Année universitaire 2020 – 2021 Institut National Universitaire J-F CHAMPOLLION

MÉMOIRE DE RECHERCHE

LE DEVOIR DE LOYAUTÉ DU DIRIGEANT SOCIAL : UNE RACINE MORALE ET JURIDIQUE DU DROIT DES SOCIÉTÉS.

Remerciements

J’adresse mes remerciements :

Au professeur Emmanuel CORDELIER pour avoir dirigé mes recherches.

A l’INU CHAMPOLLION pour la mise à disposition de la majeure partie des ressources documentaires utilisées dans le cadre de ce travail.

Aux personnes qui m’ont formé et ont contribué à mon édification académique, culturelle et personnelle.

Sommaire

Titre 1 : Le devoir de loyauté du dirigeant dans les relations internes à la société.

Chapitre 1 : L'identification, le contrôle et l'encadrement des situations de conflit d'intérêts.

Chapitre 2 : L'incrimination des formes de déloyauté les plus graves.

Titre 2 : Le devoir de loyauté dans les relations externes à l'entreprise, l'exemple de l'encadrement de la concurrence.

Chapitre 1 : La limitation jurisprudentielle de la concurrence du dirigeant.

Chapitre 2 : La limitation conventionnelle de la concurrence du dirigeant.

Le devoir de loyauté du dirigeant social : une racine morale et juridique du droit des sociétés.

Introduction

« L'entreprise ne peut exiger la loyauté de ses salariés : elle doit la mériter ». Cette citation du théoricien du management Charles HANDY, bien que juridiquement erronée puisque le droit français place un devoir de loyauté à la charge des salariés, a le mérite de montrer que la loyauté est une notion qui s'inscrit dans la complexité et ne dépend pas exclusivement de la vertu de son débiteur. Cette complexité se fait croissante lorsqu'on considère que l'objet de la loyauté est une personne morale qui entretient déjà, par essence, une relation complexe avec les personnes physiques. Si le professeur HANDY limite son propos aux salariés, ne serait-il pas pertinent d'étendre la question de la loyauté à la personne du dirigeant ? Il est de coutume de dire que la différence entre un droit et un pouvoir est que le droit s'exerce dans l'intérêt personnel de son titulaire et le pouvoir dans l'intérêt d'autrui. A ce titre, pourrait se poser la question de la nature des prérogatives d'un dirigeant de société. Si l'on considère que la société est l'incarnation juridique d'une activité économique, l'entreprise, exercée par une personne physique dans le but de répondre à la nécessité d'un revenu, alors la société apparaît comme un simple outil dont il semble difficile de concevoir qu'il puisse être utilisé dans un intérêt autre que celui de la personne qui le manie. Ainsi, dans les sociétés unipersonnelles, il semblerait de prime abord légitime que les prérogatives du dirigeant relèvent du droit exercé dans son intérêt propre. Toutefois, cette analyse commence à se trouver remise en cause lorsque l'on insère l'activité économique dans un environnement économique complexe et que l'on intègre des paramètres tels que les besoins des clients de cette activité ou la nécessité du financement de l'action étatique à travers le prélèvement fiscal. De même elle semble perdre encore en pertinence lorsqu'on accorde le terme « associé » au pluriel. Enfin, elle apparaît totalement obsolète lorsqu'on ajoute l'intérêt de salariés et de créanciers à l'équation. L'exercice d'une activité économique semble donc relever d'une communauté d'intérêts ce qui explique que le Droit français ait fait le choix de considérer les prérogatives d'un dirigeant de société comme un pouvoir et non comme un droit. Il faut donc en déduire que le dirigeant social doit agir dans l'intérêt de la société. Partant de ce constat, il n'y a qu'un pas à franchir pour dire qu'il doit lui être loyal.

Ce pas, le Droit français l'a franchi timidement et la question de l'existence d'un devoir de loyauté du dirigeant de société appelle discussion. Pour comprendre cette ambivalence, il est nécessaire d'appréhender le concept, ce qui suppose d'en définir les termes. Selon l'article 1832 du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de

profiter de l'économie qui pourra en résulter ». En mettant en avant les trois éléments constitutifs d'une société : l'affectation de biens, autrement appelée l'apport, la volonté de prendre part aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise et l'*affectio societatis*, cette définition fait apparaître la société comme une communauté d'intérêts forgée par contrat. Comme ont pu le faire remarquer Anne FAUCHON et Philippe MERLE[1] , cette définition opère une synthèse entre conception contractuelle et institutionnelle de la société. Néanmoins il semble tout de même qu'elle soit quelque peu réductrice. En effet, l'article 1842 du code civil dispose que l'immatriculation d'une société la dote de la personnalité morale. Et l'article 1833 lui attribue dans son second alinéa un intérêt propre appelé intérêt social. Il semble donc que la société ne doive pas être simplement regardée comme la communauté des intérêts de ses associés mais également comme une personne dotée d'un intérêt propre[2]. Le terme de « dirigeant » mérite lui aussi quelques éclaircissements. Définir le dirigeant d'une société de manière générale n'est pas aisé en cela que ses prérogatives précises dépendent de l'organisation de la société, de la forme sociale et dans une certaine mesure, de la réalité effective de chaque société. En dépit de cette difficulté, il est généralement admis qu'est dirigeant de société celui qui occupe une fonction d'orientation, de gestion ou de représentation de la société. A titre d'exemple, peuvent être cités le conseil d'administration, son président et le directeur général d'une SA, comme répondant à cette définition.[3] Enfin, le terme de « devoir de loyauté » requiert également une définition. Dans une acception restreinte, l'expression « devoir de loyauté du dirigeant » fait référence à une obligation du dirigeant, que Julia HEINICH définit synthétiquement comme « une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge du dirigeant »[4], à laquelle il faudrait ajouter, une obligation d'information au profit des associés. Cependant, le terme « loyauté » semble disposer d'une charge sémantique plus large. Le Vocabulaire Juridique de Gérard CORNU définit notamment la loyauté comme de la « bonne foi contractuelle ». Si cette définition semble perfectible en cela qu'appliquée à la loyauté du dirigeant de société, elle ne rend compte que d'une analyse contractuelle de l'entité sociale et élude une vision plus organique, son assimilation à la bonne foi permet de confirmer la possibilité une acception large du concept de loyauté. Cette interprétation est soutenue par Nadège JULLIAN

1 A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24ème édition, Dalloz, 2020, p.45

2 Cela étant, il semble juste de considérer que l'intérêt social représente une communauté d'intérêts. La différence tient dans le fait que celle-ci ne se réduit pas aux associés et englobe les salariés, les créanciers, l'État, les clients et même l'environnement.

3 Art. L225-35 ; L225-51 ; L225-53 ; L225-56 pour la définition des prérogative de ces organes.

4 Julia HEINICH, « Devoir de loyauté du dirigeant envers la société : pas de responsabilité en cas d'autorisation unanime des associés », *revue des contrats*, n°4, 10/12/2020, p.56

lorsqu'elle évoque dans une citation du dictionnaire d'Emile LITTRE[5] « une exigence de loyauté au sens de celui qui obéit aux règles de l'honneur et de la probité », rendant ainsi compte de la dimension morale de la notion. Le devoir de loyauté du dirigeant pourrait donc faire référence à une obligation globale du dirigeant d'agir de bonne foi envers la société, dont l'obligation de non-concurrence évoquée par Julia HEINICH ainsi que celle d'information, seraient des déclinaisons. En combinant cette idée avec les dispositions de l'article 1832 du code civil qui met en avant une conception contractuelle de la société fondée sur l'intérêt des associés et celles de l'article 1833 alinéa 2 : « La société est gérée dans son intérêt social... », il semble possible de définir le devoir de loyauté du dirigeant comme une obligation de bonne foi dans la tâche qui lui incombe de gérer la société conformément à l'intérêt social et des associés.

Cette définition posée, une difficulté émerge : celle de l'existence dans le droit positif d'une obligation de loyauté du dirigeant. Une réponse rapide à cette question consisterait à citer les arrêts VILGRAIN[6] et KOPCIO[7] et à affirmer que qu'un tel devoir de loyauté existe bel et bien dans le droit positif. Une réponse plus nuancée tenant compte des précédents développements consisterait à induire une différence entre devoir de loyauté *stricto sensu* et devoir de loyauté *lato sensu*. Il s'agirait d'affirmer qu'il existe un devoir d'information et de non concurrence à la charge du dirigeant appelé devoir de loyauté mais qu'il n'existe pas en droit positif d'obligation générale de loyauté. Cette affirmation serait formellement fausse mais partiellement juste dans sa matérialité. D'une part cette affirmation serait fausse car les arrêts précités évoquent en toutes lettres un devoir de loyauté. L'arrêt VILGRAIN retient sans équivoque que « M. Bernard VILGRAIN a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société… ». De même l'arrêt KOPCIO retient que le gérant d'une SARL ou le directeur général d'une SA est « tenu à une obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise… ». Dans ces deux arrêts, la chambre commerciale utilise le terme d'obligation de loyauté et non d'obligation d'information ou de non-concurrence. L'absence de restriction ou de précision quant à ce devoir de loyauté permet d'affirmer qu'il s'agit dans ces arrêts de consacrer un devoir général de loyauté du dirigeant de société au sens de la définition large posée précédemment : une obligation de bonne foi dans la tâche qui lui incombe de gérer la société. Toutefois, sur le plan matériel, depuis plus de vingt ans que ces arrêts ont fait jurisprudence, cette obligation de loyauté ne s'est jamais affranchie du domaine de l'information des associés ou de la

5 Nadège JULLIAN « L'adage *Volenti non fit injuria* et le devoir de loyauté du dirigeant », *La semaine juridique – entreprise et affaires* – n°45, 05/11/2020 page 17. Citation : E. LITTRE, dictionnaire de la langue française t. 3 : Hachette, 1876, p.352.

6 Cour de cassation, chambre commerciale, 27 février 1996 n°94-11.241

7 Cour de cassation, chambre commerciale, 24 février 1998 n°96-12.638

non-concurrence. Il ne semble donc pas inepte d'affirmer qu'en l'état actuel de la jurisprudence, il n'existe pas d'obligation générale de loyauté indépendante de ces deux manifestations que sont l'information des associés et l'absence de concurrence à la société. Néanmoins, cette analyse mériterait d'être sérieusement nuancée pour deux raisons. D'une part, au regard de la formulation des arrêts et en tenant compte du fait que l'arrêt KOPCIO constitue une extension du domaine de l'obligation de loyauté posée dans l'arrêt VILGRAIN, il semble possible de se fonder sur ce devoir pour soutenir un prétention différente des domaines dans lesquels il a été consacré. En d'autres termes, l'absence d'extension effective du devoir de loyauté au cours des deux dernières décennies ne prouve pas qu'une telle extension est impossible et ne sera pas opérée à l'avenir. D'autre part, il semble pertinent de regarder certains dispositifs juridiques du droit des sociétés comme relevant de ce devoir de loyauté alors qu'ils en sont juridiquement indépendants. Le lien doit ici être établi sur le plan idéologique et doctrinal, de sorte qu'il semble juste d'affirmer que la volonté de promouvoir la loyauté du dirigeant de société est une idée qui irrigue une grande partie du droit des sociétés. En droit positif, il apparaît possible de considérer que certaines dispositions du droit des sociétés ou du droit pénal des affaires sont des manifestations spécifiques d'une obligation générale de loyauté du dirigeant de société. Établir une telle filiation permettrait de rendre compte d'une proximité idéologique entre plusieurs dispositions sans commettre de contre-sens juridique, un tel régime spécial ayant vocation à déroger au général.

Au delà de la valeur juridique d'un devoir général de loyauté, il n'est pas inintéressant d'en questionner la nécessité : est-il nécessaire d'agir par le droit pour que le dirigeant de société œuvre dans l'intérêt de la société ? La doctrine libérale classique tendrait à répondre par la négative et à « laisser faire, laisser aller » en attendant que la régulation se fasse d'elle même, sous l'action d'une « main invisible ». Cette sérénité repose sur une idée : celle que le dirigeant de société a un intérêt personnel à protéger l'intérêt de la société. Celui-ci peut être de nature sociologique : être chef d'entreprise constitue une position enviable dans la Société, d'autant plus enviable au regard du succès que rencontre l'entreprise. Par conséquent, le dirigeant d'une société a intérêt à œuvrer pour le succès de celle-ci et à éviter d'être privé de son poste par les associés ou par sa dissolution. De même l'incitation peut être de nature économique. En effet, la fonction de dirigeant social peut être rémunérée, parfois même dans des proportions si importantes qu'elles en deviennent problématiques, et celui qui l'occupe n'a pas intérêt à se priver de ce revenu. Au delà, d'une rémunération forfaitaire il est possible d'établir une corrélation mathématique entre les résultats de la société et le niveau de rémunération du dirigeant. Plusieurs mécanismes juridiques permettent

cela, le plus iconique étant celui des *stock options*, qui permettent à un dirigeant l'achat d'actions à prix fixe différé dans le temps et lui garantissent un enrichissement instantané si la valeur des parts sociales s'est appréciée durant son mandat. Il faut donc relever que le lien unissant un dirigeant à sa société permet une convergence d'intérêt entre les deux entités. Toutefois, cette architecture primaire qui tend à la convergence des intérêts ne permet pas d'écarter purement et simplement la possibilité d'un conflit d'intérêts entre la société et le dirigeant. C'est dans ces hypothèses qu'un devoir du loyauté du dirigeant, entendu au sens large, a vocation à se manifester. Ainsi présentée, l'idée d'une obligation de loyauté du dirigeant de société semble vertueuse et c'est probablement pour cette raison qu'elle trouve une résonance dans certaines préconisations formulées au titre de la gouvernance d'entreprise ou *corporate governance.* En effet, certains acteurs militant pour un assainissement des pratiques de gestion ont pu proposer d'étendre l'application de certaines règles juridiques qui peuvent être regardées comme des déclinaisons d'un devoir de loyauté général du dirigeant d'entreprise. D'autres ne semblent pas relever de ce devoir mais l'influencent indirectement ou se placent dans son sillage. Toutefois ce constat enthousiaste vis-à-vis du devoir de loyauté et de ses déclinaisons doit être nuancé à l'aune d'une étude desdites déclinaisons.

De manière évidente, la première manifestation du devoir de loyauté qui vient à l'esprit en est plus une application directe spécifique qu'une déclinaison à proprement parler. Il s'agit des deux obligations qui ont permis la consécration du devoir : l'obligation d'information et de non-concurrence issue respectivement des arrêts VILGRAIN et KOPCIO. Elle ont vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où un dirigeant de société pourrait trouver un profit dans la réalisation d'une situation qui ferait de l'ombre aux associés ou concurrence à la société. L'obligation de non-concurrence peut également être précisée par voie contractuelle. Toutefois ces deux obligations ne sont pas les seules manifestation du devoir de loyauté. Les dispositions relatives aux conventions réglementées relèvent elles aussi d'une forme de loyauté vis-à-vis de la société puisqu'il s'agit d'éviter que sa direction ne détourne ses moyens à des fins personnelles différentes de l'intérêt social. Les plus graves de ces détournements font également l'objet d'une incrimination en droit pénal des affaires, à l'image de l'abus de confiance ou de l'abus de biens sociaux. Là encore il s'agit de promouvoir une forme de loyauté en sanctionnant et dissuadant la commission d'actes graves de déloyauté. De même, la faculté laissée au dirigeant de consentir à un accord de non-concurrence relève du devoir de loyauté. Sans doute d'autres exemples pourraient-ils être pertinents, mais l'exigence d'un propos synthétique invite à cibler les développements sur ces éléments principaux qui ont le mérite de mettre en lumière les principaux aspects du devoir de

loyauté. Également, il semble plus pertinent de resserrer les développements autours des trois formes de sociétés commerciales les plus répandues en France : SA, SARL et SAS.

En dépit de leurs vertus, ces différentes manifestations du devoir de loyauté peuvent soulever des difficultés, c'est pourquoi il convient d'adopter, à leur égard, un regard critique. A titre d'exemple, si les différentes obligations d'information des associés à la charge du dirigeant sont nécessaire à l'exercice de leur prérogatives, il n'est pas certain qu'elles y soient suffisantes en raison du degré de technicité des documents. De la même manière, les dispositions incriminant certains actes relevant de la déloyauté peuvent parfois se montrer d'une sévérité injustifiée, ou à l'inverse trop permissives. Cela laisse une grande liberté d'appréciation au juge qui peut soulever un problème de sécurité juridique, ces dispositions étant sanctionnées par des peines privatives de liberté. De même, le régime juridique de l'obligation de non-concurrence réduit le risque de conflit d'intérêt sans l'exclure totalement au nom de la liberté de travail et d'entreprise du dirigeant. Le soin de préciser et de renforcer cette obligation est laissé aux parties mais il ne semble pas non plus exister d'obligation de rémunérer le sacrifice du dirigeant qui peut pourtant s'avérer substantiel. Si le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF préconise bien une telle rémunération, c'est dans les sociétés où cela est le moins nécessaire.

Ces réflexions soulèvent une double question. Il s'agit de savoir comment le devoir de loyauté du dirigeant de société se manifeste en droit des sociétés et quelles difficultés peuvent émerger à cette occasion.

Répondre à cette question suppose d'étudier les mesures mises en œuvre pour garantir la loyauté du dirigeant de société tant dans les rapports internes à celle-ci (Titre I) que dans les rapports qui lui sont externes (Titre II).

Titre 1 : Le devoir de loyauté du dirigeant dans les relations internes à la société.

Comme cela a pu être évoqué en introduction, le devoir de loyauté du dirigeant de société a principalement vocation à se manifester dans des situations de potentiel conflit d'intérêt. Ainsi, son rôle est de définir une hiérarchie des intérêts à privilégier : l'intérêt de la société doit primer sur celui du dirigeant. Le devoir de loyauté s'illustre donc comme un outil de gestion des conflits d'intérêts au sein de la société (chapitre 1). Lorsque cette hiérarchie n'est pas respectée il y a manquement au devoir de loyauté. Cela donne généralement lieu à des sanctions civiles mais dans certaines hypothèses, le comportement revêt un caractère de gravité tel qu'il fait l'objet d'une incrimination. Ainsi, les formes de déloyauté les plus graves appellent une sanction pénale (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'identification, le contrôle et l'encadrement des situations de conflit d'intérêts.

La seule définition d'une hiérarchie des intérêts à défendre et de la primauté des intérêts sociaux sur ceux propres du dirigeant peut suffire à régler certaines hypothèses de conflits d'intérêts. En effet, la consécration d'une norme en droit positif peut être suffisante à dissuader un individu redoutant la sanction ou soucieux de respecter la loi, de commettre une faute. Toutefois et de manière évidente, ce n'est pas toujours suffisant, ce qui implique la nécessité de mettre en place des mécanismes de règlement des conflits d'intérêts (section 2). Néanmoins, régler un conflit d'intérêt suppose déjà d'en avoir connaissance, ce qui implique la mise en œuvre de dispositifs visant à révéler de tels conflits d'intérêts (section 1).

Section 1 : La transparence, à la fois application et prérequis du devoir de loyauté.

Bien que cela fasse l'objet de nombreux tempéraments et que le bien-fondé en soit discutable, le droit des sociétés tend à tenir les assemblées d'associés pour dépositaires de la volonté de la personne morale. De manière plus certaine, le droit positif leur donne le pouvoir d'agir comme un garde-fou vis-à-vis du comportement du dirigeant, notamment à travers leur pouvoir de révocation, l'éventuelle exigence d'un juste motif n'étant pas de nature à le remettre en question dans l'hypothèse d'une faute du dirigeant. Pour assurer l'effectivité de ce mécanisme, le droit des sociétés consacre plusieurs obligations d'information au profit des associés (§2). Toutefois, l'information peut être plus qu'un simple outil de prévention de la déloyauté ou un prérequis à sa sanction. Ainsi, l'information peut constituer l'objet même de la déloyauté, ce qui implique que la

transparence constitue *per se* une application directe et concrète d'un devoir de loyauté du dirigeant. Il s'agit de l'hypothèse qui a conduit à la consécration de la jurisprudence VILGRAIN (§1).

