



HAL
open science

Comparaison du droit français et du droit américain de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes et vis-à-vis de la société et des actionnaires

Corinne Boismain

► To cite this version:

Corinne Boismain. Comparaison du droit français et du droit américain de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes et vis-à-vis de la société et des actionnaires. 2019. halshs-02484043v3

HAL Id: halshs-02484043

<https://shs.hal.science/halshs-02484043v3>

Submitted on 18 Aug 2024

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.

SOMMAIRE

Section 1 : La responsabilité des administrateurs	4
§1 La conduite attendue des administrateurs	4
A/Les devoirs des administrateurs	4
B/ Les comportements fautifs	14
§2 Les sanctions	27
Section 2 : Les limites à la responsabilité des administrateurs	29
§1 Les actions ut singuli	29
§2 Les exonérations de responsabilité	53
A/La délégation de pouvoir	53
B Le respect des procédures prévues par les statuts ou la loi	58
C/ Les clauses exonératoires de responsabilité	75
Annexes.....	83

Comparaison du droit français et du droit américain de la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes et vis-à-vis de la société et des actionnaires

Corinne Boismain
Maitre de conférences au CNAM

Il est couramment considéré que le droit américain protège plus les dirigeants en général, et les administrateurs en particulier, que le droit français. Toutefois aucune étude n'a comparé systématiquement la responsabilité des administrateurs dans les deux pays. Or cette assertion ne peut être infirmée ou confirmée qu'en comparant le droit français et le droit américain. Cependant, dans le domaine du droit des sociétés, il n'existe pas un droit américain mais 50 droits américains car ce domaine relève de la compétence de chaque Etat. La comparaison peut donc s'avérer relativement complexe et une comparaison du droit français avec chacun de ces droits spécifiques aurait été trop confuse pour être utile.

Les difficultés liées à l'application d'une pluralité de droit sur un même territoire national sont reconnues aux Etats-Unis. En effet, les sociétés qui souhaitent s'implanter dans différents Etats ou simplement qui ont des activités dans différents Etats, doivent appliquer et donc

connaître les droits de ces derniers. Cette connaissance a un coût pour les sociétés. C'est notamment pourquoi des juristes se sont réunis afin d'élaborer un acte uniforme : le *Model Business Corporation Act* (MBCA). Cet acte vise les *corporations* qui correspondent en France aux sociétés anonymes.

A l'origine, en 1940, il avait été demandé à l'*American Bar Association* (ABA) de rédiger un projet de loi relatif au droit des sociétés qui pourrait être utilisé au niveau fédéral. Ce projet a été finalisé en 1943. En 1946, une nouvelle demande fut faite à l'ABA afin que cette dernière rédige un projet, toujours relatif au droit des sociétés, mais cette fois au niveau des Etats. Ce projet a été publié pour la première fois en 1950 sous la dénomination de MBCA¹. Ce dernier a été modifié de nombreuses fois depuis, ce qui rend le MBCA beaucoup plus instable que le code de commerce français. La modification la plus substantielle a eu lieu en 1984 et la plus récente en 2016.

En 1943, le projet fédéral a été rédigé par cinq avocats dont trois exerçaient dans l'Etat de l'Illinois. En 1946, pour la rédaction du MBCA, trois universitaires s'ajoutèrent aux cinq avocats. Toutefois, ces derniers ont démissionné dès 1950 car ils estimaient que leur parole n'était pas prise en compte. En raison notamment du succès du MBCA, les membres du comité chargé des révisions sont devenus plus nombreux et, en 1973, le comité avait 22 membres réguliers². Aujourd'hui, il est composé de 25 membres nommés pour 6 ans en principe non renouvelés. Les membres du comité sont plus diversifiés qu'en 1943 puisqu'il y a des directeurs du Securities and Exchange Commission, l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers, des professeurs d'écoles commerciales, des juges fédéraux et des juges des Etats y compris des juges de la Cour Suprême de l'Etat du Delaware et également un ancien directeur de la CIA.

L'ABA étant une organisation privée son texte est simplement une proposition que les Etats peuvent adopter afin de lui donner valeur de loi. A ce jour 32 Etats et le District of Columbia ont adopté le MBCA en totalité ou en partie, dont les Etats de Californie, du Colorado, de Floride ou encore de Louisiane.

