

LE DEVOIR DE LOYAUTE : UNE NORME GENERALE DE COMPORTEMENT

avec Maurice NUSSENBAUM, Managing Partner – SORGEM EVALUATION, Professeur de Finance à l'Université Paris Dauphine, Expert financier agréé par la Cour de cassation, Membre d'honneur de l'AFFIC et Philippe BRUNSWICK, Avocat à la Cour, HEC, BRUNSWICK Société d'Avocats.

Comme rappelé par Philippe Brunswick et Maurice Nussenbaum dans le compte-rendu qui suit, le devoir de loyauté est avant tout une norme morale, issue des interactions sociales. Ce devoir, né de la moralisation générale des relations économiques, fait une entrée de plus en plus remarquée dans la sphère judiciaire, et impose aux praticiens du droit d'en déterminer ses contours.

Bien que les titres ci-dessous soient ceux des auteurs, la mise en page du texte a légèrement été modifiée aux fins de faciliter la lecture de l'intervention.

* * *

Maître Brunswick remercie le Président, Mesdames, Messieurs les Présidents et tous les participants. Il explique aux participants que le thème du jour sera abordé de façon théorique et pratique et développe les illustrations suivantes :

- Un actionnaire, non dirigeant, participe à un comité de surveillance ou d'orientation et obtient dans ce cadre des informations privilégiées sur la société dont il s'occupe. Il utilise ces informations dans son intérêt personnel afin de saisir une opportunité d'affaires, ce qui porte préjudice à cette société. A-t-il commis une faute ? Est-il sanctionnable ?
- Un investisseur professionnel s'apprête à acheter une entreprise : il en a négocié le prix. Il réalise préalablement des audits multiples et découvre des anomalies. Parallèlement, tout en ayant connaissance de cette information, il négocie une garantie d'actif et de passif avec les dirigeants et avec des actionnaires cédants. Dès le lendemain de la signature, il met en œuvre cette garantie alors qu'il savait – au moment de la signature – que les déclarations étaient inexactes et remet ainsi en cause indirectement le prix de cession. Est-ce normal ou a-t-il commis une faute ?

Maître Brunswick explique qu'il rencontre fréquemment des situations de ce type, dans son métier, ce qui l'a conduit à mener un travail de recherche, sur la loyauté, duquel il est ressorti à la fois un étonnement et une conviction.

Il existe peu de documentation sur le devoir de loyauté. La plupart des travaux théoriques consacrés à la loyauté l'abordent de façon sectorielle et non pas en tant que norme générale. Il en est ainsi de l'ouvrage Droit et Loyauté ou encore des colloques de 1999 et 2012 consacrés au devoir de loyauté. Il existe ainsi une incertitude sur l'exercice ou non d'un devoir général de se comporter loyalement en société.

Un travail de recherche a abouti à un dossier intitulé « le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ? » publié aux Cahiers de droit de l'entreprise (janvier-février 2016).

Maître Brunswick souhaite partager sa conviction : le devoir de loyauté constitue une norme de comportement de civilité, du ressort de l'ancien article 1382 du Code civil devenu l'article 1240 de ce même code qui prévoit « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. ». Il s'agit d'une norme de comportement générale, contractuelle et extracontractuelle, une norme transversale.

Maître Brunswick présente le déroulement de son propos :

- Le constat de l'émergence générale du devoir de loyauté (Maître Brunswick);
- L'accompagnement de ce devoir de loyauté sur le plan économique (Monsieur Nussenbaum) ;
- Les caractéristiques, le régime et la sanction éventuelle de ce devoir de loyauté (Maître Brunswick) ;
- Les modes de réparation et l'application du devoir de loyauté par les juges (Monsieur Nussenbaum) ;
- Conclusion sur l'impact du devoir de loyauté sur l'attractivité de notre droit et de notre territoire (Maître Brunswick).

I. Le Constat

Maître Brunswick reprend la définition du mot « loyauté », dans le langage courant, lequel signifie « fidélité, sincérité, droiture et honnêteté ». Il souligne que, si cette définition peut sembler simple, il existe une ambiguïté en droit des affaires entre la loyauté comme éthique des affaires et le *bonus dolus* nécessaire dans la vie des affaires, domaine dans lequel il est souvent affirmé : « trompe qui peut ». Cette dernière approche ne laisse pas de place au devoir de loyauté.