§1 : La transparence comme manifestation directe et objet du devoir de loyauté, l'exemple de la jurisprudence VILGRAIN.

Arrêt fondateur du devoir de loyauté, l'arrêt VILGRAIN a consacré une obligation d'information du dirigeant envers les associés (A) qui, bien que ce ne soit pas sa vocation première, contribue indirectement à protéger l'intérêt social (B). Étant fondée sur le devoir de loyauté, cette obligation en constitue une manifestation directe (C).

A) L'émergence d'une obligation jurisprudentielle de transparence envers les associés.

S'il y a un arrêt qui semble incontournable lorsqu'on traite du devoir de loyauté du dirigeant de société, c'est celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 février 1996, répondant au pourvoi n°94-11.241. Cet arrêt mieux connu sous le nom de jurisprudence VILGRAIN est à l'origine de la consécration prétorienne du devoir de loyauté du dirigeant. En déclarant que « M. Bernard VILGRAIN a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé », cet arrêt à posé la première pierre de la jurisprudence relative au devoir de loyauté du dirigeant.

Toutefois il faut remarquer qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, de loyauté à la société mais à ses associés comme en témoigne la précision « à l'égard de tout associé » dans la solution de la Cour de cassation, ainsi que les faits de l'espèce. En effet, il était reproché au dirigeant de ne pas avoir informé une associée souhaitant céder ses parts, de leur véritable valeur, viciant ainsi son consentement à la vente. Cette transaction mettait d'abord en cause les intérêts patrimoniaux des associés. La société était l'objet de la vente et son intérêt ne semblait pas directement en cause. De ce point de vue, la jurisprudence VILGRAIN pourrait apparaître comme ayant vocation à moraliser la conduite des affaires dans une hypothèse précise de cession de droits sociaux mais pas forcément la gestion de la société. Ironiquement, la jurisprudence qui a consacré le devoir de loyauté du dirigeant social apparaît donc comme une hypothèse quelque peu marginale d'application du devoir de loyauté en cela que, contrairement à d'autres manifestations de ce devoir, celle-ci protège un intérêt différent de l'intérêt social : l'intérêt patrimonial des associés.

Ce constat mérite cependant d'être nuancé. En effet si l'intérêt social n'est pas directement protégé, la société n'est pas pour autant entièrement déconnectée de l'opération. Il faut indiquer que la solution posée dans l'arrêt VILGRAIN a été réitérée et précisée. De cette manière, la Cour de cassation a pu indiquer que ce devoir de loyauté puisait sa source dans la fonction même de

dirigeant social[8]. Ainsi, si cette manifestation de l'obligation de loyauté ne protège pas directement l'intérêt social elle trouve néanmoins sa source dans la vie sociale et de ce fait, ne saurait être déconnectée du droit des sociétés. De la même manière, il faut relever que la notion d'intérêt social rend compte d'une communauté d'intérêts de plusieurs personnes. Or, bien que cela soit discutable, il est souvent considéré que les principales personnes intéressées à la vie sociales sont les associés de la société. Bien que cette analyse contractuelle de la société aille à contre courant de la tendance actuelle, la jurisprudence récente de la Cour de cassation n'y semble pas totalement imperméable puisqu'elle permet que l'unanimité des associés puisse valablement autoriser une atteinte à l'intérêt social[9]. Suivant ce raisonnement, si l'on adopte la perspective des intérêts des associés, le devoir de loyauté du dirigeant de société envers eux apparaît comme une hypothèse de protection directe de leurs intérêts, contrairement à la protection de l'intérêt social qui en constituerait une protection indirecte.

L'inverse est également vrai et la protection des associés sert également l'intérêt social.

B) La protection indirecte de l'intérêt social à travers la protection des associés.

La jurisprudence VILGRAIN conduit également à considérer le large pouvoir que l'associé peut être amené à exercer sur la société. En effet, l'information portant sur la valeur des parts sociales peut influer sur la décision de céder et sur une modalité importante de l'opération, son prix, qui est elle-même de nature à influer sur la décision d'achat et donc *in fine* sur l'identité de l'acheteur. Par conséquent, l'information de l'associé, potentiellement cédant, sur la valeur de ses droits sociaux, est de nature à avoir un impact sur la gestion future de la société, en déterminant l'identité du propriétaire des parts sociales.

Également, il semble pertinent de noter que toute cession de parts sociales n'a pas vocation à liquider entièrement la participation d'un associé. On peut tout à fait envisager l'hypothèse d'un associé qui souhaiterait réduire sa participation au capital de la société, pour diversifier un portefeuille d'investissements ou céder progressivement sa place par exemple, tout en conservant une partie de ses droits. Dans cette hypothèse, l'absence de transparence du dirigeant quant à la valeur des parts sociales pourrait créer un conflit de nature à nuire à la vie sociale et à la bonne conduite des affaires de la société. Aussi, l'exigence de transparence permet dans cette hypothèse un assainissement des relations entre l'associé et la direction. Il s'agit de ce que ce le professeur

8 Laurent GODON, « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », Note sous Cour de cassation (com.) 12 mai 2004, *Beley c/ SA Former*, *revue des sociétés* 2005 p.140.

9 Cass. Com. 18 mars 2020, n°18-17.010

Thierry FAVARIO qualifiait de « devoir de délicatesse »[10] dans le commentaire d'un arrêt relevant de cette jurisprudence.

Dans son article, le professeur FAVARIO relève que les faits de l'arrêt sous analyse portent sur la captation par le dirigeant d'une opportunité d'affaire qui intéressait les associés en propre et non la société. De ce constat, il déduit que « le lien avec la société était donc ténu et c'est le principal enseignement de l'arrêt : un dirigeant social est tenu envers les associés d'une obligation de transparence s'agissant pourtant d'une opération s'inscrivant dans un contexte plus privé que fonctionnel ». Tout d'abord, il faut noter qu'il est indéniable que la société apparaît au second plan dans cette affaire et que la protection de l'intérêt social ne constitue qu'un but secondaire, voire une externalité positive, de l'obligation de transparence issue de la jurisprudence VILGAIN, appliquée en l'espèce. Cela étant, l'intérêt de la société ne semble pas beaucoup plus lointain dans cet arrêt que dans l'arrêt VILGRAIN. En effet, outre l'enjeu lié à la concorde entre associés et direction de la société, il semble pertinent de relever que l'identité du propriétaire de l'immeuble dans lequel la société exerce son activité est susceptible d'avoir une influence directe sur ladite activité à travers le montant du loyer à acquitter et ses modalités de recouvrement. De ce point de vue, l'impact sur la vie sociale pourrait être plus important que celui engendré par le changement d'identité d'un associé, par exemple dans un contexte de crise sociale et de procédure collective. Aussi, le lien avec la société n'apparaît pas forcément plus ténu que dans l'affaire VILGRAIN et l'arrêt commenté semble donc se limiter à étendre le devoir de loyauté à une autre hypothèse particulière présentant un degré comparable de connexité à la vie sociale. En dépit de cette remarque, l'expression de « devoir de délicatesse » a le mérite de rendre compte d'un aspect quelque peu informel du lien avec la société.

Le caractère informel de cette manifestation du devoir de loyauté n'est pas sa seule particularité.

C) L'obligation de transparence envers les associés, une expression singulière du devoir de loyauté.

Cette construction prétorienne n'appelle pas de critique particulière. Elle permet de prévenir des hypothèses de discordance entre les acteurs de la gestion d'une société et promeut la transparence dans la vie des affaires. Pourrait se poser la question de la sécurité juridique du dirigeant. En effet, celle-ci pourrait être mise à mal par l'absence de définition des actes visés et leur éloignement relatif de la vie sociale. Toutefois la Cour de cassation semble avoir circonscrit sa jurisprudence à des hypothèses de mauvaise foi évidente du dirigeant. Par conséquent l'impératif de sécurité

10 Thierry FAVARIO, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », Recueil Dalloz, 2013 page 288.

juridique ne s'en trouve pas atteint. L'incertitude quant aux actes susceptibles de constituer une déloyauté pourrait même conduire à dissuader le dirigeant de toute mauvaise foi et s'avérer *in fine* vertueuse.

Le devoir de transparence du dirigeant vis-à-vis de l'associé ainsi consacré par la jurisprudence, constitue une manifestation particulière du devoir de loyauté. Tout d'abord il faut noter qu'il s'agit d'une manifestation directe. En effet, ce devoir de transparence ne fait l'objet d'aucun texte spécifique. Il s'agit d'une construction purement prétorienne qui s'adosse à des textes généraux pour dégager une obligation générale de loyauté qui impose un devoir de transparence.

Ensuite, contrairement aux autres dispositifs juridiques imposant un devoir d'information au dirigeant, cette obligation de transparence revêt un caractère direct en cela qu'elle ne permet pas de prévenir ou de sanctionner une déloyauté mais qu'elle constitue l'objet éventuel de la déloyauté. Cela étant, il convient d'apporter une petite nuance. En effet, la transparence sur la valeur des parts sociales n'est pas un devoir entièrement autonome en cela qu'il permet le bon exercice de l'un des droits de l'associé : celui de disposer de ses parts sociales. De ce point de vue, il se comporte comme le droit d'information classique de l'associé qui lui permet le bon exercice de son droit de vote ou le cas échéant de son droit d'alerte. Toutefois, il est autonome vis-à-vis de la notion de loyauté : là ou l'information classique permet de dissuader une déloyauté ou de mettre en lumière une déloyauté préexistante afin qu'elle soit corrigée et sanctionnée, le devoir de transparence prétorien n'a pas ce caractère corrélatif et constitue en lui même une exigence de loyauté. En d'autres termes il n'a pas vocation à permettre un meilleur encadrement des actes du dirigeant ou à renforcer les obligations dont il doit déjà s'acquitter, mais il constitue une nouvelle obligation à la charge de celui-ci.

En cela, cette manifestation de l'obligation de loyauté se révèle être quelque peu marginale, comparée aux autres obligations d'information au bénéfice des associés prévues par le code de commerce.

§2 : Le devoir d'information général du dirigeant envers les associés, un prérequis à l'effectivité de leurs droits.

Le devoir d'information du dirigeant envers les associés est une condition nécessaire à l'exercice par les associés de leurs droits (A). Toutefois, il n'est pas certain qu'il soit suffisant à garantir un vote éclairé de leur part (B). En tout état de cause, cette obligation relève du devoir de loyauté du dirigeant (C)

A) L'information des associés, la condition nécessaire à l'exercice de leurs prérogatives.

Le code de commerce prévoit que les associés doivent avoir accès à un certain nombre d'informations. Celles-ci ont vocation à leur permettre d'exercer d'autres droits en toute connaissance de cause et apparaissent donc comme un prérequis au bon exercice de ces droits. Cet objectif est d'ailleurs explicitement exprimé dans l'article L225-108 du code de commerce : les actionnaires doivent pouvoir « se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société » Parmi les prérogatives facilitées par le droit à l'information, on peut citer celles de l'assemblée générale ordinaire d'une SA, notamment l'approbation des comptes (art. L225-100), la révocation des administrateurs (L225-18), l'approbation des conventions réglementées (art. L225-40 et L225-88) et l'autorisation de certains actes prévus par les statuts (art. L225-35 et L225-64). Le régime de la SARL prévoit des dispositions analogues aux articles L223-25 et suivants. Le régime de la SAS laisse la part belle aux statuts pour déterminer les compétences des assemblées d'associés, exception faite de certains points sur lesquels est opéré un renvoi aux dispositions applicables à une SA. C'est notamment le cas de l'approbation des comptes annuels[11].

De plus, il faut relever qu'un certain nombre des informations auxquelles les associés ont accès a vocation à permettre un meilleur encadrement de la gestion des dirigeants. Au-delà des décisions d'assemblées, il existe des procédures d'alerte qui peuvent être mises en œuvre par les associés. Dans les SARL, deux procédures principales sont à la disposition des associé. La première est prévue à l'article L223-36 : « Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes ». La seconde est prévue aux articles L 223-37 et R223-30. Il s'agit de la possibilité pour l'associé de demander une expertise de gestion. Ces dispositions sont à rapprocher de celles prévues en matière de SA aux articles L225-108 et L225-232 qui permettent respectivement de poser des questions écrites à la direction de la SA avant la tenue d'une assemblée et d'interroger le président du conseil d'administration sur une opération de gestion ainsi que la requête d'une expertise en l'absence de réponse. Encore une fois, le régime de la SAS reste silencieux sur les procédures d'alertes.

Le bon exercice de ces prérogatives est garanti par le droit à l'information dont bénéficient les associés ou actionnaires.

11 Cette énumération ne prétend à l'exhaustivité. Les assemblées générales de ces formes sociales disposent d'autres prérogatives mais elles ne sont pas forcément pertinentes dans le cadre de ces développements.

B) L'information aux associés, une information pertinente ?

En matière d'information aux associés, le régime de la SAS ne prévoit pas de dispositions particulières. En revanche, le régime de la SA est particulièrement précis. La première obligation est posée à l'article R210-20 et concerne les sociétés cotées : il s'agit de proposer l'accès à un certain nombre d'informations grâce à un site internet. Les informations sont divisées entre droit de communication préalable et droit d'information permanente. Elles sont très variées, aussi il ne serait pas forcément souhaitable de toutes les citer. C'est pourquoi il semble préférable de centrer le propos sur les plus pertinentes.

Il faut commencer par citer les dispositions de l'article L225-109 qui obligent les dirigeants sociaux de sociétés anonymes cotées à révéler le nombre d'actions de la société qu'ils détiennent directement ou indirectement. Cette mesure permet de mettre en lumière tout à la fois le degré d'influence des dirigeants au sein des assemblées générales ainsi qu'une partie des rapports patrimoniaux qu'ils entretiennent avec la société. Ce faisant, cela contribue à lever l'opacité qui peut entourer la rémunération des dirigeants, donne une idée du poids que peut avoir le vote des dirigeants lors d'une assemblée et contribue à exposer d'éventuelles fautes de gestion ainsi qu'à prévenir ou sanctionner les délits d'initiés. A titre d'exemple, le fait que la presse ait communiqué sur la coïncidence entre la révélation d'une défectuosité des produits commercialisés par INTEL en 2018 et la vente de parts sociales par son PDG, illustre l'efficacité potentielle du mécanisme[12]. En outre, cette mesure illustre une tendance du législateur français à introduire une différentiation entre les sociétés cotées et celles qui ne le sont pas. Si de telles mesures sont encore trop marginales, il faut saluer l'effort fait en vue d'une meilleure prise en compte de l'envergure des sociétés dans le droit.

L'article L225-115 liste d'autres documents à communiquer aux actionnaires. Les 1° et 2° ont notamment vocation à fournir aux actionnaires des renseignements pertinents pour donner *quitus* de leur gestion aux dirigeants en connaissance de cause. Les documents listés à l'article L225-115 ont également la particularité d'être accessibles en permanence pour les associés. Anne FAUCHON et Philippe MERLE relèvent également dans leur ouvrage les dispositions des articles L225-116, R225-90 et R225-91 qui permettent aux actionnaires d'obtenir la liste de leurs homologues et précisent que ces dispositions permettent aux minoritaires de se regrouper pour exercer leurs droits

12 Elsa Trujillo « Meltdown et Spectre l'étrange calendrier de ventes d'actions du PDG d'INTEL », *LE FIGARO*, publié le 04/01/2018, mis à jour le 04/01/2018, consulté le 23/02/2021, en ligne. https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2018/01/04/32001-20180104ARTFIG00269-meltdown-et-spectre-l-etrange-calendrier-de-ventes-d-actions-du-pdg-d-intel.php

ou tenter de renverser la direction en place[13]. Concrètement cela peut passer par un regroupement en vue d'obtenir le *quantum* d'actions nécessaires à l'exercice de la procédure de question prévue à l'article L225-232 ou par la formation d'un pacte extra-statutaire visant assurer un vote majoritaire ou une minorité de blocage contre une décision.

Les articles L223-19 et suivants prévoient une obligation d'information comparable aux dispositions de l'article L225-115 1° et 2° permettant aux associés d'approuver les comptes en connaissance de cause ou d'identifier des opérations susceptibles de faire l'objet d'une question. La différence de niveau d'exigence s'explique par la différence de taille entre une SARL qui est nécessairement une PME limitée à 100 associés et la SA qui peut être une entreprise multinationale. Si l'on peut se réjouir que le législateur ait pris en compte l'envergure des sociétés lors du vote de ces dispositions on peut regretter qu'il l'ait fait indirectement en établissant une différentiation entre deux formes sociales. En effet il existe des PME constituées sous la forme de SA pour lesquelles les exigences d'information propres à cette forme sociale peuvent s'avérer lourdes ainsi, *a contrario*, que des SARL de taille moyenne qui jouissent d'une envergure, notamment financière, suffisamment importante pour justifier une obligation d'information plus dense et plus proche de ce qui se fait en matière de SA.

De même il faut relever la nature technique de certains documents, notamment comptables, qui doivent être communiqués aux associés. En effet, ils peuvent apparaître opaques à des associés non-initiés aux arcanes de la gestion d'entreprise. Même si l'associé peut recourir aux services d'un expert, on peut douter de la fréquence de l'utilisation de cette faculté dans la pratique, en particulier lorsqu'il est question d'une PME, notamment en raison du coût que cela peut impliquer. Aussi, au regard de ces réserves, il pourrait être judicieux de se demander si les différents devoirs d'information au profit des associés garantissent effectivement l'exercice éclairé de leurs droits.

Malgré de potentielles insuffisances, le devoir d'information des associés à la charge du dirigeant apparaît vertueux, notamment en terme de promotion de la loyauté.

C) L'obligation d'information aux associés, une manifestation du devoir de loyauté du dirigeant.

Malgré le doute qui peut planer dans certaines situations sur l'efficacité effective de ces obligations légales d'information posées dans le code de commerce, il semble difficilement contestable qu'elles puissent être regardées comme des manifestations du devoir général de loyauté du dirigeant. En effet, celui-ci se manifeste à plusieurs niveaux.

13 A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24ème édition, DALLOZ 2020, page 627.

En premier lieu, il semble pertinent de voir un impératif de loyauté derrière les dispositions qui commandent d'informer les associés afin qu'ils soient en mesure de décider en connaissance de cause, quel que soit l'objet de leur décision. Permettre le bon exercice d'un droit rejoint le concept de bonne foi.

En deuxième lieu, plusieurs de ces documents ont vocation à rendre compte de la gestion du dirigeant. C'est donc la valeur de loyauté qui commande de dresser un portrait aussi fidèle de la gestion de la société à travers la communication d'informations pertinentes afin que les associés puissent se prononcer sur sa ratification.

En troisième lieu, un certain nombre de ces documents est de nature à révéler d'éventuels actes de déloyauté commis par la direction de la société. En dissuadant la commission de tels actes par l'assurance de leur découverte, ou en permettant leur sanction, les devoirs d'information prévus par le code de commerce sont de nature à réduire les tentations de déloyauté auxquelles les dirigeants pourraient être exposés durant leur mandat et à permettre la sanction de celles qui viendraient à être commises.

Enfin, il convient de noter que cette manifestation de loyauté est d'autant plus importante et d'autant plus forte qu'il peut exister une méfiance des dirigeants vis-à-vis des associés[14]. Il n'est pas tout à fait certain de savoir si le principal bénéficiaire de cette manifestation légale de l'obligation de loyauté du dirigeant est l'associé ou la société, toutefois il semble juste d'affirmer que matériellement, les deux en bénéficient.

Comme cela a pu être expliqué précédemment, le principal intérêt des obligations d'information est de permettre le bon exercice de droits décisionnels des associés ou la bonne application de dispositions légales. A travers ces droits et dispositions, le devoir de loyauté trouve à se manifester de manière encore plus concrète en cela qu'il n'est plus question de précaution ou de contrôle mais bien d'encadrer de manière effective et de sanctionner l'action du dirigeant.

Section 2 : Les dispositifs contraignant le dirigeant à satisfaire à son devoir de loyauté.