L'adoption du MBCA par de nombreux Etats américains ne résout pas complètement les divergences et ceux pour deux raisons principales. D'une part, un tiers des Etats n'ont pas adopté le MBCA dont l'Etat du Delaware. D'autre part, la version adoptée n'est pas identique dans chaque Etat. En effet, chaque Etat peut modifier le texte avant de l'adopter. De plus, l'ABA modifie régulièrement le MBCA. Or, la version utilisée par un Etat va souvent dépendre de la date de son adoption car les Etats n'adoptent pas systématiquement les modifications présentées par l'ABA. Malgré ces limites, le MBCA a fortement influencé le droit des sociétés et ce dans tous les Etats³, c'est-à-dire même dans ceux qui ne l'ont pas adopté. Il est donc possible, afin

¹ M. A Eisenberg, « The Model Business Corporation Act and the Model Business Corporation Act Annotated », *The Business Lawyer*, Vol. 29, No. 4, 1974, pp. 1407.

² M. A Eisenberg, « The Model Business Corporation Act and the Model Business Corporation Act Annotated », *The Business Lawyer*, Vol. 29, No. 4, 1974, pp. 1410.

³ R. A. Kessler, « Hooray(?) for the Model Act-The 1969 Revision and the Close Corporation », *Fordham Law Review*, 1970, Vol. 38 Issue 4, p.743 : « (...) since it was first proposed in 1950, virtually every state has either enacted a new corporation law or substantially revised its existing one, and every one of these statutes has been influenced by the Model Act ».

de comparer la responsabilité des administrateurs en France et aux Etats-Unis, de comparer les dispositions du code de commerce et le MBCA. Toutefois, puisque chaque Etat conserve des spécificités, une partie sera systématiquement consacrée à mettre en avant ces différences, en particulier les différences du droit de l'Etat du Delaware. En effet, cet Etat exerce aux Etats-Unis une influence importante sur l'évolution du droit des sociétés. Il est en effet souvent considéré comme le paradis des sociétés. En pratique, 50% des sociétés cotées et 65% des sociétés *Fortune 500* sont immatriculées dans l'Etat du Delaware. De plus 17% des revenus de cet Etat proviennent des droits d'enregistrement des sociétés.

En plus d'un examen systématique des différentes règles applicables dans les Etats fédérés, une partie comparera systématiquement la jurisprudence dans les deux pays. En effet, les mots étant polysémiques, les dispositions législatives ne peuvent être comprises qu'en étudiant leur application par les juges. Cet examen permet également de noter les problématiques rencontrées ainsi que la manière dont les juges y répondent en France et aux Etats-Unis. En matière de responsabilité des administrateurs, la comparaison de la jurisprudence montrent que, face à un même problème, les solutions des juges français et des juges américains sont souvent similaires et ce même si la loi est différente.

En France et aux Etats-Unis, si les administrateurs ne respectent leurs obligations ou leurs devoirs, leur responsabilité pourra être engagée (section 1). Toutefois, dans les deux pays, cette action peut en pratique être limitée en raison des conditions de l'action *ut singuli* et aux Etats-Unis également en raison des clauses statutaires (section 2). La comparaison tout au long de l'étude suivra le même schéma. Elle commencera par un historique qui montrera que, contrairement à ce qui est parfois pensé, les dispositions législatives françaises sont plus stables que le MBCA. Cet historique sera suivi d'une comparaison et d'une explication des dispositions du MBCA et du code de commerce qui établira globalement, là encore contrairement à ce qui est parfois pensé, que les dispositions du MBCA sont bien plus détaillées et précises que celles du code de commerce. Tous les Etats américains n'ayant pas adopté le MBCA, une étude des différences des droits applicables dans les différents Etats suivra la comparaison des dispositions du MBCA et du code de commerce. Enfin, la comparaison portera sur la jurisprudence dans les deux pays.

Section 1 : La responsabilité des administrateurs

En France et aux Etats-Unis, accepter un poste d'administrateur suppose d'adopter certains comportements et d'accomplir certaines tâches et ce avec circonspection (§1). Dans le cas contraire, les administrateurs pourront être sanctionnés (§2).

§1 La conduite attendue des administrateurs

Le MBCA, contrairement au code de commerce français, différencie les devoirs des administrateurs (A) des comportements fautifs (B).

A/Les devoirs des administrateurs

Les rédacteurs du MBCA ont précisé la manière dont les administrateurs devaient se comporter lorsque ces derniers prennent leur décision. L'absence de disposition spécifique aux comportements des administrateurs en France n'implique toutefois nullement que ces derniers peuvent agir comme ils le veulent. En effet, l'étude de la jurisprudence montre que les juges français imposent aux administrateurs des devoirs qui sont similaires à ceux précisés dans le MBCA. De plus, l'étude de la jurisprudence américaine montre que les devoirs ne sont imposés aux administrateurs que lorsqu'une faute souhaite lui être imputée.