Cependant, au cours de ces dernières décennies, il s'est opéré une véritable déferlante du devoir de loyauté qui émerge notamment au travers du travail du législateur, de la jurisprudence et du droit souple. Ce devoir émerge, tant dans le domaine contractuel (1) que dans le domaine extracontractuel (2)

1.1 Le domaine contractuel

Dans le domaine contractuel, le devoir de loyauté a pris la dénomination de bonne foi consacrée par l'ancien article 1134 du code civil. Au terme de l'évolution de la jurisprudence, l'ensemble du droit contractuel est sous « la tutelle impérieuse de la bonne foi », laquelle permet de neutraliser des dispositions contractuelles spécifiques ou au contraire d'en ajouter.

Sur le plan législatif, voici quelques exemples :

- Depuis 2003, l'obligation de loyauté, mentionnée explicitement, régit le contrat de travail et s'applique également pendant la suspension de ce contrat de travail ;
- Les rapports entre l'agent commercial et le mandant, lesquels sont régis par une obligation réciproque de loyauté (article L.134-4, alinéa 2 du code de commerce) ;
- Le domaine extracontractuel.

Maître Brunswick cite plusieurs exemples constituant des manifestations d'une exigence de loyauté en dehors du domaine contractuel, notamment :

a) L'œuvre du législateur

- L'article L. 533-1 et suivants du Code monétaire et financier impose à tous les prestataires de services d'investissement une obligation de se conduire de manière loyale favorisant l'intégrité du marché ;
- Le Règlement général de l'AMF impose le respect du devoir de loyauté à tous les acteurs (AMF, enquêteurs, entreprises de marché, chambres de compensation etc.).

b) L'œuvre de la jurisprudence

Traditionnellement, il existe plusieurs domaines où l'on retrouve la loyauté :

- La concurrence déloyale : ce n'est plus seulement la concurrence déloyale qui est sanctionnée mais également le parasitisme. Depuis trois arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 novembre 2007, 12 février 2008 et le 27 janvier 2009, l'exigence de concurrence a disparu, les spécialistes parlent dorénavant de comportements déloyaux de marché ;
- Le droit processuel est placé sous l'empire du devoir de loyauté par la Cour de cassation : notamment la loyauté dans l'administration de la preuve (Cass. ass. plén. 7 janvier 2011), la loyauté des débats (Cass.ch.mixte 3 février 2006) l'estoppel (Cass. ass. plén. 27 février 2009) et la concentration des moyens (Cass. ass. Plén. 7 juillet 2006) ;
- En matière de sociétés : la Cour de Cassation sanctionne les dirigeants au titre de ce devoir soit au visa de l'article 1382 soit au visa d'articles spéciaux sur la responsabilité des dirigeants. Ce devoir des dirigeants a connu un accroissement considérable depuis les deux arrêts fondateurs de 1996 et 1998 (Cass. com. 27 février 1996 ; Cass. com. 24 février 1998). A l'origine, il s'agissait d'une loyauté envers la société et les associés se traduisant par une seule prohibition : la non concurrence. Depuis deux arrêts du 15 novembre 2011 et 18 décembre 2012, la Cour de Cassation, sanctionne non plus la concurrence mais la captation d'opportunité d'affaires. Puis, pour la première fois, la jurisprudence valide la sanction d'un devoir de loyauté distinct des aspects commerciaux de l'entreprise. (Europcar CA Versailles 1 juillet 2014 ; Eurazeo Cass. com. 5 juillet 2016 ; JCP. Ed. Générale 3 octobre 2016)

Le champ d'application du devoir de loyauté s'élargit. Désormais il s'applique à la société et aux associés vis-à-vis du dirigeant. A titre d'exemple, depuis 2013, la jurisprudence ne se réfère plus au respect du principe du contradictoire lors de la révocation du dirigeant mais à la nécessité de respecter à son égard un devoir de loyauté, qui est plus large.