Le caractère obligatoire de la loyauté suppose qu'elle puisse faire l'objet d'un contrôle et le cas échéant, d'une sanction. Plusieurs dispositifs dans le code de commerce permettent l'effectivité de ce caractère obligatoire. Comme cela a pu être exposé dans les développements antérieurs, une large part du pouvoir coercitif destiné à encadrer l'action du dirigeant se trouve entre les mains des

14 A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24ème édition, DALLOZ 2020, page 625.

assemblées d'associés. Les compétences précises dont sont issues ce pouvoir sont nombreuses et il semble pas pertinent de les détailler de manière exhaustives. C'est pourquoi, a été fait le choix de centrer les développements autours d'une situation présentant un risque particulier de conflit entre l'intérêt du dirigeant et celui de la société : la signature d'une convention entre la société et son dirigeant en tant que personne physique (§1). Les actionnaires ne sont cependant pas les seuls à disposer d'un pouvoir de contrôle sur ce qui se passe au sein de la société. Le commissaire aux comptes, lorsqu'il a été nommé, joue également un rôle important en la matière. De la même manière l'exercice des compétences des associés ne serait pas pleinement effectif sans la possibilité de recourir à l'appareil judiciaire (§2).

§1: Le contrôle interne du devoir de loyauté, l'exemple des conventions réglementées.

Si le contrôle des conventions passées entre certains acteurs de la vie sociale, au premier plan desquelles figure le dirigeant, est nécessaire, sa définition en fonction de la forme sociale présente des avantages et des inconvénients (A). Ces convention se distinguent selon qu'elles sont interdites (B), ou qu'elles font l'objet d'une procédure de contrôle (C).

A) Le contrôle des conventions passées entre le dirigeant et la société, une nécessité conditionnée par la forme sociale.

Les conventions passées entre une société et certains acteurs de sa gestion (dirigeant, associé…) présentent une double particularité. D'une part ces contrats peuvent être assez proches de la convention passée avec soi-même. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'un contrat entre la société et son représentant, hypothèse dans laquelle la même personne physique devrait logiquement signer deux fois le contrat : une fois en propre et une fois au nom de la société. D'autre part, selon la nature du contrat, il peut exister un conflit plus ou moins important entre l'intérêt social et celui de l'autre signataire de la convention. Pour autant, conflit d'intérêt ne signifie pas mécaniquement la déloyauté en cela que le dirigeant n'est pas inéluctablement voué à faire primer son intérêt sur celui de la société. *A contrario* on peut voir dans le comportement d'un dirigeant qui ferait primer l'intérêt social sur son propre intérêt une forme de loyauté confinant à l'abnégation. De même si ce type de contrat n'est pas purement et simplement interdit c'est parce qu'il peut exister une convergence légitime entre l'intérêt social et celui du dirigeant. En tout état de cause, le risque présenté par ces conventions justifie qu'elles bénéficient d'un encadrement strict. En préservant l'intérêt social d'un éventuel acte de son dirigeant qui lui serait contraire, ces dispositifs d'encadrement peuvent être regardés comme relevant du devoir de loyauté du dirigeant et participent à sa mise en œuvre.

Les régimes de la SA, de la SARL et de la SAS prévoient des dispositions assez proches en matière de conventions réglementées. La principale différence intervient au niveau de la lourdeur et de la complexité des procédures de contrôle. Ce constat appelle la même remarque qu'en matière de devoir d'information au bénéfice de l'associé : s'il est heureux que le législateur ait prévu un allègement des formalités pour des formes sociales adaptées à des sociétés de moindre envergure, on peut regretter qu'il persiste à ajuster le régime en fonction de la forme sociale et non de la taille de la société. En effet, à l'aune de l'écart colossal qui existe entre le fonctionnement, les enjeux et les intérêts gravitant autour d'une PME familiale et ceux d'une société du CAC40, l'argument de la nécessité d'un traitement égal à situation égale, la situation égale étant matérialisée par la forme sociale, apparaît pour le moins anecdotique. Le seul véritable mérite de ce mode de fonctionnement est d'éviter la désincitation produite par les effets de seuil.

La réglementation des conventions entre le dirigeant et la société prend la forme d'une prohibition de principe des plus risquées pour la société.

B) L'interdiction des conventions les plus périlleuses et son exception, des outils de promotion de la loyauté.

Le régime prévu en matière de SA étant le plus complet, c'est celui dont l'étude doit être privilégiée pour rendre compte de la matérialité du droit applicable aux conventions réglementées. Le code de commerce établit une distinction entre les conventions purement et simplement interdites, celles qui tombent sous le coup de la procédure de réglementation particulière et celles dites libres, qui devraient appartenir à l'un de ces deux régimes particuliers mais y dérogent en raison d'éléments de faits. L'article L225-43 dispose comme il suit : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux [dirigeants] autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ». Son deuxième alinéa pose une exception à l'application du premier. Il s'agit de la situation dans laquelle « […]la société exploite un établissement bancaire ou financier… ». Dans ce cas, « […] cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales ». Cet alinéa opère une extension de l'exception concernant les « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » posée par l'article L225-39. En effet, ce dernier article permet à de telles opérations de déroger aux dispositions relatives à la procédure de contrôle.

L'interdiction des opérations de crédit posée à l'article L225-43 relève d'une obligation de loyauté à deux niveaux. D'une part elle permet d'éviter la tentation pour un dirigeant de société de se faire consentir un avantage par sa société dans des conditions plus favorable que le respect de l'intérêt social ne le commanderait. Il s'agit également de demeurer fidèle au principe de spécialité des sociétés matérialisé par l'objet social. D'autre part et de manière complémentaire, il s'agit d'éviter de faire supporter à la société un risque anormal, l'opération n'entrant pas dans le champ de ses activités habituelles. De manière quelque peu ironique, l'exception à cette interdiction concernant les opérations normales conclues à des conditions classiques permet aussi une extension conventionnelle du devoir de loyauté du dirigeant. Il s'agit d'offrir la possibilité d'une obligation statutaire ou contractuelle pour le dirigeant d'un établissement bancaire d'être client de sa société. En effet, compte tenu de la confiance nécessaire à la bonne marche des affaires dans le secteur bancaire et de la méfiance qui peut exister au sein du grand public à l'encontre des grandes entreprises en général et des banques en particulier, il serait sans nul doute très mal vu que l'un des dirigeants d'une banque donnée préfère abonder la clientèle de la concurrence.

Par principe, les conventions jugées moins dangereuses par le législateur sont soumises à une procédure de contrôle.

C) La procédure de contrôle des conventions conclues entre la société et son dirigeant.

Les conventions qui ne sont pas interdites sont soumises à la procédure de contrôle, sauf exemption par le jeu de l'article L225-39. Le champ d'application *ratione personae*, n'étant pas particulièrement pertinent dans le cadre de ce propos, il ne sera pas développé. L'article L225-38 dispose comme il suit : « Toute convention intervenant […] entre la société et [l'un de ses dirigeants], doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration ». L'autorisation du conseil d'administration constitue la première étape de la procédure. Les articles suivants exposent les étapes suivantes. L'article L225-40 dispose l'obligation pour toute personne intéressée à la convention d'en informer le président du conseil d'administration. L'assemblée générale statue, sur rapport du commissaire au compte ou du président du conseil d'administration, sur les nouvelles conventions ainsi que sur celles dont l'exécution s'est poursuivie au cours de l'année. La personne intéressée à la convention est exclue du vote. La convention passée sans autorisation du conseil d'administration peut faire l'objet d'une nullité si elle a eu des conséquences dommageables pour la société. Il en va de même pour la convention frauduleuse. Dans les autres hypothèses, la convention reste valable à l'égard des tiers mais ses conséquences peuvent être mises à la charge de l'intéressé.

Il faut commencer par noter la lourdeur de la procédure qui exige *a minima* une autorisation, une ratification et l'établissement d'un rapport spécial. Il est heureux que le législateur l'ait allégée pour le SAS et les SARL mais l'allègement demeure lui même léger. En effet, l'autorisation préalable n'est supprimée que dans les SAS et dans les SARL recourant aux services d'un commissaire compte, cette dernière hypothèse ayant vocation à se raréfier du fait des dispositions de la loi PACTE. Du reste, seule disparaît la confirmation annuelle dans ces deux types de sociétés. Il en résulte que la procédure présente tout de même une certaine lourdeur.

Au delà, il faut commenter l'esprit de cette procédure : une convention particulièrement risquée est soumise à ratification par l'assemblée générale des associés avec éventuellement une autorisation préalable du conseil d'administration ou de la même assemblée. L'assemblée générale apparaît clairement comme dépositaire de l'intérêt social puisque c'est elle qui a le dernier mot sur le destin de la convention réglementée. De ce point de vue, cette disposition doit être rapprochée de la solution de la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 18 mars 2020[15] et critiquée au même titre (cf : supra). Incontestablement, cette procédure a pour objectif de contrôler et d'encadrer l'action notamment du dirigeant social dans une situation qui présente un risque particulier de conflit d'intérêt. De ce point de vue, elle peut être considérée comme un moyen d'éviter qu'il ne se montre déloyal envers la société en faisant primer son intérêt propre sur l'intérêt social.

L'éloignement de l'intéressé des débats et du vote qui statue sur la convention réglementée appelle un commentaire particulier. Cette mesure doit être considérée comme un moyen d'éviter que l'associé, sans préjudice de sa qualité de dirigeant, soit à la fois juge et partie à la convention, ce qui ne manquerait pas de faire émerger un conflit d'intérêt, quelle que soit la nature de la convention. Le risque serait qu'il se serve de son influence, déterminée par son droit de vote ou plus informelle, au sein de l'assemblée générale, pour imposer, dans son intérêt, une convention contraire à l'intérêt social. En premier lieu il faut remarquer qu'il n'est pas certain que son seul éloignement du vote et des débats suffise à contrer une influence informelle qu'il pourrait exercer sur les autres associés. Ensuite, bien qu'elle apparaisse vertueuse, cette mesure peut sembler paradoxale : pourquoi s'embarrasser d'une mesure visant à éviter le vote d'une opération contraire à l'intérêt social alors que l'engagement financier des actionnaires semble suffire par ailleurs à les désigner comme dépositaires de ce même intérêt social ? En réponse à ce paradoxe on peut relever que cette mesure promeut la démocratie sociale, en faisant obstacle à une éventuelle tyrannie de la

15 Cass. Com. 18 mars 2020 n°18-17.010

majorité, exercée par un associé influent et que cette volonté s'inscrit dans la filiation d'autres dispositifs prévus par le code de commerce au profit d'associés minoritaires. Il s'agit en somme d'éviter que la société ne soit dépouillée par 50 % plus une voix au détriment de l'autre moitié des associés. Cette analyse confirme donc que cette procédure a vocation à promouvoir la loyauté en diminuant la capacité d'un dirigeant ou d'un associé à agir en dépit de l'intérêt social. On peut également noter qu'il ne s'agit pas spécifiquement du devoir de loyauté du dirigeant mais plus largement de la loyauté des personnes influentes au sein de la société, incluant le dirigeant.

Au delà de ces considérations, il faut noter que les associés ne sont pas les seuls garants de l'intérêt social. Leur rôle s'articule avec celui du commissaire aux comptes et celui du juge.

§2 : Le contrôle externe des situations de conflit d'intérêt interne, le rôle du commissaire aux comptes et du juge.

Comme exposé en introduction, la société au sens juridique et commercial a vocation à trouver sa place au sein de la Société au sens politique. A ce titre, son intérêt et sa destinée n'intéressent pas uniquement ses organes de gestion ou de décision mais également les tiers. On peut citer à ce titre l'État qui prélève des impôts pour financer l'entretien de la paix sociale notamment à travers système judiciaire, permettant ainsi la bonne conduite des affaires. Il faut également mentionner les salariés qui ne sont que rarement partie aux décisions de la société mais dont la subsistance est directement adossée à son activité économique, les créanciers dont l'intérêt dépend de sa santé financière et les entreprises concurrentes qui sont reliées entre elles par l'entremise du marché sur lequel elles évoluent. Enfin, on peut également prendre en compte les individus anonymes dont la vie peut être impactée directement ou indirectement, à la marge ou substantiellement, par l'activité de la société. Il peut par exemple s'agir de consommateurs ou de personnes victimes d'un accident industriel. Parce que la situation d'une société dépasse le strict cadre social, il semble normal que le juge ait vocation à l'encadrer (B). De même, le caractère particulièrement technique de la gestion d'une entreprise justifie le recours à un technicien pour son contrôle (A).

A) Le caractère technique du contrôle du respect du devoir de loyauté du dirigeant par le commissaire aux comptes.

Les articles L813-9 à L813-18 du code de commerce exposent la mission générale des commissaires aux compte et les modalités de son exécution. Le premier alinéa de l'article L813-9 expose la mission qui constitue l'épine dorsale de l'action du commissaire aux comptes : « Les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet

exercice ». Ils doivent en outre communiquer aux organes compétents de la société certaines informations : information sur les comptes aux dirigeants, rapports aux associés, observations relatives aux comptes prévisionnels… De même ils doivent avertir les magistrats du parquet ou Tracfin lorsqu'ils découvrent des actes pénalement répréhensibles ou soupçonnent la société de participer à des activités de blanchiment ou de financement du terrorisme. A cela s'ajoute une mission d'alerte lorsque le commissaire aux comptes découvre des faits de nature compromettre l'exploitation de la société. Pour faire le lien avec les développements précédents, il faut mentionner que le commissaire aux comptes joue un rôle important en matière de conventions réglementées, notamment en matière d'information des associés à travers son rapport spécial ainsi qu'en matière d'identifications de ces conventions.[16] Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail, Anne FAUCHON et Philippe MERLE relèvent dans leur ouvrage que les missions des commissaires aux comptes ont eu tendance à s'étendre et à se diversifier, au point qu'ils la qualifient de plus proche d'un « commissariat aux sociétés » que d'un commissariat aux seuls comptes[17].

D'emblée, il faut noter que la mission de contrôle technique du commissaire aux compte relève de nombreux impératifs de la vie des affaires, le contrôle du respect par le dirigeant des obligations issues de son devoir de loyauté n'en étant qu'un parmi d'autres. Il serait donc abusif de dire que ce contrôle constitue une manifestation de ce devoir en particulier. Toutefois, les missions du commissaire aux comptes peuvent être regardées comme de nature à promouvoir le devoir de loyauté du dirigeant et certaines de ses différentes manifestations. En effet, comme toute mesure d'information elles permettent une transparence de nature à décourager ou permettre la sanction d'une déloyauté. Le caractère d'expertise de cette mission permet de mettre en lumière d'éventuelles déloyautés indécelables sans une compétence technique particulière. De même, le caractère externe à la société du commissaire aux comptes est de nature à lui conférer une certaine impartialité et à le mettre à l'abri du risque de développer une forme d'entre-soi et de complaisance avec ses dirigeants et associés, ce qui protège notamment sa capacité à contrôler la bonne exécution du devoir de loyauté du dirigeant et des obligations qui en sont issues. En dépit de leurs obligations de diligence, il faut tout de même noter que le droit ne demande heureusement pas aux commissaires aux comptes d'être infaillibles[18].

16 Bruno DONDERO, « Le commissaire aux comptes et les conventions réglementées », *La gazette du palais n°224*, 11/08/2012, LEXTENSO, page 8.

17 A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24ème édition, DALLOZ 2020, page 666.

18 Olivia DUFOUR, « Les commissaires aux comptes offrent « une assurance élevée mais non absolue » », *Petites affiches* n°6 8 janvier 2015 page 3.

Malgré la tendance à l'inflation des missions du commissaire aux comptes, la loi PACTE[19] et son premier décret d'application en date du 24 mai 2019 ont marqué un important recul de son rôle. En effet, en rehaussant les seuils au-delà desquels sa désignation devient obligatoire[20], ce texte fait échapper de nombreuses sociétés à l'audit d'un commissaire aux comptes et notamment au contrôle de la loyauté du dirigeant qu'il permet. Pour autant, il semble excessif de voir dans ce texte un refus du législateur et du gouvernement de poursuivre leur œuvre de moralisation de la vie des affaires et sociale ou, sur le thème qui intéresse le présent travail, un recul de l'obligation de loyauté du dirigeant. Il y a deux raisons à cela. D'une part et en dépit de cette loi, les obligations du dirigeant restent inchangées, seul leur contrôle s'amoindrit. D'autre part, il ne s'agit pas tant d'ouvrir la porte à de quelconques malversations que d'alléger les charges pesant sur les PMEs, comme l'explique Xavier DELPECH « la certification légale des comptes, principale mission confiée aux commissaires aux comptes, présente une charge financière importante pour les entreprises, et notamment les plus petites d'entre elles. […] la loi PACTE a pris le parti de privilégier l'objectif de simplification et d'allégement des charges pour favoriser le développement des petites entreprises au détriment de la fiabilité de l'information financière fournie par ces dernières »[21]. Cette mesure relève donc plus d'un arbitrage que d'une réelle volonté politique. Au crédit de cet arbitrage, peut être portée une analyse en terme d'externalités générées. En effet, alléger les charges pesant sur les entreprises permet de faciliter *a minima* la survie d'une entreprise, sinon son développement ou ses investissements. Cela se traduit par une conservation ou un accroissement des emplois, un maintien ou un développement de la concurrence, des gains de compétitivité entraînant un enrichissement relatif et potentiellement une baisse des prix ou l'émergence de produits innovants. Ces externalités positives ne semblent pas fondamentalement remises en causes par la hausse d'inexactitudes comptables ou de malversations que l'on peut redouter en l'absence de commissaires aux comptes. Par conséquent, il semblerait que les bénéfices de la suppression de l'obligation de recourir aux services d'un commissaire aux comptes pour certaines entreprises en ait surpassé les coûts. Bien entendu, ce raisonnement est éminemment discutable, la place de valeurs telles que la loyauté dans la vie des affaires relevant avant tout du débat politique. Toutefois, cet état de faits a le mérite de

19 Loi du 22 mai 2019 n°2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE

20 « total du bilan de 4 000 000 € (contre 1 550 000 € dans l'ensemble des sociétés commerciales hors SA et 1 000 000 € dans les SAS auparavant) ; montant hors taxes du chiffre d'affaires de 8 000 000 € (contre 3 100 000 € et 2 000 000 € dans les SAS auparavant) ; nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice de 50 (contre également 50 et 20 dans les SAS auparavant) ». Source : Xavier DELPECH, Premier décret PACTE : relèvement des seuils de désignation des commissaires aux comptes, *DALLOZ actualité*, DALLOZ 29 mai 2019.

21 Xavier DELPECH, Premier décret PACTE : relèvement des seuils de désignation des commissaires aux comptes, *DALLOZ actualité*, DALLOZ 29 mai 2019.

montrer que le devoir de loyauté du dirigeant est certes un impératif important de la vie sociale mais qu'il doit être concilié avec d'autres principes, impératifs et valeurs du monde des affaires.

Si le rôle du commissaire aux comptes est surtout informatif, celui du juge s'inscrit plus dans l'action.

B) Le juge, constructeur et garant de l'effectivité du devoir de loyauté du dirigeant.

En matière d'obligation de loyauté, il ne serait pas usurpé de dire que le juge est l'alpha et l'oméga. L'alpha tout d'abord parce que c'est lui qui a dégagé le devoir de loyauté de textes généraux qui ne le prévoyaient pas explicitement. Le juge est donc à l'origine de ce devoir en cela qu'il s'agit d'une construction prétorienne. En l'absence de texte spécifique, c'est également lui qui a modelé cette obligation, qui a étendu son bénéfice des associés vers la société, apporté des précisions quant aux modalités de son application et même défini le fondement textuel auquel cette obligation devait être adossée. Le devoir de loyauté du dirigeant apparaît donc comme un pré carré de la jurisprudence dans lequel le législateur n'a pas encore osé s'aventurer.