Historique

En France, le législateur n'a jamais explicité les devoirs des dirigeants et seuls les comportements fautifs sont visés à l'article L225-251 du code de commerce. La Cour de cassation, a toutefois reconnu en 1996⁴ que les dirigeants avaient un devoir de loyauté envers les associés. En 1998⁵, elle a reconnu que ce devoir s'appliquait également vis-à-vis de la société⁶ et en 2002 elle a fait référence au devoir de fidélité des dirigeants⁷. Aux Etats-Unis, aujourd'hui comme avant la rédaction du MBCA, les juges américains considèrent que les administrateurs ont deux devoirs envers la société et les associés : un devoir de loyauté (*duty of loyalty*) et un devoir de diligence (*duty of care*)⁸. Certains juges imposent parfois également que les administrateurs agissent de bonne foi :

*The directors of a corporation are trustees for the stockholders, and their acts are governed by the rules applicable to such a relation, which exact the utmost good faith and fair dealing, especially where their individual interests are concerned*⁹.

Les devoirs de diligence et de loyauté des administrateurs sont dus à la société et aux associés:

*It is well established that the directors owe their fiduciary obligations to the corporation and its shareholders*¹⁰.

Ces devoirs sont anciens puisque dès 1891, la Cour Suprême des Etats-Unis avait jugé que :

No usage of a national bank, nor any authority to carry on its business through executive officers and agents, will relieve its directors from the duty imposed upon

⁴ Com. 27 févr. 1996, n° 439, Bull. Joly 1996.485, n° 164, note A. Couret, JCP, éd. E, 1996. II. 838, note Schmidt et Dion, JCP 1996. II. 22665, note J. Ghestin

⁵ Com. 24 février 1998, Cass. com. 7 juin 1999

⁶ Com. 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998.813, note B. Petit.

⁷ Com., 12 févr. 2002, Bull. Joly 2002, § 137, p. 617, note B. Saintourens ; JCP 2002, éd. E, 851, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

⁸ Voir infra.

⁹ Lofland v. Cahall, 118 A.1,3 (Del. 1922).

¹⁰ N. Am. Catholic Educ. Programming Found., Inc. v. Gheewalla, 930 A (Del. 2007).

*them by law of diligently managing and diligently administering its affairs, and actively supervising the conduct of its officers and agents*¹¹.

Les juges justifient ces devoirs en assimilant les administrateurs à des quasi-mandataires :

*While directors of a corporation may not be in the strict sense trustees, it is well established by the decisions that they occupy a quasi-fiduciary relation to the corporation and its stockholders*¹².

Si les juges de la Cour suprême de l'Etat du Delaware affirment que les devoirs des administrateurs sont immuables

*Times may change, but fiduciary duties do not*¹³.

Les dispositions du MBCA ont évolué au fil du temps afin de protéger de plus en plus les administrateurs et en particulier les administrateurs extérieurs à la société. A l'origine en 1950, le MBCA n'envisageait pas les devoirs des administrateurs, l'article 33 du MBCA prévoyait simplement le rôle du conseil d'administration ainsi que les conditions nécessaires afin de pouvoir être administrateurs :

The business and affairs of a corporation shall be managed by a board of directors. Directors need not be residents of this State or shareholders of the corporation unless the articles of incorporation or by-laws so require. The articles of incorporation or by-laws may prescribe other qualifications for directors.

En 1969, suite aux modifications apportées par le comité de révision, le MBCA précisait que les administrateurs devaient agir de bonne foi, avec diligence et dans ce qu'ils pensaient être dans l'intérêt de la société :

A director shall perform his duties as a director, including his duties as a member of any committee of the board upon which he may serve, in good faith, in a manner he believes to be in the best interests of the corporation, and with such care as an ordinarily prudent person would use under similar circumstances in a like position.

En 1974, le comité de révision du MBCA a ajouté le terme « raisonnablement » afin d'utiliser la même terminologie que l'article relatif à l'indemnisation des administrateurs. Cela permettait également d'objectiver les devoirs des administrateurs et ainsi d'écarter tous les comportements qui étaient manifestement contraires à l'intérêt de la société. Le MBCA prévoyait alors que :

*A director shall perform his duties as a director, including his duties as a member of any committee of the board upon which he may serve, in good faith, in a manner he **reasonably** believes to be in the best interests of the corporation, and with such care as an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances.*

En 1984, la numérotation du MBCA a été modifiée et les devoirs des administrateurs ont été insérés à l'article 8.30, leur substance n'a toutefois pas été modifiée. En revanche, en 1998 l'article 8.30 a été profondément remanié. C'est à cette date qu'il prend sa forme actuelle¹⁴. Il est par exemple possible de noter que la phrase :

the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances.

a été remplacée par :

¹¹ Briggs v. Spaulding 141 U.S. 132,173 (1891).