1.2 Autres domaines

- Dans le domaine précontractuel : la conduite des pourparlers dont la rupture peut être considérée comme brutale.

En dehors de ces domaines, d'autres situations existent telles que :

- La condamnation des agents économiques qui portent atteinte à la réputation d'autrui, à son crédit, à sa notoriété en diffusant sciemment des informations inexacts à son sujet ;
- La sanction de l'utilisation d'une influence ou de relation au détriment d'autrui alors que l'on est censé servir ses intérêts;

- Le droit collectif du travail : l'organisation et le contrôle des élections doivent être loyaux, à défaut, lesdites élections encourrent l'annulation.

Selon Maître Brunswick, ces illustrations démontrent que le devoir de loyauté est une norme générale de comportement en cours de reconnaissance et, la question qui en découle est de savoir s'il est souhaitable d'accompagner cette reconnaissance.

2. L'accompagnement de ce devoir sur le plan économique

Maurice Nussbaum intervient sur l'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté.

Ce sujet a déjà été abordé lors d'un colloque de Droit et Commerce en 2012 portant sur le devoir de loyauté, à l'occasion duquel il a publié un article sur l'analyse économique de la loyauté dans lequel il indiquait : « le devoir de loyauté est d'abord un impératif moral devenu un devoir contractuel et la question est de savoir s'il relève de l'analyse économique ? »

Il est nécessaire de se poser la question suivante : « l'exigence de loyauté relève-t-elle de la recherche d'un effet économique correspondant à un optimum collectif ? ».

Pour essayer d'y répondre, Monsieur Nussbaum reprend le dilemme du prisonnier (Tucker, 1950) : « deux hommes sont accusés d'avoir enfreint la loi et sont détenus séparément par la police et chacun est informé que, si l'un des deux avoue et pas l'autre, le premier sera récompensé alors que le second sera condamné, si les deux avouent, ils subiront tous les deux une peine légère, mais si aucun des deux n'avoue, chacun repartira libre. L'optimum collectif est celui où aucun des accusés n'avoue mais l'optimum individuel va être d'avouer. »

Ce dilemme illustre le conflit entre les incitations sociales à coopérer et les incitations individuelles à ne pas le faire. Il indique que la loyauté et la confiance ont été à l'origine du développement international du commerce tant au Moyen-âge que dans l'époque moderne. La loyauté engendrant la confiance qui elle-même se définit comme la croyance dans la loyauté de son partenaire.

Monsieur Nussbaum indique également que de nombreux auteurs ont montré comment la confiance et la loyauté permettent d'accroître l'efficacité économique de la société. A titre d'exemple, Fukuyama (1995) a démontré que le niveau de confiance au sein d'une société détermine la performance de l'ensemble des institutions sociales. Les individus évoluant dans un haut niveau de confiance sont incités à moins dépenser pour leur protection contre d'éventuels comportements opportunistes. La confiance permet de réduire les coûts de contrôle des comportements individuels. A l'inverse, lorsque la confiance fait défaut, les acteurs vont faire de nombreux contrôles ou s'en remettre aux institutions notamment judiciaires pour résoudre leur problème et les résultats sont moins efficaces.

Il existe une complémentarité entre la confiance, institution informelle et le système judiciaire comme institution formelle.

La loyauté ne peut émerger de manière spontanée dans les relations individuelles. Un individu n'est pas loyal de lui-même, son développement a toujours été lié à des facteurs culturels et réputationnels qui permettent de justifier des avantages

collectifs au sein de groupes, plus ou moins à long terme. Il en est de même sur le plan contractuel, la loyauté et la confiance constituent des facteurs de réduction des coûts collectifs d'administration de la justice.

La loyauté et la bonne foi s'opposent à l'opportunisme. L'absence d'obligation de loyauté entraîne l'absence de confiance entre les parties qui permet de réduire les précautions face à des événements inconnus. A l'inverse, l'augmentation des précautions va entraîner l'augmentation des coûts de recherche.

La confiance suppose des informations suffisantes sur l'interlocuteur ou sur des produits. L'analyse économique va se concentrer sur l'information optimale à communiquer.