Le juge pourrait également être qualifié d'oméga du devoir de loyauté en vertu de son rôle assez classique d'appréciation et de sanction dans son application. Ce rôle s'enrichit cependant lorsqu'il doit appliquer sa jurisprudence relative à l'obligation de loyauté. Dans cette hypothèse il dispose en outre de la possibilité d'étendre le champ d'application de celle-ci s'il le juge opportun. Ce faisant il contribue à l'œuvre de création prétorienne précédemment évoquée. Lorsqu'il doit appliquer les textes, le pouvoir d'appréciation du juge est moins important. Il est limité par la spécificité desdits textes. Dans cette hypothèse, le juge doit vérifier que les faits entrent dans le champ des textes et en sanctionner l'application, la jurisprudence n'ayant ici qu'un rôle d'ajustement. Par exemple, en matière de droit d'information des actionnaires d'une SA, le juge des référés peut ordonner à la société de communiquer aux actionnaires, les documents qu'elle refuse de leur communiquer. L'actionnaire qui démontre un préjudice peut également se voir attribuer des dommages-intérêts dont le *quantum* est laissé à l'appréciation du juge. De même, en matière de convention réglementées le juge est chargé d'annuler les conventions interdites (L225-43) et celles, passées sans autorisation du conseil d'administration, qui ont eu des conséquences dommageables pour la société (L225-42). De même, lorsque la nullité n'est pas possible, il peut ordonner que soient mis à la charge de l'intéressé les conséquences de la convention préjudiciables à la société.

De ce point de vue, le rôle du juge est d'assurer l'effectivité des droits et devoirs posés par les textes en les sanctionnant. En d'autres termes, il s'agit, par la sanction, d'assurer le caractère

obligatoire des différentes manifestations, textuelles et jurisprudentielles du devoir de loyauté. Il semble donc juste de dire que par son pouvoir de sanction, le juge est garant du caractère obligatoire du devoir de loyauté. Le juge dispose également d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu selon le droit et la sanction en cause, qu'il doit utiliser avec discernement afin de garantir l'effectivité des dispositions légales par la sanction tout en préservant la sécurité juridique des acteurs. Ainsi, si le rôle du juge est prépondérant dans la consécration et la construction du devoir de loyauté du dirigeant, il est beaucoup plus classique en matière d'application des manifestations de ce devoir.

Le pouvoir d'appréciation du juge conserve sa vigueur et dispose d'une étendue qui demeure importante, en dépit du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la culpabilité d'un dirigeant accusé d'une déloyauté pénalement incriminée.

Chapitre 2 : L'incrimination des formes de déloyauté les plus graves.

L'objet du droit pénal des affaires est de sanctionner des comportements qui constituent une forme de perversion de la pratique des affaires. Si le dirigeant d'une société n'est pas le seul acteur susceptible de tomber sous le coup d'une infraction de droit pénal des affaires, l'étendue des pouvoirs dont il dispose au sein de sa société le place dans une position privilégiée pour commettre une telle infraction, ce qui explique qu'il soit particulièrement visé par ce droit. De manière encore plus appuyée, le rôle d'auteur de l'infraction peut être exclusif au dirigeant. Ainsi, l'abus de biens sociaux est une infraction attitrée qui ne peut être retenue qu'à son encontre. Cette infraction, ainsi que celle que l'on pourrait appeler sa grande sœur, l'abus de confiance, ont la particularité de porter directement atteinte à l'intérêt de la société, ce qui constitue une hypothèse de déloyauté du dirigeant envers la société qu'il a pour mission de gérer « dans son intérêt social » selon l'article 1833 du code civil. Ainsi la répression de comportements portant gravement atteinte à l'intérêt social peut s'analyser comme la répression de formes graves de déloyauté venant sanctionner l'existence d'un devoir général de loyauté du dirigeant de société. Il s'agit donc d'étudier successivement l'abus de confiance (section 1) et l'abus de biens sociaux (section 2) comme des dispositions visant à sanctionner une déloyauté du dirigeant.

Section 1 : L'abus de confiance, une incrimination imparfaite de la déloyauté.

En premier lieu, il faut préciser que l'abus de confiance n'est pas une infraction propre au droit des affaires et qu'il peut être retenu dans des hypothèses totalement extérieures à la vie des affaires. L'article 314-1 du code pénal définit l'abus de confiance comme il suit : « L'abus de confiance est le

fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ». Cette définition appelle à distinguer la remise préalable du bien (§1), son détournement et le préjudice de la victime qui dans le cadre de ce travail est considérée être la société (§2) ainsi que l'élément moral de l'infraction ou mauvaise foi de son auteur, qui dans le cadre de ce travail est considéré être le dirigeant (§3).

§1 : La condition de remise d'un bien étonnamment limitée aux biens mobiliers.

Pour qu'il y ait abus de confiance, la société doit avoir remis un bien à son dirigeant, que celui-ci va ensuite détourner, commettant de manière assez évidente une déloyauté envers celle-ci. Le bien peut avoir été remis dans un cadre légal ou contractuel et il doit avoir été remis à titre précaire ce qui exclut les hypothèses proches de remise en pleine propriété et de détention précaire. Si la remise en pleine propriété et la détention précaire sont de nature à exclure l'abus de confiance, elle n'empêchent pas purement et simplement les poursuites, celles-ci pouvant par exemple être fondées sur le vol ou l'escroquerie. Également, le bien remis doit présenter certaines spécificités.

Ainsi, il doit s'agir d'un bien et non d'un service. Si la jurisprudence a pu condamner l'abus d'une prestation de service[22], ce n'est qu'au prix d'un artifice juridique sans doute motivé par la mauvaise foi patente du dirigeant d'une association qui faisait effectuer aux salariés de la structure, des travaux dans sa propre demeure. Il n'est donc pas certain que cette jurisprudence, quelque peu marginale à l'aune de la lettre de l'article 314-1 du code pénal, ait vocation à être étendue à des situations de mauvaise foi moins évidente. En outre, il faut saluer l'audace de la Cour de cassation qui, en l'espèce, a étendu la portée d'un texte, de sorte à condamner un comportement manifestement déloyal du dirigeant d'une association envers celle-ci, sans que cela pose de réelle difficulté sur le terrain de la sécurité juridique et de la prédictibilité du droit, l'extension semblant plus avoir vocation à combler une lacune du texte qu'à véritablement incriminer une situation radicalement nouvelle.

Sans que cela ne soulève véritablement de difficulté en pratique, le bien détourné doit avoir une valeur pécuniaire. Il peut également s'agir d'un meuble corporel ou incorporel. Curieusement, la Chambre criminelle a refusé de reconnaître la qualité de bien à une créance[23]. C'est un peu surprenant car il est difficile de voir en quoi un abus portant sur une créance serait différent et moins condamnable ou déloyal qu'un abus portant sur tout autre bien. Toutefois il faut noter que la

22 Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 octobre 2004.
23 Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 juin 1956

jurisprudence ayant posé cette exclusion est assez ancienne. Aussi il n'est pas certain qu'elle serait réitérée si la question venait à se poser aujourd'hui.

De manière plus marquée, la Cour de cassation refuse à jurisprudence constante, d'admettre l'abus de confiance portant sur un immeuble[24]. Cette position est assez étonnante car, encore une fois, il est difficile de voir en quoi il est moins malhonnête ou déloyal d'abuser d'un bien immeuble que d'un bien meuble. Cette exception apparaît incohérente avec le mouvement actuel de faveur donnée aux poursuites pénales et au-delà, avec l'esprit de l'infraction. Dès lors, en plus de complexifier inutilement le régime juridique de l'abus de confiance, cette exception permet de faire échapper aux poursuites des individus coupables de comportements déloyaux. De ce point de vue, l'exclusion des immeubles du champ de l'infraction constitue une première décorrélation entre celle-ci et la sanction d'un manquement au devoir de loyauté.

Si la remise d'un bien est la condition préalable, son détournement constitue l'élément matériel de l'infraction.

§2 : L'élément matériel de l'abus de confiance, un outil de répression de la déloyauté sous toutes ses formes.

La notion de détournement est entendue assez largement par la jurisprudence. De manière stricte, il y a détournement lorsque se produit ce qu'Émile GARÇON qualifiait d'« interversion du titre ». Il s'agit du fait pour le détenteur de se comporter en propriétaire de fait de la chose et de priver son propriétaire légitime de son utilisation lorsque la restitution aurait du intervenir. En outre la qualification de détournement a été étendue à des hypothèses proches telles que l'usage abusif d'un bien, sa dissipation ou encore un retard ou refus de restitution. Chacune des situations qualifiées de détournement constitue de manière assez évidente un cas de déloyauté et n'appelle par conséquent pas de commentaire particulier.

L'article 341-1 du code pénal mentionne le « préjudice d'autrui ». Cette condition est entendue de manière très large par la Cour de cassation qui retient un préjudice matériel, moral ou même simplement éventuel. Sa jurisprudence tend vers une reconnaissance mécanique du préjudice dès lors qu'est établi le détournement. Cette manière de juger a pour conséquence de recentrer l'infraction sur le comportement de l'auteur et de limiter la possibilité pour lui d'échapper aux poursuites d'une manière illégitime, en cas de bonne fortune au jeu par exemple, s'il a utilisé des fonds de la société pour miser dans des paris. En terme de loyauté, cette tendance jurisprudentielle a un aspect positif indéniable en cela qu'elle permet de sanctionner un comportement gravement

24 Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 octobre 2001 ; Cour de cassation, Chambre criminelle 14 janvier 2009.

déloyal qui a échappé à toute conséquence. Cela étant, une réserve peut être formulée à l'encontre de cette tendance : elle ne doit pas conduire à vider l'exigence du « préjudice d'autrui » de sa substance. Cette critique est à rapprocher de l'analyse du professeur Didier REBUT en matière d'atteinte à l'intérêt social en cas de compte courant débiteur dans le cadre de l'abus de biens sociaux[25].

Toutefois, elle peut potentiellement conduire à sanctionner des comportements qui ne présentent qu'un préjudice léger ce qui est susceptible de soulever une difficulté en terme d'élément moral de l'infraction.

§3 : L'interprétation large de l'élément intentionnel de l'infraction, un autre outil de répression.

L'abus de confiance est une infraction intentionnelle, ce qui signifie que son auteur doit avoir agi avec mauvaise foi. Il doit donc avoir eu conscience de détourner un bien. Afin d'éviter le piège de devoir apporter une *probatio diabolica* qui ferait obstacle à la majorité des poursuites, la jurisprudence retient régulièrement que l'intention se déduit de l'élément matériel[26]. Ainsi, le dirigeant qui commet une déloyauté sous la forme d'un détournement au sens de l'article 314-1 du code pénal, ne peut raisonnablement ignorer qu'il agit au détriment de la société ce qui suffit à caractériser l'élément intentionnel.

Cette tendance jurisprudentielle permet donc de poursuivre plus efficacement des comportements déloyaux, ce qui contribue à rapprocher l'infraction d'abus de confiance appliquée au dirigeant d'une sanction de la déloyauté envers sa société et son intérêt. Si cette facilité probatoire apparaît pertinente, il faut s'en remettre au discernement des juges du fond pour ne pas qu'elle conduise à vider l'exigence d'un préjudice de sa substance.

L'abus de confiance apparaît donc comme une sanction relativement efficace de la déloyauté. En dépit de ce constat, l'exception relative aux immeubles induit un tempérament important qui fait de l'abus de confiance une sanction imparfaite de la déloyauté et donc une manifestation imparfaite du devoir de loyauté. Cette exception relative aux immeubles n'existant pas en matière d'abus de biens sociaux, cette dernière infraction coïncide de manière plus exacte avec l'idée de sanctionner des comportements déloyaux.

25 Cf : infra, note 33.
26 Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 mai 2009

Section 2 : l'abus de biens sociaux, la sanction la plus emblématique de la déloyauté du dirigeant.

L'abus de biens sociaux, infraction de droit pénal des affaires par excellence, est née de deux décrets-lois de 1935. Cette infraction complémentaire de l'abus de confiance dont elle est issue est notamment incriminée aux articles L241-3 du code de commerce pour la SARL, L242-6 pour la SA et L244-1 pour la SAS. L'abus de biens sociaux consiste pour un dirigeant de société à « faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage [qu'il sait] contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle [il est] intéressé directement ou indirectement »[27]. En somme, il s'agit pour un dirigeant de rechercher son intérêt en portant atteinte à l'intérêt social, ce qui constitue une hypothèse grave de déloyauté du dirigeant envers sa société. L'abus de biens sociaux s'illustre donc comme le moyen de sanctionner une telle déloyauté. Formellement, cette infraction épouse particulièrement bien les contours du devoir de loyauté du dirigeant puisqu'elle est si spécifique à la relation entre dirigeant et société que la qualité d'auteur du premier est une condition *sine equa none* à sa caractérisation (§1). Toutefois une décorrélation entre reconnaissance d'un abus de biens sociaux et sanction d'une déloyauté semble apparaître au niveau des faits constitutifs de l'élément matériel de l'infraction (§2).

§1 : Une infraction par le dirigeant, pour le dirigeant contre la société.

La caractérisation de l'infraction suppose que l'acte soit perpétré par le dirigeant dans une société d'une forme spécifique (A). Les textes exigent également un dol général (B) ainsi qu'un dol spécial (C) mais la jurisprudence fait montre d'une certaine flexibilité sur ces deux éléments.

A) Une infraction propre à la relation entre dirigeant et société.

L'abus de bien sociaux constitue une infraction attitrée, ce qui signifie que n'importe quelle personne ne peut pas en être reconnue auteur. Seul le dirigeant peut avoir la qualité d'auteur du délit. Les autres personnes y ayant éventuellement pris part peuvent être poursuivies pour recel ou complicité. Le dirigeant pouvant être poursuivi est le dirigeant de droit ou de faits. Comme évoqué précédemment, le fait de cibler particulièrement le dirigeant n'est pas anodin puisqu'il occupe une position particulièrement propice au détournement de l'actif de la société. Ainsi, le caractère attitré du délit le circonscrit à la relation entre la société et son dirigeant, ce qui en fait une arme emblématique de la répression de la déloyauté du dirigeant.

L'abus de bien sociaux ne peut toucher que certaines sociétés à raison de leur forme, notamment la SA, la SAS, la SARL ou encore la SCA. Il s'agit toujours de sociétés à responsabilité limitée.

27 Article L242-6 du code de commerce

Dans une société à responsabilité illimitée, la responsabilité dirigeant doit être recherchée sur le terrain de l'abus de confiance qui s'inscrit ainsi dans une forme de complémentarité avec l'abus de biens sociaux. La qualité de victime de l'infraction est donc réservée non seulement à une société mais encore à une société constituée sous l'une des formes prévues. Cela se traduit lors des poursuites par une restriction de la possibilité d'exercer l'action civile. En effet, seule la société peut demander à être indemnisée que ce soit par la voix de son (nouveau) dirigeant dans le cadre de l'action *ut universi*, ou par celle des associés dans le cadre de l'action *ut singuli*. La conséquence de cette disposition est l'exclusion de la demande en réparation émanant de toute autre personne, notamment d'un associé en son nom propre. Cet élément montre une nouvelle fois que le délit s'inscrit dans la relation entre le dirigeant et la société. L'abus de biens sociaux constitue donc une sanction du devoir de loyauté du dirigeant envers la société et non envers ses associés. La limitation à certaines formes sociales induit un petit tempérament dans le fait que cette infraction ne permet pas de sanctionner une déloyauté perpétrée dans une société autres que celles visées.

Il semble difficile d'imaginer une déloyauté sans intention. Aussi un dol général est-il exigé à fin de caractérisation de l'infraction.

B) Le dol général, un élément insuffisamment exigé par la jurisprudence pour caractériser une intention délictuelle ?

L'exigence de mauvaise foi du dirigeant requiert que celui-ci ait eu conscience de son méfait ou d'avoir fait courir un risque anormal à la société. En pratique, cet élément ne soulève pas de difficulté puisque les juges le déduisent souvent des faits. Il semble opportun de déduire le dol général de la matérialité des faits pour éviter de s'enfermer dans un carcan probatoire inextricable qui pourrait conduire à ne pas condamner, en dépit du bon sens le plus élémentaire, un dirigeant dont la mauvaise foi est manifeste, la preuve d'une intention étant à tout le moins très difficile à apporter.

Toutefois, un véritable problème se pose lorsqu'un dirigeant commet un abus minime. Il s'agirait par exemple de l'hypothèse dans laquelle un dirigeant règle des dépenses personnelles d'un montant raisonnable avec les moyens de paiement de la société, avant de la rembourser dès le lendemain. Un tel comportement pourrait par exemple intervenir pour une raison pratique : l'oubli par le dirigeant de ses moyens de paiement personnels. Dans cette hypothèse, il semble tout à fait possible que ledit dirigeant agisse en l'absence de dol général sans avoir conscience du caractère constitutif d'un manquement, moral ou légal, de ses actes. De même il semble difficile de soutenir que le décaissement d'une somme modeste pendant une durée pouvant se compter en heures puisse porter

un quelconque préjudice à la société. De même, sauf situation particulière du dirigeant, il semble tout aussi difficile de soutenir l'existence d'un risque anormal pour le patrimoine social. Dans cette hypothèse, l'élément moral pourrait se déduire des faits alors même que le dirigeant n'aurait pas véritablement conscience du caractère non orthodoxe de son acte. En l'absence de dommage ou conséquence dommageable prévisible pour la société, le dirigeant apparaîtrait difficilement animé d'une intention condamnable. De ce point de vue, il semble périlleux d'alléguer que ce comportement constituerait une déloyauté. Il s'agit donc d'un tempérament à une conception de l'abus de biens sociaux comme sanction de la déloyauté. Une nuance doit être mentionnée : bien que facilitée, la reconnaissance de cet élément reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il faut donc s'en remettre à leur discernement.

Un autre tempérament peut être trouvé dans la manière dont la jurisprudence interprète l'exigence d'un dol spécial.

C) Le dol spécial, un élément faisant la part belle à l'interprétation du juge.

Outre le dol général, les textes exigent un dol spécial : l'intérêt du dirigeant. En effet, pour que l'infraction soit constituée il est nécessaire que le dirigeant ait eu un intérêt personnel dans la réalisation des actes. De manière assez pertinente, la jurisprudence reconnaît que cet intérêt peut être propre au dirigeant ou indirect, s'il s'agit de l'intérêt d'un membre de sa famille, ou d'une autre société dans laquelle il a des intérêts par exemple. De même, l'intérêt peut être patrimonial ou immatériel et peut consister en l'entretiens de bonnes relations[28] ou en un simple « service rendu à un élu »[29].

Cette exigence de la recherche de l'intérêt du dirigeant apparaît particulièrement pertinente en cela qu'elle permet de différentier le délit d'une simple faute civile de gestion. L'acception large de cet intérêt a vocation à couvrir l'infinie variété de raisons qui peuvent pousser un dirigeant au méfait et s'avère dès lors tout aussi pertinente. Bien que globalement positif, ce constat soulève une nouvelle fois la question de l'infraction minime. Pour reprendre l'exemple précédemment évoqué du dirigeant qui règle ses achats avec les moyens de paiement de la société et la rembourse aussitôt, il pourrait être soutenu que son intérêt est d'ordre purement pratique (éviter un trajet pour aller chercher un moyen de paiement personnel par exemple) et par conséquent dérisoire ou inexistant. De même, un dirigeant pourrait également soutenir avoir agi dans l'intérêt de la société et non dans son intérêt propre en cela que le gain de temps permis par l'emploi d'un moyen de paiement de la

28 Cour de cassation, chambre criminelle, 17 juin 2015 n°14-81.914.
29 Cour de cassation, chambre criminelle, 14 juin 2006 n° 05-85.912.

société lui aurait permis de quitter son poste un peu plus tard et donc de travailler un peu plus longtemps au service de la société. Si ce dernier argument passe pour ténu et assez audacieux, il n'est pas plus absurde que celui qui consiste à soutenir qu'en l'absence de situation particulière, le décaissement d'une somme modeste par la société au profit du dirigeant pendant une faible durée porte préjudice à celle-ci.