Dans le domaine précontractuel, pour l'analyse économique, l'information acquise, sans effort particulier dans le cours ordinaire d'usage d'une chose, doit être normalement divulguée car cela minimise collectivement les coûts de recherche. En revanche, si son obtention requiert des recherches coûteuses, elle est considérée comme appartenant à celui qui l'a obtenue.

En effet, obliger à divulguer des informations acquises de manière coûteuse, peut dissuader de les rechercher.

Monsieur Nussenbaum constate que le droit ne suit pas réellement cette logique économique, puisqu'il définit des droits et devoirs de communication d'informations spécifiques dans la plupart des domaines, sans rechercher les coûts que cela implique. Toutefois, la jurisprudence tempère « le droit de savoir par un devoir de curiosité et de vigilance qui traduit l'exigence de collaboration entre les parties aux contrats ».

Maître Brunswick reprend la parole et indique que, sur le plan économique, la loyauté doit être perçue comme un élément positif. Ce devoir de loyauté étant une exigence de la vie en société, il faut s'intéresser à son fonctionnement.

3. Spécificité du devoir de loyauté

Maître Brunswick revient sur la signification sémantique des termes avant de faire une tentative de définition du devoir de loyauté :

- L'ouvrage collectif Dictionnaire juridique, dont le comité de direction a été présidé par le Doyen Gérard Cornu ne contient aucune rubrique intitulée « devoir de loyauté ». Ainsi, sous le terme « devoir » sont mentionnés notamment les devoirs de collaboration, de sincérité et non le devoir de loyauté ;
- Sous le terme « loyauté », se trouve la définition suivante : « droiture : désigne soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat), soit dans le débat judiciaire, le bon comportement ». Cette définition n'est pas satisfaisante en ce qu'elle ne mentionne pas, par exemple, la concurrence déloyale ou encore la situation des dirigeants de sociétés.

D'où une tentative de définition de ce devoir de loyauté, lequel en tant que norme de comportement en société « consiste à adopter une attitude, adaptée à chaque situation, générant de la confiance et conforme à la confiance légitime reçue dans ladite situation ». Ainsi à la mesure de la confiance reçue se mesure l'intensité du devoir de loyauté.

Examinons les caractéristiques de ce devoir de loyauté qui connaît une intensité variable selon la situation :

- Le premier degré est celui du comportement général en société, qui écarte la tromperie délibérée;
- Le deuxième degré est celui du domaine contractuel, de la bonne foi. Le contrat est une sorte de «micro-société», un «microcosme» au sein duquel il y a des intérêts communs, lesquels peuvent être mis en place et préservés grâce à la bonne foi;
- Le troisième degré est celui qui concerne tout d'abord, la relation professionnel/non professionnel. Dans ce cas, le devoir de loyauté doit être plus fort. Dans tous les rapports entre un professionnel qui détient un savoir qui ne peut pas être égalisé, il y a un devoir de loyauté renforcé;
- Le dernier degré concerne les personnes investies d'une mission « fiduciaire » c'est-à-dire des intérêts d'un tiers. C'est dans ce cadre que le devoir de loyauté doit être le plus intense.

Cette variabilité trouve une traduction dans la jurisprudence : deux arrêts s'y rapportent (Cass. 3e civ. 12 mai 2004 ; Cass. com 15 novembre 2011).

Ainsi, il s'agit d'un devoir général mais d'intensité variable.

On peut, à ce stade, écarter le lien entre la déloyauté et la recherche d'un intérêt personnel : l'un n'implique pas l'autre, la déloyauté peut être sanctionnée sans qu'un intérêt personnel soit poursuivi.

La déloyauté est intentionnelle : une personne qui n'est pas loyale a conscience de ce qu'elle trahit lorsqu'elle se comporte de façon déloyale.

Maître Brunswick décrit succinctement les obligations découlant du devoir de loyauté :

- Le devoir d'information ;
- Le devoir de respect de la parole donnée ;
- Le devoir de cohérence ;
- Le devoir de coopération ;
- Les devoirs d'abstention.

S'agissant de son régime, il convient de revenir sur la notion d'ordre public : la loyauté est une notion d'ordre public, à l'image de la bonne foi ; dans le domaine extracontractuel, la Cour de cassation a jugé que les contrats signés par les parties ne peuvent faire obstacle à une obligation découlant d'un devoir de loyauté.

Quant à la nature des obligations résultant du devoir de loyauté, Maître Brunswick considère qu'il ne s'agit pas d'une obligation de moyens, mais bien d'une obligation de résultat qui peut être qualifiée d'obligation de résultat « allégée » dans la mesure où il existe des moyens permettant de s'en exonérer (Cass. Com, 28 novembre 2006).

Enfin, s'agissant de la sanction des manquements au devoir de loyauté, il indique que les manquements à ce devoir peuvent être d'une gravité plus ou moins forte. Ainsi, dans l'ordre décroissant :

- Les manquements avérés, les plus graves seront sanctionnés au niveau pénal ;
- Les manquements caractérisés peuvent aboutir à la nullité des actes en résultant ;
- L'inopposabilité : un droit ne sera pas susceptible d'être exercé ;
- Les « simples » manquements auront pour conséquence l'allocation de dommages et intérêts.

4. Les modes de réparation

Maurice Nussenbaum indique qu'il est souhaitable de s'interroger sur les modes de réparation optimaux, du point de vue de l'analyse économique qui est menée dans le cadre de deux domaines : l'information trompeuse et celui de la réticence dolosive.

Il expose les deux objectifs poursuivis :

- Réparation des conséquences pour la victime ;
- Système dissuasif pour l'auteur du comportement déloyal : pour ce faire, l'auteur doit payer à la victime, au moins autant que les avantages qu'il en a tirés et les inconvénients qu'il lui a faits subir. Cependant le principe de réparation intégrale peut venir en contradiction avec cet objectif.

En ce qui concerne la réticence dolosive, l'indemnisation peut être l'annulation et/ou l'octroi de dommages et intérêts.

Dans le cadre d'une information trompeuse, compte tenu du devoir de vigilance de l'acquéreur, il existe des limites à l'obligation de divulgation d'information ; cette limite s'applique aux données comptables que l'acquéreur peut obtenir lui-même dès lors qu'il est lui-même un professionnel avisé (cf. Affaire Club Med/ Thomas Cook).

Maurice Nussenbaum indique que les prévisions financières doivent refléter toute l'information disponible pour le vendeur à la date à laquelle elles sont réalisées : si des informations financières sont demandées par l'acheteur, elles devront être communiquées, sans ambiguïté, sans volonté de tromper.

La sanction prononcée, pour de tels manquements, si elle ne consiste pas en l'annulation de l'opération, soit parce qu'elle n'est pas demandée, soit parce qu'elle est impossible, se traduira par une perte de chance.

Il expose le cas « GLS SA / SA Parsys » (Cass. civ 1e, 25 mars 2010) dans lequel la Cour de cassation a énoncé que « le préjudice ne peut résulter que de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses que celles qu'a acceptées la société Parsys et non de la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus par elle qu'interdisaient les contre-lettres litigieuses, même si elles n'avaient pas été dissimulées. ».

S'agissant des informations trompeuses relatives aux investissements et aux titres émis dans le public à l'issu de fausses informations diffusées par les dirigeants, il expose le cas « Gaudriot » (Cass. com. 9 mars 2010), dans lequel il a été reconnu un préjudice personnel et direct, distinct de celui subi par la société, donc distinct de la perte de valeur des titres.

Maurice Nussenbaum pose les questions suivantes : « Ce mécanisme de perte de chance est-il efficace pour assurer une indemnisation ? Quelle est la valeur de la perte de chance ? Quelle est la probabilité de sa réalisation ? ».

Il considère que deux aléas doivent être distingués :

- L'aléa actif ou de décision qui répond à la question suivante : quelle aurait pu être la décision alternative ? Aurait-on pu renoncer à l'investissement déjà réalisé ? Faire un autre investissement ? En revanche, dans le cadre de la réticence dolosive, on n'est jamais certain que le cocontractant aurait accepté de négocier un prix différent, ou si on aurait pu disposer d'un projet alternatif.
- L'aléa passif ou de valorisation qui répond à la question suivante : quelle aurait été la valeur normale de la chose acquise en l'absence de faute ? Dans un cas général d'acquisition d'entreprise ou d'investissement boursier, il s'agit soit de la valeur anticipée de l'investissement en supposant connues toutes les informations cachées, soit de la valeur d'un investissement alternatif.