En posant la condition de l'intérêt du dirigeant, les textes, interprétés strictement, permettent de rapprocher l'abus de biens sociaux d'une sanction de la déloyauté. A l'inverse, une interprétation trop large conduirait à éloigner l'infraction de la sanction d'une déloyauté. Il faut donc là aussi s'en remettre au discernement des juges du fond pour faire des textes, une interprétation suffisamment large pour ne pas laisser une déloyauté grave impunie, mais aussi suffisamment stricte pour ne pas aboutir à vider l'exigence d'un intérêt personnel de sa substance. Heureusement, la Cour de cassation a pu manifester son attachement à cette condition assez récemment[30], aussi peut-on attendre sagesse et pondération dans son interprétation.

Au delà de l'élément moral de l'infraction, se pose la question de son élément matériel et notamment du caractère contraire à l'intérêt social de l'acte.

§2 : Les différents abus et la nécessité de leur caractère contraire à l'intérêt social.

Les textes incriminent quatre types de comportements différents, ce qui permet de couvrir une vaste palette de situations de faits (A). De même l'exigence d'une atteinte à l'intérêt social fait l'objet d'une interprétation extensive par la jurisprudence qui a ses vertus et ses vices (B).

A) La typologie variée des abus, le moyen d'une sanction efficace de la déloyauté.

Les textes retiennent quatre catégories de faits matériels susceptibles de constituer un abus. La première est l'usage des biens de la société. Cette notion est entendue de manière large. Il peut s'agir de tout type de bien, notamment des immeubles, à l'inverse de ce qui est prévu en matière d'abus de confiance. L'usage peut résulter d'une utilisation, d'actes de conservation ou de disposition. La deuxième est l'usage du crédit de la société. Le crédit de la société peut se définir comme l'ensemble des éléments inhérents à la société de nature à inspirer confiance. Il s'agit pour le dirigeant de faire contracter à sa société un engagement qu'elle n'aurait pas du prendre. La troisième est l'usage des pouvoirs. Il s'agit pour le dirigeant d'user du pouvoir dont il dispose sur sa société pour servir un intérêt autre que l'intérêt social. Enfin, la dernière est l'usage des voix. Il s'agit pour le dirigeant d'abuser des procuration qui ont pu lui être confiées par des associés lors

30 Cour de cassation, chambre criminelle, 1 mars 2000 n° 98-86.353

d'une assemblée générale. Cette dernière catégorie d'abus n'est plus vraiment d'actualité puisque certaines dispositions permettent aujourd'hui de prévenir ce type d'abus.

Ces quatre catégories d'abus permettent de couvrir un vaste champ d'actes matériels ce qui permet de poursuivre une grande variété de comportements déloyaux du dirigeant sans que les poursuites ne risquent d'être bridées par une omission ou une restriction quelque peu artificielle, comme ce peut être le cas pour les immeubles en matière d'abus de confiance. La variété des actes matériels prévus, participe donc à faire de l'abus de biens sociaux une sanction de la déloyauté du dirigeant vis-à-vis de sa société, quelle que soit la forme qu'elle peut prendre.

La correspondance entre la caractérisation du délit et la commission d'une déloyauté est en grande partie due à l'existence de la condition du caractère contraire à l'intérêt social de l'acte.

B) L'interprétation jurisprudentielle (trop) extensive de la condition d'une atteinte à l'intérêt social.

Les textes exigent également que l'acte soit contraire à l'intérêt social. Dès 1971 la jurisprudence a retenu une conception institutionnelle de cette notion[31]. L'intérêt social n'est par conséquent pas à la disposition des associés. Ils ne peuvent donc pas supprimer le caractère attentatoire à l'intérêt social d'un acte du dirigeant en l'autorisant ou en le ratifiant. L'atteinte à l'intérêt social peut cependant être justifiée par l'existence d'un intérêt de groupe. L'arrêt Rozenblum[32] a posé les conditions de ce fait justificatif en 1985 : il doit exister un groupe de sociétés doté d'une stratégie commune aux différentes sociétés qui le composent, ainsi que des contreparties aux sacrifices effectués par la société sans que cela ne vienne rompre l'économie générale des engagements des différentes sociétés du groupe. Enfin, ces sacrifices ne doivent pas être disproportionnés au regard des capacités financières de la société ou mettre en péril sa survie.

L'exigence d'un acte contraire à l'intérêt social constitue le principal élément permettant d'assimiler l'abus de biens sociaux à la sanction d'une déloyauté. En effet, il semble difficile de qualifier de déloyal un acte qui ne porte pas préjudice à la société intéressée. Également, le caractère extensif de l'interprétation de cette notion par la jurisprudence à travers sa volonté de privilégier son acception institutionnelle, de même que la reconnaissance de l'intérêt de groupe, permettent de mieux rendre compte de la réalité en évitant que les associés ne puissent sauver un acte délictueux du dirigeant, ou à l'inverse, qu'un dirigeant ne soit condamné pour avoir géré des affaires dans une perspective dépassant le seul cadre social. Dès lors, la condition du caractère

31 Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 1971, n° 70-90.661
32 Cour de cassation, chambre criminelle, 4 février 1985 n° 84-91.581

contraire à l'intérêt social ainsi que son interprétation permettent une sanction pertinente de la déloyauté à travers l'abus de biens sociaux.

Ce constat mérite cependant d'être nuancé. Le professeur Didier REBUT s'est notamment prononcé en faveur d'un assouplissement de la condamnation pénale du dirigeant qui aurait un compte courant débiteur. « Il faut cependant constater que les juges répressifs semblent enclins à considérer que le bénéfice d'un compte courant débiteur est nécessairement contraire à l'intérêt social au sens du délit d'abus de biens sociaux. Leur analyse procède des articles L. 223-21, L. 225-41 et L. 225-91 du code de commerce qui font interdiction aux dirigeants de se faire consentir un découvert en compte courant par la société. Ils en déduisent que le dirigeant qui viole cette interdiction commet un acte contraire à l'intérêt social susceptible d'être qualifié d'abus de biens sociaux. C'est ce qui ressort de la motivation de plusieurs décisions où le bénéfice d'un compte courant débiteur a été qualifié en lui-même d'acte contraire à l'intérêt social […]. Mais cette qualification méconnaît le délit d'abus de biens sociaux qui n'a pas pour objet de punir la violation de prescriptions formelles du droit des sociétés. Il ne peut en aller ainsi que si cette violation donne lieu à un paiement dépourvu de contrepartie ou expose l'actif social à un risque injustifié. Or, cette absence de contrepartie ou cette exposition de l'actif social à un risque injustifié ne ressortent pas nécessairement de la violation de l'interdiction sur le bénéfice d'un compte courant débiteur. C'est pourquoi l'équivalence faite par les juges répressifs entre la violation de cette interdiction et la commission d'un acte contraire à l'intérêt social est éminemment contestable »[33].

Lue *a contrario*, cette analyse tend à montrer qu'en dépit de la jurisprudence en vigueur, un dirigeant qui se ferait consentir un prêt d'un montant raisonnable par sa société, par le biais d'un compte courant débiteur par exemple, et le rembourserait quelques mois plus tard avec des intérêts, sans que le remboursement n'ait été soumis à un aléa particulier, ne commettrait pas un acte contraire à l'intérêt social. Le versement d'un intérêt non-dérisoire constituerait une contrepartie pour la société. De même, en l'absence d'aléa particulier il ne semble pas que l'opération fasse courir un risque anormal au patrimoine social. Une telle interprétation, un peu plus souple et sans doute un peu moins théorique, de l'intérêt social, aurait également le mérite de renforcer la correspondance entre la caractérisation de l'abus de biens sociaux et la sanction d'une déloyauté du dirigeant.

33 Didier REBUT, « Abus de biens sociaux – éléments constitutifs », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, DALLOZ, 2010, actualisé en 2018, alinéas 45 et 46.

Également, s'est posée en jurisprudence la question de l'usage des biens de la société en vue de commettre une infraction profitable à la société. Après certaines hésitations jurisprudentielles, l'arrêt Carignon[34] a retenu en 1997 que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ». La Cour de cassation exclut donc la conformité à l'intérêt social d'une infraction censée être profitable à la société. Si cette solution a le mérite de désapprouver et dissuader la commission d'une infraction, elle semble légèrement biaisée sur le plan de la rigueur théorique. En effet, il est possible d'imaginer des situations dans lesquelles le bénéfice attendu de l'infraction serait supérieur au préjudice encouru tant en matière fiscale que pénale ou d'image. Dans ces hypothèses la commission de l'infraction relèverait de la faute lucrative et constituerait un acte sans doute illégal et immoral mais conforme à l'intérêt social. Par conséquent, dans cette hypothèse, l'acte du dirigeant ne constituerait pas une déloyauté envers la société. Si les vertus de la solution posée par la Cour de cassation invitent à l'indulgence vis-à-vis de cette petite imperfection, il faut remarquer qu'elle relève plus de la sanction du dirigeant envers la Société et l'ordre public, ce qui induit un tempérament dans une conception de l'abus de bien sociaux comme sanction d'une déloyauté envers la société.

Les différents exemples développés dans cette partie ont en commun de relever d'un devoir de loyauté du dirigeant dans ses relations avec la société ou ses organes. Ce devoir se manifeste également dans les relations du dirigeant avec des personnes externes à la société et se matérialise principalement par l'encadrement de la concurrence qu'il est susceptible de faire à la société.

34 Cour de cassation, chambre criminelle, 27 octobre 1997 n° 96-83.698

Titre 2 : Le devoir de loyauté dans les relations externes à l'entreprise, l'exemple de l'encadrement de la concurrence.

Si le devoir de loyauté du dirigeant exige qu'il ne s'enrichisse pas au détriment de sa société ou de ses associés, il semblerait incomplet s'il ne protégeait la société des agissements potentiellement préjudiciables de son dirigeant avec des personnes qui lui sont externes. Ce péril prend principalement la forme d'actes de concurrence. Si les actes de concurrence du dirigeant en poste ou fraîchement déchargé sont particulièrement redoutés c'est parce que cette fonction le met en position de disposer d'informations d'une importance stratégique cruciale et de moyens particulièrement efficaces pour faire concurrence à la société. En outre, il faut noter que l'utilisation de tels avantages obtenus dans le cadre d'un mandat social, contre la société, semble si illégitime et immoral que l'on pourrait être tenté de l'assimiler à une trahison. C'est pourquoi de tels actes semblent purement et simplement incompatibles avec la notion même de loyauté du dirigeant. En l'absence de textes, il appartient aux parties d'aménager leurs conventions de sorte à limiter le pouvoir de nuisance du dirigeant (chapitre 2). Néanmoins, au regard de la gravité de la menace, il semblait nécessaire que la jurisprudence vienne pallier les carences de la loi (chapitre 1).

Chapitre 1 : La limitation jurisprudentielle de la concurrence du dirigeant.

D'emblée, il faut relever que, même s'il apparaît nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société, l'encadrement de la concurrence exercée par le dirigeant contre sa société constitue une limitation de sa liberté de travailler et d'entreprendre. Une telle disposition n'est donc pas anodine même si elle apparaît nécessaire et évidente afin de promouvoir la loyauté du dirigeant envers sa société. De telles restrictions apparaissent plus contraignantes pour la personne du dirigeant lorsqu'elles sont postérieures au mandat (section 2), que lorsqu'elles lui sont contemporaines (section 1), ce qui est de nature à expliquer le niveau de protection différent entre ces deux périodes.

Section 1 : La prohibition de la concurrence contemporaine du mandat sur le fondement du devoir de loyauté du dirigeant.

En l'absence de texte, c'est à la jurisprudence qu'a échu la prérogative de définir le régime d'encadrement de la concurrence que peut exercer le dirigeant contre sa société. A l'origine, de tels actes de concurrences tombaient sous le coup de la répression de la concurrence déloyale jusqu'à ce que peu à peu, les juges en viennent à se fonder sur une obligation autonome de loyauté (§1). Aujourd'hui, une véritable obligation de non-concurrence est mise à la charge du dirigeant et elle constitue une manifestation directe de son devoir de loyauté envers sa société (§2).

§1 : La construction prétorienne du devoir de non-concurrence du dirigeant.

A l'origine, la jurisprudence appliquait l'adage selon lequel « là où la loi ne distingue pas il ne faut pas distinguer ». En conséquence, la concurrence exercée par le dirigeant à l'encontre de sa société était traitée comme n'importe quel acte de concurrence : seul son éventuel caractère déloyal pouvait lui faire prendre un caractère fautif. On peut citer un arrêt de la chambre commerciale de 1994 à titre d'exemple[35]. Dans sa solution, la Cour de cassation relève que « la SARL Provence sidérurgie exportation avait une raison sociale quasi identique à celle de la société PRO SI DEX ainsi qu'un sigle identique à celui de cette dernière ; que ces deux circonstances étaient de nature à induire la clientèle en erreur... ». Ces arguments sont des arguments classiques pour établir l'existence d'un acte de concurrence déloyale. On peut également faire mention du commentaire de Raymonde VATINET qui montre que la doctrine se questionnait déjà sur la notion d'obligation de non-concurrence du dirigeant et a ainsi pu inspirer la jurisprudence lorsqu'il s'est agit de la reconnaître : « Selon une idée communément reçue, la liberté de collaborer à plusieurs entreprises en même temps trouverait cependant sa limite dans le caractère concurrentiel des activités cumulées. Pour le salarié comme pour le mandataire social toute activité concurrentielle serait interdite quels que soient les moyens employés ». Cette solution avait déjà été avancée très tôt en jurisprudence[36] mais il y avait, semble-t-il, une certaine réticence des juges à la réitérer, sans doute parce qu'en l'absence de fondement textuel explicite, il est moins hasardeux de s'appuyer sur un fondement éprouvé comme la concurrence déloyale. De même, la notion d'obligation de loyauté était déjà débattue : « Quant aux actes préparatoires auxquels l'intéressé s'est livré avant sa démission, ils ont pu être considérés comme contraires à l'obligation de loyauté dont il est communément admis qu'elle découle de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail comme du mandat social »[37].

En 1996, l'arrêt VILGRAIN a reconnu explicitement l'existence d'un devoir de loyauté du dirigeant envers les associés et en 1998 l'arrêt KOPCIO[38] a étendu ce devoir au dirigeant envers la société dans son attendu de principe : « … ayant constaté que M. Kopcio avait exercé

35 Cour de cassation, Chambre commercial 7 juin 1994 DALLEST contre Sarl PRO SI DEX.

36 Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 1964 : MAIS ATTENDU QUE LA COUR D'APPEL RELEVE QUE VALBY, SIMPLE PORTEUR DE PARTS N'EXERCANT DANS LA SOCIETE "CUISINE DE FRANCE" AUCUNE FONCTION DE GERANCE NI D'EMPLOI SALARIE, ETAIT, A DEFAUT D'UNE INTERDICTION FORMULEE AUX STATUTS OU RESULTANT D'UN ENGAGEMENT PARTICULIER SOUSCRIT PAR LUI DONT LA SOCIETE NE JUSTIFIE PAS, LIBRE DE S'INTERESSER A UNE NOUVELLE ENTREPRISE, MEME SUSCEPTIBLE D'ENTRER EN CONCURRENCE… »

37 Raymonde VATINET, Déloyauté contractuelle ou concurrence déloyale ? (de la prétendue obligation de non-concurrence du salarié et du mandataire social), DALLOZ, *Revue sociétés*, 1995 page 275.

38 Cour de cassation, chambre commerciale, 24 février 1998, n°96-12.638

successivement les fonctions de gérant, puis après sa transformation en société anonyme, de directeur général de la société PIC, ce dont il découlait qu'il était tenu à une obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise... ». Le principal apport de cet arrêt est de lier la notion de devoir de loyauté à la problématique de la concurrence du dirigeant. S'il semble que la Cour de cassation rattache dans cet arrêt une obligation de non-concurrence au devoir de loyauté à la charge du dirigeant en exercice, une ambiguïté subsiste avec la concurrence déloyale, comme le relève Marie-Laure COQUELET : « … On peut se demander si la sanction sur le fondement de la théorie de la concurrence déloyale de faits contemporains à l'exercice des fonctions sociales est véritablement opportun. N'y a-t-il pas en effet une confusion regrettable entre concurrence déloyale et concurrence interdite par le contrat qui conduit en pratique à sanctionner la seconde au moyen de la première ? »[39].

Par la suite, la jurisprudence s'est employée à dissiper le doute. Dans un arrêt de 2011[40] elle a réaffirmé qu'il s'agissait d'une obligation de non-concurrence en condamnant la captation d'un marché par le dirigeant pour le compte d'une société concurrente qu'il dirigeant également. De même, Laurent GAUDON relève que cet arrêt réitère le caractère consubstantiel de la fonction de direction du devoir de loyauté qui fonde l'obligation de non-concurrence : « On ne saurait mieux exprimer ainsi l'idée que l'obligation de loyauté et de fidélité s'apparente à un « devoir fonctionnel » en ce sens qu'elle est attachée à la fonction de direction elle-même, indépendamment de la forme de la société en cause, et qu'il n'est nullement besoin de l'avoir stipulée »[41]. Dans un article de 2017, Jean-Marc MOULIN note *a posteriori* que cet arrêt rendu au visa de l'article L223-22 du code de commerce a également marqué une évolution du le fondement juridique utilisé par la Cour de cassation : « Rappelons ici qu'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 novembre 2011 a permis de bien distinguer l'action en responsabilité diligentée contre le gérant en exercice d'une société pour manquement à son obligation de loyauté fonctionnelle fondée sur un texte spécial du droit des sociétés, d'éventuelles actions intentées par la société contre son ancien dirigeant social sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour concurrence déloyale ou, à tout le moins, usage de moyens déloyaux »[42]. Cette remarque fait écho à un regret qu'exprimait Laurent GAUDON dans son article : « Tantôt, la Cour de cassation se montre rigoureuse en

39 Marie-Laure COQUELET « Concurrence déloyale et obligation de loyauté de l'ancien dirigeant », DALLOZ *revue des sociétés*, 1998, page 546.

40 Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 2011, 10-15.049

41 Laurent GAUDON « l'obligation de non-concurrence de l'associé et du dirigeant de société », DALLOZ, *Revue sociétés*, 2012 page 292.

42 Jean-marc MOULIN, « Retour sur l'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux » LEXTENSO, *Gazette du palais*, n°23, paru le 20 juin 2017, page 60.

considérant que l'action en dommages et intérêts fondée sur l'article 244 de la loi de 1966 doit être nettement distinguée de celle basée sur la concurrence déloyale; tantôt au contraire elle n'hésite pas à sanctionner des agissements relatifs à la période contractuelle sous couvert de concurrence déloyale et à faire en conséquence application de l'article 1382 du Code civil. […] de nombreux auteurs regrettent que contrairement à une saine orthodoxie juridique et par un abus de langage, la Cour de cassation sacrifie à l'approximation en attribuant la qualification d'acte de concurrence déloyale à des agissements qui devraient être uniquement sanctionnés dans le cadre de la concurrence interdite par le contrat ».

Cet arrêt de 2011 a achevé de fixer le régime actuel du devoir de non-concurrence du dirigeant. Depuis lors, cette obligation n'a été qu'ajustée à la marge par la jurisprudence.

§2 : La matérialité de l'obligation jurisprudentielle de non-concurrence du dirigeant.

L'obligation de non-concurrence du dirigeant doit être entendue de manière stricte en cela qu'elle se borne à proscrire l'acte concurrentiel et ne pose pas d'obligation d'exclusivité (A). Néanmoins la définition de l'activité concurrentielle est incertaine (B). En tout état de cause, le dirigeant peut être autorisé par les associés à prendre part à une activité concurrente (C).

A) La délimitation stricte de l'obligation aux situations de concurrence.