L'analyse des décisions effectivement prises, comme celle relative à l'affaire « Sidel » (Paris, 17 octobre 2008), révèle que les indemnités allouées sont attribuées indépendamment des pertes subies à des niveaux représentant entre 10 et 15% des pertes subies.

Cette approche forfaitaire est inadaptée et trop prudente, il conviendrait de réaliser des analyses plus précises en distinguant les deux types d'aléas.

Maurice Nussenbaum ajoute que la loyauté est efficace au niveau collectif. Elle constitue de ce fait, un bien collectif qui doit être préservé en tant que tel, mais seules les situations déséquilibrées doivent donner lieu à réparation. Du point de vue de l'analyse économique, pour que la réparation soit efficace au plan collectif, elle doit éliminer le gain anticipé par l'auteur du préjudice et ne pas se limiter à une perte de chance pour la victime.

La restitution des gains illicites engendrés par le comportement déloyal, qui est accepté dans certains domaines du droit, tels que la contrefaçon, paraît mieux adaptée que la réparation intégrale à l'aune d'une perte de chance, qui peut conduire à un niveau d'indemnité inférieur à l'annulation des effets du comportement déloyal.

Conclusion :

- Les principaux systèmes juridiques nationaux européens intègrent, sous une forme ou une autre, le devoir de loyauté ou du moins la bonne foi contractuelle. Cette prise en compte est explicite en droit allemand et en droit italien. Elle est implicite en droit anglais,
- Le droit européen reconnaît la notion de « confiance légitime »,
- La « *Soft Law* » européenne fait de la bonne foi, de la loyauté contractuelle, un principe essentiel,
- Il en est de même pour les principes UNIDROIT,
- Enfin, la Convention de Vienne fait également référence à ce principe.

Maître Brunswick considère que l'existence de ce devoir de loyauté est un facteur d'attractivité du droit français et de

son territoire. Un droit efficace est un droit compréhensif, cohérent, prévisible et adaptable. Cette notion a émergé en réponse à l'évolution de notre société laquelle se caractérise désormais par une mondialisation et une technicité des produits de plus en plus importantes. Par ailleurs, la loyauté, constitutive d'une norme générale de comportement, est un facteur d'attractivité de notre territoire. De façon simplement pragmatique, il est préférable de vivre dans un pays où l'on peut faire confiance légitimement.

Enfin, il revient sur les réticences et critiques formulées à l'encontre de ce devoir de loyauté :

- Sa contrariété aux principes juridiques du droit français : cette critique n'est pas fondée;
- Sa dangerosité : il y a de multiples exemples de prise en compte de normes générales de comportement, tel que le standard du « bon père de famille » remplacé par « la personne raisonnable » ou encore le devoir de prudence, de diligence ;
- Son approche moraliste, facteur d'inefficacité : du point de vue de l'analyse économique, c'est au contraire un facteur de développement économique.

Maurice Nussenbaum conclut ce débat par deux remarques :

- Le mécanisme du « *disgorgement of profits* » présent dans la Common Law, en cas de comportement grave, qui n'a pas encore été introduit en France, sauf en matière de contrefaçon.
- L'existence d'un courant de réflexion aux États-Unis relatif à l'action des actionnaires activistes pour appliquer cette obligation de loyauté à ces derniers lorsqu'ils manquent aux intérêts de la société.

Marie-Hélène Huertas clôt la conférence par des propos relatifs à la notion de compliance qui pourrait venir concurrencer le devoir de loyauté et par une remarque sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés-mères. Cette proposition prévoit de sanctionner les sociétés-mères qui n'ont pas mis en place « un plan de vigilance » permettant de prévenir les manquements de ses filiales ou de ses sous-traitants. Ainsi, les sociétés-mères françaises pourraient être poursuivies du fait des manquements de leurs filiales ou sous-traitants et se voir condamner à une amende civile pouvant atteindre 10 millions d'euros.

* * *