Au terme de cette évolution jurisprudentielle, un consensus semble établi autour de l'existence d'une obligation de loyauté du dirigeant envers sa société. En matière de concurrence, celle-ci se matérialise par une obligation pure et simple de non-concurrence du dirigeant envers sa société. En d'autres termes, le dirigeant d'une société doit s'abstenir de tout acte susceptible de faire concurrence à la société dans laquelle il exerce son mandat. L'exemple le plus général est donné dans l'arrêt de 2011 qui condamne la captation d'un marché par le dirigeant au profit d'une autre société. Jean-Marc MOULIN explique cela en des termes on ne peut plus clairs : « Par principe, en l'absence de toutes précisions statutaires, le dirigeant social ne peut développer une autre activité que celle liée à son mandat social que si celle-ci ne vient pas générer un conflit d'intérêts mettant aux prises le sien et celui de la société qu'il dirige. Toute activité concurrente, même seulement en germe, est susceptible d'entraîner un tel conflit et, partant, doit être exclue ». Ce principe étant posé, il faut noter qu'il s'agit d'une obligation de non-concurrence et non d'un devoir d'exclusivité. En effet, rien n'interdit au dirigeant d'exercer un mandat dans une société tierce, à la condition qu'elle ne soit pas une concurrente de la première. Cette circonscription de l'interdiction aux situations de concurrence et donc de conflits d'intérêts, peut être regardée comme relevant d'une exigence de

pertinence et de proportionnalité vis-à-vis de la liberté constitutionnelle de commerce et d'industrie[43].

Cela étant, proscrire la concurrence du dirigeant suppose d'identifier l'activité concurrente.

B) L'appréciation incertaine du caractère concurrent de l'activité.

Un arrêt de 2017 a même pu retenir que l'exercice d'un emploi salarié dans une société concurrente ne suffisait pas à caractériser un manquement au devoir de loyauté du dirigeant[44]. L'apport de cet arrêt est très incertain. Comme le relève Jean-Marc MOULIN, malgré l'absence de publication de cet arrêt, il ne semble pas pouvoir être réduit à un simple arrêt d'espèce « … le seul fait pour un dirigeant social d'accepter un emploi dans une autre société que celle dans laquelle il exerce son mandat social ne suffit pas à caractériser une violation du devoir de loyauté qui pèse sur lui, et [il] convient, pour que la demande en indemnisation puisse prospérer devant les juges, de démontrer en quoi cette situation est porteuse d'un conflit d'intérêts avéré ou seulement potentiel qui serait préjudiciable à la société ». Au delà de l'incertitude sur la portée de cet arrêt, on peut néanmoins noter que la Cour de cassation refuse une approche formelle de l'obligation de non-concurrence et privilégie une analyse *in concreto*.

Cette solution pousse à s'interroger en détail sur l'hypothèse du cumul des mandats au lieu du cumul d'un mandat et d'un contrat de travail. Jean-Marc MOULIN soutient que, le cumul de mandats n'étant pas prohibé par principe, l'existence d'un conflit d'intérêt doit être prouvée lorsque le dirigeant accepte de diriger une société tierce. « Un raisonnement similaire peut être tenu *mutadis mutandis* si l'on envisage la situation du dirigeant social qui ambitionne d'exercer un autre mandat social. Un tel cumul de mandats n'est pas en soi prohibé en droit français, il serait même plutôt la règle pour les chefs d'entreprises, sous réserve des quelques dispositions qui tentent bien mollement de limiter ce type de cumul. C'est donc, en réalité, toujours par rapport aux activités effectivement développées par les sociétés auxquelles participe le dirigeant social qu'il conviendra concrètement de déterminer si celui-ci fait ou non une concurrence déloyale à la société qu'il dirige. Les pourcentages de chiffre d'affaires, l'aspect stratégique de telle ou telle branche d'activité exprimé, par exemple, en dépenses de R&D, les zones géographiques de présence, voire simplement la loyauté que chacun doit à ses engagements envers autrui seront autant de critères permettant de le

43 Cette liberté est fondée par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791. Sa valeur constitutionnelle a été établie par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

44 Cour de cassation, chambre commerciale, 8 février 2017 n°15-17.904. L'attendu de principe ne mentionne pas la situation de concurrence des deux sociétés, cela s'évince des faits.

déterminer »[45]. Il faut donc que la société tierce soit une concurrente de la première pour que la situation vienne à poser problème.

Mais dans cette hypothèse faudrait-il tout de même prouver le conflit d'intérêt ou celui-ci devrait-il être présumé du fait de cette situation de concurrence entre les deux sociétés ? La rédaction de l'arrêt du 11 février 1964 tendrait à plaider vers une présomption. Toutefois la rédaction de l'arrêt du 15 novembre 2011 (n°10-15.049) se veut plus subtile. En effet, elle semble exclure implicitement le cumul des mandats de représentation sociale entre sociétés concurrentes, la négociation de marchés étant intrinsèque à la fonction : « … sa qualité de gérant de la société Clos du Baty, lui interdisant de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité ». Toutefois elle n'exclut pas explicitement le cumul d'un mandat de représentation et d'un autre de gestion, dénué de prérogatives de représentation. De même, dans l'hypothèse d'une pluralité de mandataires sociaux, elle ne semble pas non plus exclure un mandat de représentation, à condition que lesdites prérogatives de représentation ne s'étendent pas à la branche d'activité effectivement concurrente. Il faut noter qu'il ne s'agit là que d'une analyse implicite fondée sur la lettre de l'arrêt et qu'en l'absence de confirmation plus explicite, il serait hasardeux pour un dirigeant d'accepter une mandat social dans une société concurrente à celle qu'il dirige. De même, l'arrêt de 2017 n'ayant pas été publié, il semble également périlleux pour un dirigeant d'accepter un emploi salarié dans une société concurrente, sauf à être placé dans une situation de nature à exclure avec certitude tout conflit d'intérêt[46].

Enfin, on peut questionner la pertinence de l'exigence de preuve d'un conflit d'intérêt, qui semble être établie en matière de cumul du mandat et d'un contrat de travail et qui est supposée, par transposition de la solution, en cas de cumul de deux mandats[47]. En effet, l'exigence d'une démonstration de l'existence d'un conflit d'intérêt effectif ou potentiel, semble être de nature à laisser une certaine latitude au conflit d'intérêt pour prospérer, cette preuve pouvant être difficile à apporter. Il pourrait être mieux équilibré de partager la charge de la preuve : la partie alléguant la violation de l'obligation de non-concurrence devrait ainsi apporter la preuve de la situation de concurrence des deux société et voir de ce fait la déloyauté présumée. A son tour, le dirigeant accusé pourrait se défendre en prouvant l'absence effective de conflit d'intérêt.

45 Jean-marc MOULIN, « Retour sur l'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux » LEXTENSO, *Gazette du palais*, n°23, paru le 20 juin 2017, page 60.

46 Il faut noter qu'au regard des incertitudes jurisprudentielles, même dans une situation exclusive de tout conflit d'intérêt, une action, contentieuse à l'encontre du dirigeant pourrait être tentée.

47 Il semble judicieux de rappeler qu'il ne s'agit là que d'une interprétation de la jurisprudence dont l'effectivité apparaît hautement incertaine.

En l'état actuel du droit, le dirigeant peut se défendre en établissant qu'il a été autorisé à concurrencer la société par l'unanimité des associés.

C) Le consentement unanime des associés, une cause légitime d'exonération de la responsabilité du dirigeant concurrent ?

Un arrêt de 2020[48] est venu poser une limitation à l'obligation de non-concurrence issue du devoir de loyauté du dirigeant. En l'espèce, la Cour de cassation a retenu que « ne donne pas lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a préalablement consenti. Dès lors, le gérant d'une société à responsabilité limitée qui, durant son mandat, exerce, à titre personnel ou par l'intermédiaire d'une autre société, une activité concurrente à celle de la société qu'il dirige ne manque pas à son devoir de loyauté et n'engage pas sa responsabilité envers celle-ci en application de l'article L.223-22 du code de commerce s'il a reçu, pour ce faire, l'autorisation unanime des associés ». Dans son commentaire[49], Nadège JULLIAN relève qu'il s'agit d'une application de la maxime « *volenti non fit injuria* » et qu'elle est soumise à deux conditions : la disponibilité de l'intérêt auquel il est porté atteinte et un consentement unanime des associés. Sur ce dernier point, elle précise que doit être manifestée une volonté « réelle et consciente » d'accepter le dommage et non une simple tolérance. D'un point de vue pratique elle relève également que le juge de cassation fait preuve de souplesse en n'exigeant pas de formalisme particulier au consentement des associés. Seule est retenue par la Cour, la nécessité d'un accord préalable ce qui exclut une éventuelle ratification *a posteriori*.

Cet arrêt a de quoi laisser perplexe. Comme le relève Nadège JULLIAN, cet arrêt améliore la sécurité juridique des dirigeants en prévenant « un volte-face de la part des associés, bien plus gênés qu'ils ne le prévoyaient de la concurrence du dirigeant ». En cela elle relève qu'il est toujours question de loyauté « mais cette fois [de] la loyauté des associés à l'égard du dirigeant ». Cet arrêt marque donc un léger recul de l'obligation de non-concurrence du dirigeant en posant une circonstance exonératoire de responsabilité qui montre le caractère non-absolu de cette obligation. Cette limitation a un aspect positif parce qu'elle met un dirigeant de bonne foi à l'abri d'un comportement déloyal de ses associés. Néanmoins, la situation d'un dirigeant à la tête de deux société concurrentes reste problématique, porteuse du germe d'un conflit d'intérêt et donc de la déloyauté du dirigeant. Par conséquent, on peut appréhender que cette décision se révèle incitative

48 Cour de cassation , chambre commerciale, 18 mars 2020 n°18-17.010

49 Nadège JULLIAN, « L'adage *Volenti non fit injuria* et le devoir de loyauté du dirigeant », *La semaine juridique – entreprise et affaires* – n°45, 05/11/2020 page 17.

et aboutisse à ce que ce cas de figure se répande. Cela étant, les associés n'ayant par principe aucun intérêt à cela, le risque apparaît tout de même limité.

Également, cette décision apparaît quelque peu surprenante dans la manière dont elle traite l'intérêt social. Comme le relève Nadège JULLIAN, cette solution « fait la part belle à l'analyse contractuelle de la société ». Il faut noter d'emblée que la tendance actuelle est plus à l'analyse institutionnelle de celle-ci et qu'en conséquence cette décision s'inscrit à contre-courant de cette tendance. Ce constat est issu de la déclaration de la Cour de cassation évoquant un « fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer ». Dans son commentaire, Nadège JULLIAN assimile cet intérêt à un intérêt pécuniaire disponible par principe, à l'inverse, par exemple, de l'intégrité du corps humain[50]. Cette analyse peut apparaître quelque peu réductrice et il semble juste de soutenir que cet intérêt est l'intérêt social. En effet, la concurrence exercée à l'encontre de la société ne porte pas uniquement atteinte à ses finances mais également à son activité, aux perspectives de développement de celle-ci et au final, à plus ou moins grande échelle à sa vie toute entière. Même si la qualification d'intérêt pécuniaire n'est pas fausse, les données liées à l'activité de la société ayant vocation *in fine* à se traduire en termes financiers, elle ne rend pas compte de la communauté d'intérêts qui gravite autours de la société : salariés, créanciers, administration fiscale… Il semble donc pertinent d'identifier l'intérêt en jeu comme l'intérêt social. Or, cela revient à admettre que l'intérêt social puisse se trouver à la disposition des associés.

D'une part on peut relever qu'une telle solution s'inscrit une nouvelle fois à contre-courant de la tendance actuelle. D'autre part on peut relever une discordance avec le choix fait en droit pénal et notamment en matière d'abus de biens sociaux, de consacrer l'indisponibilité de l'intérêt social pour les associés. Si, de prime abord, il ne semble pas surprenant que le droit pénal soit plus sévère que sa contrepartie civile, les choses semblent moins évidente lorsqu'on analyse cela sous l'angle de la déloyauté. En effet, la concurrence exercée par le dirigeant porte atteinte à l'intérêt social comme l'abus de biens sociaux, bien que d'une manière différente. Comme en matière d'abus de biens sociaux, cette atteinte est susceptible de léser tout à la fois les associés, les salariés et les créanciers de la société ainsi que l'administration fiscale. La différence réside dans le fait que le plus souvent l'infraction entraîne une perte là où la concurrence génère un manque à gagner. Il pourrait même être soutenu que la concurrence est plus néfaste en cela qu'elle limite la capacité de l'entreprise à

50 Article 16-1 du code civil : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

acquérir de l'influence sur un marché, là ou l'infraction se contente le plus souvent d'en limiter les bénéfices. Tout comme en matière d'abus de biens sociaux, la concurrence exercée par le dirigeant a vocation à l'enrichir ou à enrichir une société tierce. Enfin, le préjudice consécutif à un abus de biens sociaux ne semble pas fondamentalement plus lourd que celui issu d'un acte de concurrence du dirigeant. Cela dépend de chaque situation analysée *in concreto*. La seule différence tangible réside dans la nature des actes perpétrés : d'une part il y a abus des biens, du crédit, du pouvoir ou des voix au sein de la société, de l'autre il y a usage de la liberté d'entreprendre. En dépit de cette différence, lorsqu'on se place sur le terrain du préjudice subi, ces deux types d'actes apparaissent gravement préjudiciables et de ce fait moralement très déloyaux. Si l'on peut admettre que la différence entre ces deux comportements justifie l'incrimination de l'un et non celle de l'autre, il semble plus discutable d'induire une différence de traitement au niveau de l'objet du préjudice lorsque celui-ci est identique et ledit préjudice comparable.

De même, on remarquera que l'existence d'une obligation de non-concurrence absolue à la charge du dirigeant n'a jamais semblé constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Ainsi, il semble que statuer en sens inverse et retenir l'indisponibilité de l'intérêt social en matière d'obligation de non-concurrence aurait renforcé la sécurité juridique des dirigeants en précisant le caractère absolu de cette obligation et en laissant à leur charge le soin de s'y conformer. De même cela aurait évité de légitimer d'éventuelles situations de conflit d'intérêt et donc des déloyautés potentielles envers l'une ou l'autre des sociétés concurrentes.

L'obligation de non-concurrence du dirigeant apparaît donc comme une manifestation directe et autonome de son devoir de loyauté. Si cette obligation de non-concurrence n'est valable que pour la durée du mandat social, le dirigeant social reste une potentielle menace pour la société même après son terme. Par conséquent, sa concurrence est également encadrée postérieurement.

Section 2 : L'encadrement de la concurrence postérieure au mandat sur le fondement de la prohibition de la concurrence déloyale.

Afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée à sa liberté de travailler et d'entreprendre, l'obligation de non-concurrence du dirigeant prend fin au terme de son mandat. Il retrouve donc la faculté de concurrencer la société qu'il a dirigé à condition de le faire loyalement (§1). L'interdiction d'exercer une concurrence déloyale ne semble pas relever à proprement parler du devoir de loyauté du dirigeant mais s'inscrire dans sa continuité (§2).

§1 : La réduction de l'encadrement de la concurrence du dirigeant à la prohibition de la concurrence déloyale.

Il apparaît nécessaire de préciser d'emblée que l'encadrement de la concurrence du dirigeant suite au mandat n'a pas de commune mesure avec l'obligation de non-concurrence contemporaine à celui-ci. En effet, en l'absence de convention, la concurrence de l'ancien dirigeant ne trouve de limite qu'en la concurrence déloyale. Il faut donc comprendre que comme en cours de mandat l'ancien dirigeant est libre de s'investir dans une activité sans rapport avec la société qu'il a géré. A l'inverse de la période contemporaine du mandat, il est entièrement libre de s'investir dans une activité concurrente, en tant que salarié mais aussi que dirigeant. La seule limite à cette liberté est que cette concurrence ne dois pas revêtir un caractère déloyal.

L'action en concurrence déloyale est fondée sur les articles 1240 et 1241 du code civil dont les dispositions sanctionnent la responsabilité extra-contractuelle des individus. La faculté de l'ancien dirigeant à concurrencer sa société n'est donc bornée que par le droit commun. Cette action est très ancienne puisque Jean-Christophe RODA relève des procès en concurrence déloyale à la moitié du XIX^{ème} siècle[51]. La nature de concurrence déloyale est sujette à de nombreux débats doctrinaux. Jean-Christophe RODA la définit comme un « comportement anormal qui cause du tort aux concurrents ». De manière logique au regard de son fondement textuel, cette action suppose de prouver l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Toutefois, la jurisprudence retient fréquemment « qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice », se gardant ainsi d'exiger sa démonstration. De même, il arrive que le lien de causalité soit présumé[52].

L'action en concurrence déloyale se démarque de l'action en responsabilité civile classique par l'application du critère de « l'activité économique ou professionnelle »[53]. Dans son ouvrage, Jean-Christophe RODA écrit que la caractérisation de la faute constitue le cœur du contentieux de l'action en concurrence déloyale. Selon lui, il y a faute lorsqu'il y a « rupture de l'égalité dans la concurrence ». Cela étant la faute n'est pas toujours facile à caractériser et il arrive que la jurisprudence hésite sur certains points comme en matière d'imitation de produits ne faisant pas l'objet d'une protection sur le terrain de la propriété intellectuelle. Tel qu'évoqué précédemment, le préjudice est souvent présumé en raison de la difficulté de revêt sa démonstration. Une incertitude existe quant au caractère réfragable de cette présomption. Le préjudice peut prendre des formes

51 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Page 139.
52 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Page 142.
53 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Page 143.

variées, notamment celle d'une une perte de chance, d'une perturbation de l'entreprise victime, ou encore d'une dégradation de l'image. Le lien de causalité est souvent présumé ou éludé des débats mais il arrive en des circonstances particulières que les juges exigent la démonstration de cet élément[54].

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer à tous les concurrents de la société, incluant, le cas échéant, son ancien dirigeant.

§2 : La prohibition de la concurrence déloyale appliquée au dirigeant, une continuité de son devoir de loyauté.

Pour la période postérieure au mandat, l'action en concurrence déloyale permet de sanctionner un ancien dirigeant qui utiliserait des avantages acquis du fait de son mandat pour concurrencer son ancienne société. Jean-Marc MOULIN explique cela en s'appuyant sur l'arrêt KOPCIO. « Si, de longue date, le principe de la liberté du travail et de l'entreprise voit la fin du mandat social mettre un terme à l'obligation de non-concurrence comme de fidélité, il faut néanmoins réserver l'hypothèse où l'ancien dirigeant se rendrait coupable d'actes de concurrence déloyale. En effet, l'usage par l'ancien mandataire social de moyens déloyaux dans l'exercice de ses nouvelles fonctions ne saurait être toléré. Telle était l'hypothèse dans la célèbre affaire Kopcio […] En effet, dans cette affaire, le directeur général démissionnaire d'une société avait, lorsqu'il était encore en exercice, délié de nombreux salariés de la société qu'il dirigeait de leur clause de non-concurrence, avant de les réemployer dans une société qu'il avait par la suite constituée et qui concurrençait la société qu'il dirigeait précédemment. Il reste que c'est bien après la cessation de ses fonctions que sa responsabilité a été recherchée et qu'il a été condamné ».

La distinction existante entre la période contemporaine du mandat et celle qui lui est postérieure se justifie pleinement notamment par la nécessité pour le dirigeant d'avoir un revenu. Une obligation de non-concurrence de plein droit postérieure au mandat serait excessive en cela qu'elle serait de nature à obérer sérieusement la faculté du dirigeant à exercer une activité et à se reconvertir, en particulier dans le cadre de petites entreprises dans lesquelles le dirigeant est souvent technicien dans un domaine particulier et où la nécessité d'un revenu plus marquée. De même, il semblerait quelque peu illogique et excessif d'exiger du dirigeant le même niveau de loyauté envers la société après son mandat que pendant.

54 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Pages 153 à 158.

Également, l'auteur fournit un certain nombre d'exemples d'actes pouvant relever de la concurrence déloyale du dirigeant : « Le fait, pour un gérant révoqué, de licencier des salariés de son ancienne société pour mieux les débaucher, de dénoncer certains contrats avant sa démission pour mieux se les réapproprier dans une nouvelle structure, de courtiser les anciens clients soit par voie de dénigrement de l'ancienne société, soit en entretenant une confusion dans l'esprit de ces derniers quant à la qualité exacte de leur interlocuteur, constituent autant de circonstances qui pourront conduire les juges à sanctionner l'activité concurrente nouvelle comme déloyale. Il revient donc à l'ancien dirigeant social qui souhaite développer, après la fin de son mandat, une activité concurrente à celle de la société qu'il dirigeait jusqu'alors, de s'interroger longuement sur les moyens qu'il entend mettre en œuvre dans cette perspective »[55].

L'action en concurrence déloyale permet donc de sanctionner une déloyauté de l'ancien dirigeant envers sa société. Pour autant, il serait, semble-t-il, abusif de la considérer comme une matérialisation de obligation de loyauté du dirigeant en cela que la sanction de la concurrence déloyale ne fait pas peser sur lui une obligation particulière, cette obligation de loyauté dans la concurrence étant la même pour tous les concurrents. Elle s'applique à lui comme n'importe quel acteur du marché et l'astreint simplement à se comporter comme les autres sans chercher un avantage indu. Au surplus il faut remarquer que l'ancien dirigeant est plus susceptible que d'autres de se rendre coupable d'un acte de concurrence déloyale et devrait ainsi être encouragé à la prudence. La sanction de la concurrence déloyale ne procède donc pas spécialement du devoir général de loyauté du dirigeant mais s'inscrit dans son prolongement lorsqu'il s'agit d'encadrer sa concurrence. Au delà, la sanction générale de la concurrence déloyale montre que le devoir de loyauté du dirigeant n'est pas un particularisme du droit des société mais seulement l'un des devoirs de loyauté existant en droit français. Ainsi le devoir de loyauté du dirigeant pourrait être regardé comme une étoile parmi d'autres dans la constellation du devoir général de bonne foi contractuel posé à l'article 1104 et anciennement à l'article 1134 du code civil. Enfin, on peut relever que le caractère de plus en plus punitif de l'action en concurrence déloyale[56] tend à renforcer cette obligation générale de loyauté de la concurrence et indirectement celle à la charge de l'ancien dirigeant à ce titre.

55 Jean-marc MOULIN, « Retour sur l'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux » LEXTENSO, *Gazette du palais*, n°23, paru le 20 juin 2017, page 60.

56 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Page 142 et 156.

Au delà, il est possible d'alourdir et de préciser conventionnellement les obligations pesant sur le dirigeant en matière de loyauté. L'outil privilégié pour cela est l'accord de non-concurrence.

Chapitre 2 : La limitation conventionnelle de la concurrence du dirigeant.

Comme le rappelle le code de gouvernance AFEP-MEDEF[57] à destination des sociétés cotées « La conclusion d'un accord de non-concurrence a pour objet de restreindre la liberté d'un dirigeant mandataire social d'exercer des fonctions chez un concurrent ». En cela l'accord de non-concurrence s'illustre comme une modalité d'application du devoir général de loyauté du dirigeant. Ce type d'accord peut produire ses effets de manière contemporaine au mandat ou postérieure. Bien que la clause de non-concurrence ne fasse pas l'objet de dispositions légales et que son régime soit par principe laissé à la liberté contractuelle des parties, la jurisprudence a tenu compte de son caractère restrictif de la liberté de travail et d'entreprise et est venue poser des conditions à sa validité (section 1). De son côté, la gouvernance d'entreprise s'est également penchée sur la question et est venue ajouter certaines préconisations à ce régime jurisprudentiel (section 2).

Section 1 : L'accord de non-concurrence selon le droit.

La jurisprudence est venue fixer un certain nombre de conditions à la validité de cet accord qui peuvent varier selon le contexte de sa mise en œuvre (§2). Toutefois, avant de s'intéresser à ces conditions, il semble important de comprendre l'intérêt de négocier une telle convention (§1).

§1 : L'accord de non-concurrence, un outil de modulation du devoir de loyauté du dirigeant.

L'intérêt de la convention de non concurrence doit s'apprécier durant le mandat et après celui-ci. A l'issue du mandat, l'intérêt d'un tel accord est assez évident. En effet, au cours de cette période, la concurrence du dirigeant n'est encadrée que par le droit commun de la concurrence, c'est à dire l'action en concurrence déloyale. On pourrait alors se contenter de dire que si le dirigeant n'a pas recours à une forme déloyale de concurrence, il n'y a pas lieu de restreindre sa liberté. Toutefois, ce serait omettre deux paramètres. D'une part, la concurrence déloyale doit se prouver et ce n'est pas toujours chose aisée. Il semble donc judicieux, lorsque cela est possible, d'interdire purement et simplement la concurrence afin d'éviter cet écueil. D'autre part, l'ancien dirigeant peut se révéler être un concurrent redoutable même sans user de déloyauté. La seule confiance qu'il inspire à ses cocontractants peut suffire. Ainsi, dans des secteurs où l'*intuitu personae* des relations d'affaires est fort, des clients de la société peuvent choisir de suivre son ancien dirigeant plutôt que de rester fidèle à la personne morale, sans que l'ancien dirigeant n'ait accompli de quelconque démarche ou sollicitation en ce sens. Un exemple assez courant en pratique qui justifie l'usage fréquent d'accords

57 « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », actualisé en janvier 2020, Édite par l'AFEP et le MEDEF

de non-concurrence est celui des cafetiers. Il arrive que les clients d'un débit de boissons soient plus attachés à un gérant avenant, aux animations qu'il propose, ou à l'ambiance qu'il sait insuffler, qu'à l'établissement dans lequel il exerce. En l'absence de clause de non-concurrence, si ce cafetier décidait de quitter l'établissement qu'il gère et d'en ouvrir un autre plus loin en ville, il y aurait sans doute une proportion non négligeable de clients pour le suivre et cesser de fréquenter le premier établissement. Dans ce type d'hypothèse, une protection de la société uniquement fondée sur la prohibition de la concurrence déloyale s'avérerait insuffisante et l'interdiction pure et simple de la concurrence serait nécessaire.

En cours de mandat, l'intérêt d'une convention de non-concurrence apparaît moins évident. En effet, pourquoi stipuler une interdiction de concurrence, au risque que le débiteur de cette obligation demande une contrepartie financière, alors que la jurisprudence interdit déjà au dirigeant d'exercer une activité concurrente ? Une première réponse se déduit des développements précédents : la portée exacte de l'obligation de non-concurrence jurisprudentielle est incertaine et il semble qu'en dépit de cette obligations, le dirigeant d'une société puisse appartenir à une structure concurrente à condition qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêt. Une clause de non-concurrence peut être un moyen de prévenir cette situation pour des associés que cela dérangerait. De manière plus générale, Jean-Marc MOULIN explique qu'un tel accord permet de préciser et de délimiter le contenu de l'obligation de non-concurrence du dirigeant. « Ainsi, il pourra être opportunément prévu que seules certaines activités seront interdites, tandis que toutes les autres pourront être exercées ; ou encore que les éventuelles activités déployées au profit d'une autre société devront l'être uniquement en vertu d'un autre mandat social ou d'un contrat de travail. De même, une stipulation de la clause pourra préciser quelle zone géographique spécifique est concernée. […] La rédaction d'une clause statutaire relative à l'obligation de non-concurrence du dirigeant social [doit] être envisagée comme une véritable opportunité pour les promoteurs de la société : non seulement parce que les précisions relatives au régime de la clause permettront d'éviter, à la suite de sa mise en œuvre, de trop longs conflits autour de son caractère régulier ou non, mais surtout parce que s'interroger sur les activités que l'on ne souhaite pas voir développées par le dirigeant social renseigne aussi sur ce qui est essentiel pour la société de ce point de vue »[58]. Ces développements soulèvent la question de l'articulation de l'obligation de non-concurrence jurisprudentielle avec la clause. S'il semble que l'application de l'accord doive être privilégiée dans la majorité des hypothèses, on peut se demander si une société pourrait poursuivre son dirigeant en manquement à

58 Jean-marc MOULIN, « Retour sur l'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux » LEXTENSO, *Gazette du palais*, n°23, paru le 20 juin 2017, page 60.

son obligation jurisprudentielle de non-concurrence dans le cas de l'exercice d'une activité concurrente qui ne serait pas interdite par une stipulation de l'accord. En l'absence de précision jurisprudentielle ou doctrinale[59] sur ce point, il semble difficile d'apporter une réponse précise à cette question. Toutefois, on peut avancer qu'en pareille hypothèse et suite à l'arrêt du 18 mars 2020 qui a établi que que l'intérêt social était à la disposition des associés dans cette matière, il semble difficile de soutenir que l'acte du dirigeant qui s'adonne à une activité concurrente autorisée par la clause de non-concurrence commet un manquement à son obligation de loyauté telle que définie par la jurisprudence. Ainsi, il s'infère de ce raisonnement que l'obligation de non-concurrence jurisprudentielle, fondée sur l'obligation de loyauté du dirigeant, aurait un caractère supplétif au regard de l'établissement d'une obligation de même nature par voie contractuelle. Reste en suspend la question de savoir si les parties peuvent renoncer purement et simplement à cette obligation par convention.

En terme de loyauté, l'accord de non concurrence doit être regardée comme un instrument de promotion et d'organisation de la loyauté du dirigeant envers sa société. En effet, elle a le mérite d'étendre l'obligation de non-concurrence, corollaire de la loyauté, à la période post-contractuelle qui est tout aussi périlleuse que le temps du mandat et est, en vertu de l'effet relatif des conventions, plus difficile à encadrer. Ensuite, elle permet d'ajuster cette obligation aux besoins de la société et permet ainsi un renforcement du caractère *intuitu personae* de la relation entre le dirigeant et la société. De même, ce type d'accord permet de poser conventionnellement les termes de la non-concurrence. De ce fait, l'obligation perd quelque peu du caractère d'ordre public qu'elle pouvait avoir du fait de son origine jurisprudentielle pour devenir un terme des relations contractuelles qui unissent dirigeant et société, que le dirigeant doit donc accepter. Ainsi, la clause de non-concurrence permet non-seulement de renforcer le devoir de loyauté du dirigeant envers la société mais également au-delà de la loyauté d'épaissir légèrement la relation qui unit le dirigeant et la société. De ce point de vue, ce type d'accord replace le devoir de loyauté du dirigeant dans le contexte de la relation contractuelle qui l'unit à la personne morale et rappelle qu'il participe de l'économie générale de ce lien conventionnel.

La clause de non-concurrence doit remplir un certain nombre de conditions *ad validitatem*.

§2 : L'encadrement jurisprudentiel du régime de la convention de non-concurrence.

La jurisprudence classique exige *ad validitatem* que l'accord de non concurrence soit nécessaire, limité dans le temps et l'espace et proportionné aux besoins de l'entreprise (A). En matière de

59 A la connaissance de l'auteur.

contrat de travail, elle exige également qu'un tel accord soit rémunéré et cette condition peut être exigée à l'égard du dirigeant par exception (B). Ces conditions permettent de nuancer l'importance du devoir de loyauté du dirigeant (C).

A) Les exigences jurisprudentielles relatives à l'accord, nécessité et proportionnalité.

D'un point de vue formel, Sophie SCHILLER note que pour lier le dirigeant, une clause de non-concurrence « pourra être statutaire et s'imposera clairement au dirigeant pendant ses fonctions, mais également après son départ si la clause le prévoit et qu'il l'a expressément acceptée. Elle pourra également prendre une forme extra statutaire et devra alors respecter la procédure des conventions réglementées applicable à toutes les conventions conclues entre une société et l'un de ses dirigeants »[60].

Matériellement, la jurisprudence à posé plusieurs conditions à la validité d'une clause de non-concurrence. En premier lieu la jurisprudence exige qu'elle soit indispensable à la défense des intérêts légitimes du créancier de l'obligation[61]. En deuxième lieu, elle doit être limitée dans le temps et l'espace, ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder une périmètre et une durée raisonnables au regard de l'intérêt protégé[62]. En troisième lieu, elle doit être proportionnée au regard de « l'intérêt du contrat » ou des « intérêts légitimes à protéger »[63]. Il s'agit en somme « de vérifier que la clause, par son objet ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire à la satisfaction des intérêts des créanciers »[64]. Jean-Christophe RODA relève également que si par principe seules ces trois conditions sont exigées dans les contrats d'affaires, la Cour de cassation vérifie parfois que la clause « tient compte des spécificités de l'emploi salarié » ou que le débiteur est en mesure d'exercer « une activité conforme à sa formation et son expérience professionnelle ». Il semblerait néanmoins que cette exigence ne constitue pas une condition supplémentaire mais une formulation mieux adaptée de la condition de proportionnalité.Cette formulation un peu plus concrète montre que les juges prennent en compte la spécificité de cet accord qui réside dans l'amoindrissement de la capacité du dirigeant à obtenir un revenu. En effet, aussi nécessaire que soit la loyauté du dirigeant pour une société, elle ne justifie pas de le placer dans une situation de détresse économique comme ce pourrait être le cas pour un dirigeant de PME, avant tout technicien dans son secteur d'activité.

60 Sophie SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires – Clauses relatives à la situation des dirigeants », DALLOZ, Répertoire des sociétés, octobre 2020, actualisé en mars 2021.
61 Cour de cassation, Chambre sociale, 14 mai 1992, n°89-45300
62 Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 juin 2017 n°15-27146
63 Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 janvier 1994 n°92-14121
64 Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », Mémento, DALLOZ, première édition, juillet 2019. Page 174.

Dans les contrats de travail, la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle est conditionnée à sa rémunération, c'est à dire au versement par l'employeur d'une indemnité non dérisoire[65].

Si par principe la validité de l'accord de non-concurrence du dirigeant requiert pas de rémunération, une telle exigence peut émerger dans certaines hypothèses.

B) L'absence d'obligation de principe d'une rémunération.

De manière incontestée, la validité de la clause est tributaire du respect des trois premières conditions jurisprudentielles : qu'elle soit nécessaire à la protection d'un intérêt légitime, limitée dans le temps et l'espace, ainsi que proportionnée. La fonction de direction n'étant pas salariée, la rémunération de la clause ne devrait pas être une condition de sa validité. Sophie SCHILLER précise néanmoins que la rédaction de la clause a son importance : « Si la clause de non concurrence est souscrite par un dirigeant salarié et qu'elle ne prévoit aucune rémunération spécifique, il faut spécifier qu'il contracte cet engagement en sa qualité de dirigeant et non de salarié ». Toutefois, on remarque une tendance jurisprudentielle à exiger une contrepartie à une telle clause, de nature à faire douter de l'efficacité de cette précaution[66]. De même, la lettre d'un arrêt de 2013[67] donne à croire que la seule existence d'un contrat de travail, quelle que soit la qualité en laquelle l'obligation a été contractée, suffit à caractériser l'exigence d'une indemnité : « que sa validité n'est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où ces associés ou actionnaires avaient, à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer ». Ces précisions apportées, il convient d'établir qu'en l'absence de contrat de travail, une rémunération du dirigeant au titre de la clause est possible mais facultative.

Les conditions exigées par la jurisprudence pour la validité de l'accord de non-concurrence de même que son éventuelle rémunération permettent d'ajuster la portée de cet instrument de modulation du devoir de loyauté du dirigeant et contribuent ainsi à l'inscrire dans son contexte juridique.

65 Cour de cassation, Chambre sociale, 10 juillet 2002, arrêts multiples.

66 Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 octobre 2013, n°12-25.984 (arrêt relatif à un associé dont la portée peut être étendue à un dirigeant) ; Cour d'appel de Lyon, 10 avril 2015 n°14/03950 ; Cour de cassation, Chambre commerciale 15 mars 2011, n° 10-13.824.

67 Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 octobre 2013, n°12-25.984

C) Les conditions de validité de l'accord de non-concurrence, un moyen de replacer le devoir de loyauté du dirigeant dans son contexte juridique.

Les conditions jurisprudentielles à la validité de la convention de non-concurrence viennent protéger un intérêt supérieur, la liberté de travail et d'industrie, en circonscrivant sa limitation par le contrat au strict nécessaire. A travers l'accord de non-concurrence, ces conditions renseignent sur le devoir de loyauté. Aussi impérieuse que soit la nécessité de la loyauté du dirigeant, le devoir de loyauté doit s'efforcer de n'empiéter qu'au minimum sur le principe supérieur de la liberté d'entreprise, notamment pour ne pas priver son débiteur des moyens de sa subsistance. La faveur jurisprudentielle donnée à la rémunération de cette obligation peut participer à cet équilibre en diminuant le poids d'un tel empiétement pour le dirigeant.

Ce constat conduit à situer le devoir de loyauté dans le contexte juridique général : la loyauté du dirigeant doit certes s'adapter aux grand principes du droit mais peut être suffisamment importante pour leur constituer un tempérament. Également, l'encadrement et la reconnaissance du caractère nécessaire de l'obligation de non-concurrence peuvent être de nature à renforcer l'adhésion du dirigeant en introduisant une dose de réciprocité de la loyauté et donc à améliorer l'acceptabilité de cette manifestation de son devoir de loyauté.

Bien que la jurisprudence puisse se montrer exigeante dans les conditions de validité de l'accord de non-concurrence, le gouvernement d'entreprise en propose un encadrement encore plus pointilleux.

Section 2 : La clause de non-concurrence selon le gouvernement d'entreprise.

A son tour, le gouvernement d'entreprise est venu poser certaines recommandations à l'égard des sociétés, visant à encadrer d'une manière plus morale et éthique le recours à ce type d'accord. A ce titre, les préconisations du code AFEP-MEDEF à destination des sociétés cotées en bourse montrent particulièrement bien ce qui peut exister en matière de gouvernement d'entreprise. D'une part, ce document constitue l'un des principaux code de gouvernement d'entreprise en France. D'autre part, la manière dont il propose d'encadrer le recours à ce type d'accord est assez représentatif de l'esprit qui préside à l'édiction de normes de gouvernement d'entreprise. En matière d'accord de non concurrence, les préconisations du code sont principalement axées autours de deux pôles : la rémunération de la clause (§1) et sa mise en œuvre (§2).

§1 : Les préconisations relatives à la rémunération du dirigeant au titre de la convention de non-concurrence.

Le code AFEP-MEDEF préconise que soit versée une indemnité au dirigeant lié par un accord de non-concurrence. Cette recommandation semble vertueuse bien que son champ d'application conduise à en questionner l'intérêt effectif (A). En tout état de cause, cette rémunération ne doit pas être excessive ou injustifiée (B).

A) La préconisation légitime du versement d'une indemnité en contrepartie de l'obligation.

Les préconisation du code AFEP-MEDEF en matière d'accord de non-concurrence sont exposées aux articles 24.1 et suivant. Dès cet article, le code affirme, à l'inverse de la jurisprudence, qu'une telle convention justifie une indemnisation du dirigeant : « Il s'agit d'un dispositif de protection de l'entreprise qui justifie une contrepartie financière pour le dirigeant précité ». En outre, L'article 24.2 préconise de tenir compte de la portée effective de la clause pour déterminer le montant de la rémunération. L'idée d'imposer la rémunération de la clause ne fait pas l'unanimité, comme en témoigne Jean-marc MOULIN : « La situation du mandataire social relève d'une tout autre logique [que celle du salarié], surtout si l'on considère sa situation lors de son recrutement, à un moment où il se trouve en situation sinon de supériorité, du moins d'égalité avec la société qui cherche à l'attirer à elle. Cette position particulière lui permet de négocier la contrepartie financière à cette limite à son droit élémentaire de travailler que constitue la clause de non-concurrence. Nul besoin, en conséquence, d'ériger cette contrepartie en condition de validité de la clause ».

Ce type de convention posant une obligation à la charge du dirigeant et réduisant, notamment dans la période post-contractuelle, sa capacité à générer un revenu, il semble tout à fait justifié d'imposer une contre-partie non-dérisoire à cette obligation. Une critique est cependant à formuler au regard des sphères visées. S'il apparaît judicieux de rémunérer l'obligation du dirigeant on peut regretter que le code AFEP-MEDEF ne formule cette préconisation que pour les hypothèses où c'est le moins nécessaire. En effet les dirigeants des sociétés cotées en bourse étant le plus souvent amplement rémunérés pour leurs services, l'obtention d'un revenu n'apparaît pas forcément à leur égard eux comme une nécessité absolue telle qu'elle peut être vécue par un dirigeant de PME. De même, les dirigeants de grandes sociétés sont le plus souvent des techniciens de la gestion et non d'un secteur d'activité, ce qui est de nature à faciliter leur reconversion dans un domaine dans lequel ils ne feront pas concurrence à leur ancienne société. En outre, le rapport de force entre société et dirigeant trouve déjà et suffisamment à s'exprimer dans la négociation du *quantum* de la contre-partie.

En offrant une indemnité, la société se garde de toute ingratitude envers le sacrifice de son dirigeant et renforce ainsi la justification et l'acceptabilité de cette manifestation de son devoir de loyauté ainsi que la loyauté que la société peut effectivement inspirer à son dirigeant et donc le respect de son obligation générale de loyauté.

Cette rémunération ne doit cependant pas être excessive ni versée à tort.

B) Les préconisations relatives aux modalités de versement de l'indemnité et à la limitation de sa somme.

L'article 24.4 exclut le versement de l'indemnité lorsque le dirigeant fait valoir ses droits à la retraite ou en tout état de cause lorsqu'il atteint l'âge de 65 ans. Si la privation de l'indemnité pour un retraité semble entièrement justifiée, la convention de non-concurrence perdant de ce fait toute portée effective, la limitation à l'âge de 65 ans semble plus discutable. En effet, l'interdiction de gérer passé cet âge n'existe pas dans toutes les formes sociales et n'est pas non plus valable en matière de contrat de travail. En conséquence, la clause n'a pas vocation à perdre son effectivité lorsque le dirigeant atteint 65 ans et la déchéance de son indemnité ne semble pas justifiée. Cette préconisation, comme la suivante, a pour vocation principale de limiter le cumul des rémunérations du dirigeant dans les sociétés cotées. Elle relève de la loyauté des actionnaires et du dirigeant, potentiellement de connivence, envers l'intérêt social et la communauté d'intérêts qui gravite autours de la société (créanciers, salariés, Etat, petits porteurs…). En cela, elle relève partiellement du devoir de loyauté du dirigeant envers la société et l'intérêt social, qui ne saurait tolérer qu'il soit indemnisé pour une obligation dont il n'a pas vocation à supporter la charge.

L'article 26.4 limite le montant de l'indemnité du dirigeant au titre de la convention de non-concurrence et, le cas échéant, le montant cumulé de cette indemnité avec un éventuel « parachute doré », à deux ans de rémunération. Il prévoit également que le versement s'effectue de manière échelonnée tout au long de la durée d'effet de la clause. L'objectif de cette préconisation est évidemment de limiter à un montant raisonnable les indemnités de départ du dirigeant. En cela, cette préconisation est très représentative de l'esprit de ce code de gouvernement d'entreprise, la lutte contre les rémunérations excessives étant à tout le moins l'une de ses préoccupations principales. Toutefois elle ne semble pas véritablement relever au premier chef du devoir de loyauté du dirigeant.

Au delà de la seule rémunération, les préconisations encadrent aussi la clause dans sa mise en œuvre.

§2 : Les préconisations relatives à la mise en œuvre de la clause, les témoins d'un objectif dépassant la promotion de la loyauté du dirigeant.

Dans son article 24.3 le code AFEP-MEDEF préconise que soit insérée dans l'accord de non-concurrence une stipulation permettant à la société de renoncer à la mise en œuvre de l'accord au moment du départ du dirigeant. Cette préconisation qui vise l'accord de non-concurrence pour la période post-contractuelle, permet tout à la fois de délier le dirigeant d'une obligation contraignante ayant perdu son utilité et pour la société de ne pas devoir verser une indemnité au titre d'une obligation qui ne lui profiterait pas effectivement. Les vertus de cette préconisation sont synallagmatiques : elle permet à la société de faire l'économie d'une dépense ayant perdu de son utilité ainsi qu'au dirigeant de ne pas se trouver lié par une obligation sans réel intérêt, tout en prévenant une éventuelle contestation de l'obligation à ce titre. De même, l'article 24.2 rappelle que la conclusion d'un accord de non concurrence est logiquement soumis à la procédure des conventions réglementée, celui-ci intervenant entre le dirigeant et sa société. Également, l'article préconise à fin de transparence, que la décision en soit publiée. Enfin, l'article 24.5 exclut la possibilité pour la société de faire conclure un accord de non-concurrence au dirigeant lors de son départ. Ce faisant elle évite tout à la fois que soit conclu à la hâte un accord ayant vocation à augmenter artificiellement la rémunération du dirigeant ou, à l'inverse qu'il soit exercé des pressions sur le dirigeant en instance de départ afin qu'il accepte une obligation particulièrement contraignante sans avoir pu préparer sa reconversion ou en échange d'une indemnité insuffisante.

L'analyse de ces préconisations, de même que celles relatives à la rémunération du dirigeant font émerger un constat : elles n'ont pas pour vocation première de promouvoir la loyauté du dirigeant de société. En effet, ces préconisations semblent plus orientées vers la protection de l'intérêt social contre le risque de connivence de la direction et des associés ou vers la protection des intérêts du dirigeant. Dans le premier cas, il s'agit de protéger la société et à travers elle la communauté d'intérêts qui l'entoure, d'autant plus importante que l'envergure d'une société cotée peut être grande ; ainsi, plus spécifiquement, que l'intérêt du petit porteur. Dans le second il s'agit de moraliser la relation entre société et dirigeant en faisant en sorte qu'il ne se trouve pas à la merci de cette entité dotée le plus souvent d'une puissance, notamment économique, colossale. Pour autant et tel qu'expliqué précédemment, ces mesures ne sont pas décorrélées du devoir de loyauté du dirigeant. Protéger l'intérêt social d'une connivence entre associés et direction renforce indirectement le devoir de loyauté du dirigeant à l'intérêt social et relève partiellement de celui-ci. De même protéger l'intérêt du dirigeant est de nature à renforcer son implication ainsi que son engagement envers la société et du même coup sa loyauté à celle-ci. Si, au regard de l'objectif de

ces préconisations, il semble abusif de les considérer comme de véritables manifestations du devoir général de loyauté du dirigeant, on peut établir qu'elles peuvent en relever de manière indirecte, qu'elles œuvrent dans le sens de son renforcement et peuvent ainsi se placer dans son prolongement. Cela montre que le devoir de loyauté du dirigeant est un principe consubstantiel de la fonction de direction d'une société et qu'il est si profondément implanté dans le droit de la gestion des sociétés, qu'il se trouve renforcé dès lors qu'est prise une mesure de moralisation de la vie sociale en rapport avec la fonction de direction. Au delà, cela conduit également à replacer le devoir de loyauté du dirigeant dans son contexte juridique, la loyauté ayant vocation à être exigée dans d'autres branches du droit et appartenant à une exigence d'objet et d'application plus large : la bonne foi.

Conclusion

Au terme de ces développements il apparaît sans nul doute que le dirigeant de société est astreint envers celle-ci à un devoir de loyauté. Il s'agissait de savoir comment ce devoir général et théorique trouvait à se manifester. Le parti a été pris d'organiser les différentes manifestations de ce droit selon un plan thématique, aussi il peut être complémentaire de les rappeler dans un ordre plus formel.

Le devoir de loyauté du dirigeant se manifeste d'abord dans un certain nombre de dispositions légales de droit commun et des sociétés, notamment celles l'obligeant à assurer une bonne information des associés, celles réglementant les conventions qui le lient à la société, ou encore celles le soumettant au contrôle du commissaire aux compte ou des magistrats.

Ce devoir trouve également à s'exprimer dans un certain nombre de dispositions de droit pénal des affaires. Dans cette matière, a été privilégiée l'étude des deux infractions les plus connectées à ce devoir : l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux.

Le devoir de loyauté du dirigeant trouve encore à se manifester dans la jurisprudence. A ce titre, les juges ont décelé dans son épaisseur une obligation d'information des associés ainsi qu'une obligation de non-concurrence à la société et se sont directement appuyé sur ce devoir pour mettre ces deux obligations à la charge effective du dirigeant. De même, la faculté laissée aux parties et encadrée par la jurisprudence, de conclure un accord de non-concurrence s'illustre comme un outil d'application et de modulation du devoir de loyauté du dirigeant.

Enfin, l'application au dirigeant, par la jurisprudence, de l'exigence de loyauté de la concurrence ainsi que les préconisations du gouvernement d'entreprise en matière de convention de non-concurrence, ne semblent pas constituer des manifestations du devoir de loyauté. Au lieu de cela, elles semblent relever d'impératifs proches comme la bonne foi ou l'éthique des affaires. Cependant, l'influence que peuvent avoir avoir de telles mesures sur le devoir de loyauté du dirigeant montrent par ricochet son importance incontournable et son enracinement au plus profond du droit des sociétés.

Il s'évince de ces développements que le devoir de loyauté du dirigeant est un devoir fondamental du droit des sociétés et du mandat social. C'est avant tout un devoir fonctionnel et moral qui inspire bon nombre de dispositions légales du droit du mandat social. C'est ensuite un devoir juridique de portée générale, identifié par la jurisprudence et au sein duquel celle-ci décèle

parfois des obligations spécifiques. Ainsi, le devoir de loyauté du dirigeant pourrait être décrit comme l'une des racines principales de l'arbre du droit des sociétés, nourrissant celui-ci et lui faisant parfois pousser une nouvelle branche.

Au regard de l'importance du devoir de loyauté, il pourrait sembler judicieux de lui donner une assise législative dans les textes du code civil relatifs aux sociétés. Cette assise pourrait prendre la forme d'un nouvel alinéa de l'article 1833.

Bibliographie

I) Ouvrages

Gérard CORNU, Association HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 11ème édition, PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, 2017.

A. FAUCHON, P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 24ème édition, DALLOZ précis, 2020.

E. LITTRE, dictionnaire de la langue française Hachette, 1876, p.352.

Jean-Christophe RODA, « Droit de la concurrence », première édition, DALLOZ, mémento, juillet 2019.

Michel VERON, Guillaume BEAUSSONIE *Droit pénal des affaires*, 12ème édition, DALLOZ cours, 2019.

« Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », actualisé en janvier 2020, Édité par l'AFEP et le MEDEF.

II) Presse politique et générale

Elsa TRUJILLO « Meltdown et Spectre l'étrange calendrier de ventes d'actions du PDG d'INTEL », *LE FIGARO*, publié le 04/01/2018, mis à jour le 04/01/2018, consulté le 23/02/2021, en ligne. https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2018/01/04/32001-20180104ARTFIG00269-meltdown-et-spectre-l-etrange-calendrier-de-ventes-d-actions-du-pdg-d-intel.php.

III) Presse spécialisée

Marie-Laure COQUELET « Concurrence déloyale et obligation de loyauté de l'ancien dirigeant », DALLOZ *revue des sociétés*, 1998, page 546.

Xavier DELPECH, Premier décret PACTE : relèvement des seuils de désignation des commissaires aux comptes, *DALLOZ actualité*, DALLOZ 29 mai 2019.

Bruno DONDERO, « Le commissaire aux comptes et les conventions réglementées », *La gazette du palais n°224*, 11/08/2012, LEXTENSO, page 8.

Olivia DUFOUR, « Les commissaires aux comptes offrent « une assurance élevée mais non absolue » », *Petites affiches* n°6 8 janvier 2015 page 3.

Thierry FAVARIO, « Dirigeant social : un devoir de loyauté décidément conquérant », Recueil Dalloz, 2013 page 288.

Laurent GODON, « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés. Il s'agit d'un devoir autonome, puisant sa source, non dans le droit commun des contrats, mais dans la « fonction » de direction elle-même », Note sous Cour de cassation (com.) 12 mai 2004, *Beley c/ SA Former*, *revue des sociétés* DALLOZ 2005 p.140.

Julia HEINICH, « Devoir de loyauté du dirigeant envers la société : pas de responsabilité en cas d'autorisation unanime des associés », *revue des contrats*, n°4, 10/12/2020, p.56.

Nadège JULLIAN « L'adage *Volenti non fit injuria* et le devoir de loyauté du dirigeant », *La semaine juridique – entreprise et affaires* – n°45, 05/11/2020 page 17.

Jean-marc MOULIN, « Retour sur l'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux » LEXTESNO, *Gazette du palais*, n°23, 20 juin 2017, page 60.

Didier REBUT, « Abus de biens sociaux – éléments constitutifs », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, DALLOZ, 2010, actualisé en 2018, alinéas 45 et 46.

Sophie SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires – Clauses relatives à la situation des dirigeants », DALLOZ, Répertoire des sociétés, octobre 2020, actualisé en mars 2021.

Raymonde VATINET, Déloyauté contractuelle ou concurrence déloyale ? (de la prétendue obligation de non-concurrence du salarié et du mandataire social), DALLOZ, Revue sociétés, 1995 page 275.

IV) Jurisprudence

Introduction

Cour de cassation, chambre commerciale, 27 février 1996 n°94-11.241

Cour de cassation, chambre commerciale, 24 février 1998 n°96-12.638

Information des associés

Cass. Com. 18 mars 2020, n°18-17.010

Abus de confiance et de biens sociaux

Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 octobre 2004.

Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 juin 1956

Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 octobre 2001

Cour de cassation, Chambre criminelle 14 janvier 2009

Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 mai 2009

Cour de cassation, chambre criminelle, 17 juin 2015 n°14-81.914.

Cour de cassation, chambre criminelle, 14 juin 2006 n° 05-85.912.

Cour de cassation, chambre criminelle, 1 mars 2000 n° 98-86.353

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 1971, n° 70-90.661

Cour de cassation, chambre criminelle, 4 février 1985 n° 84-91.581

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 octobre 1997 n° 96-83.698

Obligation de non concurrence

Cour de cassation, Chambre commercial 7 juin 1994 DALLEST contre Sarl PRO SI DEX.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 11 juin 1964

Cour de cassation, chambre commerciale, 24 février 1998, n°96-12.638

Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 2011, 10-15.049

Cour de cassation, chambre commerciale, 8 février 2017 n°15-17.904

Cour de cassation , chambre commerciale, 18 mars 2020 n°18-17.010 (bis)

Clause de non-concurrence

Cour de cassation, Chambre sociale, 14 mai 1992, n°89-45300

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 juin 2017 n°15-27146

Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 janvier 1994 n°92-14121

Cour de cassation, Chambre sociale, 10 juillet 2002, arrêts multiples.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 octobre 2013, n°12-25.984

Cour d’appel de Lyon, 10 avril 2015 n°14/03950

Cour de cassation, Chambre commerciale 15 mars 2011, n° 10-13.824.

Table des matières

Remerciements....5
Sommaire....7
Introduction....1
Titre 1 : Le devoir de loyauté du dirigeant dans les relations internes à la société....7
Chapitre 1 : L'identification, le contrôle et l'encadrement des situations de conflit d'intérêts....7
Section 1 : La transparence, à la fois application et prérequis du devoir de loyauté....7
§1 : La transparence comme manifestation directe et objet du devoir de loyauté, l'exemple de la jurisprudence VILGRAIN....8
A) L'émergence d'une obligation jurisprudentielle de transparence envers les associés..8
B) La protection indirecte de l'intérêt social à travers la protection des associés....9
C) L'obligation de transparence envers les associés, une expression singulière du devoir de loyauté....10
§2 : Le devoir d'information général du dirigeant envers les associés, un prérequis à l'effectivité de leurs droits....11
A) L'information des associés, la condition nécessaire à l'exercice de leurs prérogatives. 12
B) L'information aux associés, une information pertinente ?....13
C) L'obligation d'information aux associés, une manifestation du devoir de loyauté du dirigeant....14
Section 2 : Les dispositifs contraignant le dirigeant à satisfaire à son devoir de loyauté....15
§1: Le contrôle interne du devoir de loyauté, l'exemple des conventions réglementées....16
A) Le contrôle des conventions passées entre le dirigeant et la société, une nécessité conditionnée par la forme sociale....16
B) L'interdiction des conventions les plus périlleuses et son exception, des outils de promotion de la loyauté....17
C) La procédure de contrôle des conventions conclues entre la société et son dirigeant. 18
§2 : Le contrôle externe des situations de conflit d'intérêt interne, le rôle du commissaire aux comptes et du juge....20
A) Le caractère technique du contrôle du respect du devoir de loyauté du dirigeant par le commissaire aux comptes....20
B) Le juge, constructeur et garant de l'effectivité du devoir de loyauté du dirigeant....23
Chapitre 2 : L'incrimination des formes de déloyauté les plus graves....24
Section 1 : L'abus de confiance, une incrimination imparfaite de la déloyauté....24
§1 : La condition de remise d'un bien étonnamment limitée aux biens mobiliers....25
§2 : L'élément matériel de l'abus de confiance, un outil de répression de la déloyauté sous toutes ses formes....26
§3 : L'interprétation large de l'élément intentionnel de l'infraction, un autre outil de répression....27
Section 2 : l'abus de biens sociaux, la sanction la plus emblématique de la déloyauté du dirigeant....28
§1 : Une infraction par le dirigeant, pour le dirigeant contre la société....28
A) Une infraction propre à la relation entre dirigeant et société....28
B) Le dol général, un élément insuffisamment exigé par la jurisprudence pour caractériser une intention délictuelle ?....29
C) Le dol spécial, un élément faisant la part belle à l'interprétation du juge....30
§2 : Les différents abus et la nécessité de leur caractère contraire à l'intérêt social....31
A) La typologie variée des abus, le moyen d'une sanction efficace de la déloyauté....31
B) L'interprétation jurisprudentielle (trop) extensive de la condition d'une atteinte à l'intérêt social....32

Titre 2 : Le devoir de loyauté dans les relations externes à l'entreprise, l'exemple de l'encadrement de la concurrence....36
Chapitre 1 : La limitation jurisprudentielle de la concurrence du dirigeant....36
Section 1 : La prohibition de la concurrence contemporaine du mandat sur le fondement du devoir de loyauté du dirigeant....36
§1 : La construction prétorienne du devoir de non-concurrence du dirigeant....37
§2 : La matérialité de l'obligation jurisprudentielle de non-concurrence du dirigeant....39
A) La délimitation stricte de l'obligation aux situations de concurrence....39
B) L'appréciation incertaine du caractère concurrent de l'activité....40
C) Le consentement unanime des associés, une cause légitime d'exonération de la responsabilité du dirigeant concurrent ?....42
Section 2 : L'encadrement de la concurrence postérieure au mandat sur le fondement de la prohibition de la concurrence déloyale....44
§1 : La réduction de l'encadrement de la concurrence du dirigeant à la prohibition de la concurrence déloyale....45
§2 : La prohibition de la concurrence déloyale appliquée au dirigeant, une continuité de son devoir de loyauté....46
Chapitre 2 : La limitation conventionnelle de la concurrence du dirigeant....48
Section 1 : L'accord de non-concurrence selon le droit....48
§1 : L'accord de non-concurrence, un outil de modulation du devoir de loyauté du dirigeant....48
§2 : L'encadrement jurisprudentiel du régime de la convention de non-concurrence....50
A) Les exigences jurisprudentielles relatives à l'accord, nécessité et proportionnalité.. 51
B) L'absence d'obligation de principe d'une rémunération....52
C) Les conditions de validité de l'accord de non-concurrence, un moyen de replacer le devoir de loyauté du dirigeant dans son contexte juridique....52
Section 2 : La clause de non-concurrence selon le gouvernement d'entreprise....53
§1 : Les préconisations relatives à la rémunération du dirigeant au titre de la convention de non-concurrence....53
A) La préconisation légitime du versement d'une indemnité en contrepartie de l'obligation....54
B) Les préconisations relatives aux modalités de versement de l'indemnité et à la limitation de sa somme....55
§2 : Les préconisations relatives à la mise en œuvre de la clause, les témoins d'un objectif dépassant la promotion de la loyauté du dirigeant....55
Conclusion....58
Bibliographie....60
I) Ouvrages....60
II) Presse politique et générale....60
III) Presse spécialisée....60
IV) Jurisprudence....61