¹² Orlando Orange Groves Co. v. Hale, 107 Fla. 674, 677 (Fla. 1932).

¹³ In Re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005.)

¹⁴ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Electronic Filings/Standards of Conduct and Standards of Liability for Directors; The Business Lawyer, Vol. 53, No. 1 (November 1997), pp. 157-191.

with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

Le changement de terminologie avait pour objectif de détacher l'obligation des administrateurs de la terminologie de la responsabilité délictuelle (*tort law*). Le devoir de diligence devient donc objectif. Il ne faut donc pas s'attacher à ce qu'un administrateur particulier a jugé approprié mais à ce qu'une personne placée dans la même position et dans les mêmes circonstances aurait jugé approprié. En 2004, et suite notamment au scandale Enron, un devoir de divulgation a été ajouté¹⁵ aux devoirs des administrateurs. Ce devoir découle à la fois du devoir de bonne foi et du devoir de diligence. Il impose à un administrateur de porter à la connaissance des autres administrateurs les informations, importantes et en relation avec les décisions qui doivent être prises dont il a connaissance.

Dispositions législatives¹⁶

Le code de commerce français est muet concernant les obligations des administrateurs, notamment quant à la manière dont ces derniers doivent prendre leur décision. Toutefois, ces derniers doivent respecter le principe général de bonne foi et la jurisprudence a reconnu un certain nombre de devoirs aux dirigeants, comme le devoir de loyauté et de diligence¹⁷. Les juges américains appliquent ces deux devoirs aux administrateurs américains depuis très longtemps¹⁸. Cependant, le MBCA ne reprend pas cette dénomination, ni les termes utilisés par les juges. Il convient de noter que l'article 8.30 du MBCA explique uniquement la manière dont les administrateurs doivent se comporter, c'est-à-dire qu'il ne concerne pas la validité des décisions prises, ni la responsabilité des administrateurs, cette dernière étant traitée au paragraphe 8.31 du MBCA¹⁹.

Si nous reprenons les dispositions du MBCA et plus particulièrement l'article 8.30 a), les administrateurs doivent toujours agir de bonne foi et dans l'intérêt de la société. Ces deux obligations s'appliquent également aux administrateurs français²⁰, en particulier la première, en raison du principe général de bonne foi du droit français. Selon le MBCA, l'administrateur doit plus précisément agir conformément à ce qu'il *pense* raisonnablement (*reasonably believes*) être l'intérêt de la société. Un directeur peut donc agir conformément à ses obligations même s'il n'a pas agi dans l'intérêt de la société, s'il pensait raisonnablement agir (*reasonably believes*) dans l'intérêt de cette dernière. Le commentaire officiel précise que l'expression « *reasonably believes* » comprend un aspect subjectif mais également un aspect objectif. Plus précisément il explique que :

The phrase “reasonably believes” is both subjective and objective in character. Its first level of analysis is geared to what the particular director, acting in good faith, actually believes—not what objective analysis would lead another director (in a like position and acting in similar circumstances) to conclude. The second level of analysis is focused specifically on “reasonably.” Although a director has wide discretion in gathering information and reaching conclusions, whether a director’s belief is reasonable (i.e., could—not would—a reasonable person in a

¹⁵ Committee on Corporate Laws, « Changes in the Model Business Corporation Act— Proposed Amendments Relating to Chapter 1 and Chapter 8 (including Subchapters F and G and Duties of Directors and Officers) », The Business Lawyer; Vol. 59, February 2004, p.569.

¹⁶ Voir annexe 1

¹⁷ Voir infra « jurisprudences comparée ».

¹⁸ Voir infra « historique ».

¹⁹ Voir infra.

²⁰ Voir « jurisprudence comparée » et I. Grossi, *Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives*, thèse, Aix III, 1998.

like position and acting in similar circumstances, taking into account that director's knowledge and experience, have arrived at that belief) ultimately involves an overview that is objective in character.

En employant l'expression « *reasonably believes* », les rédacteurs du MBCA ont quelque peu limité l'obligation des administrateurs. De plus, le commentaire officiel laisse à ces derniers une réelle latitude pour déterminer l'intérêt de la société puisque ce dernier précise que :

In determining the corporation's "best interests," the director has wide discretion in deciding how to weigh near-term opportunities versus long-term benefits as well as in making judgments where the interests of various groups of shareholders or other corporate constituencies may differ ».

En France, si le code civil n'exige que depuis très récemment que les administrateurs agissent dans l'intérêt de la société²¹, cette obligation était imposée par les juges depuis longtemps²².

Le b) de l'article 8.30 du MBCA impose un devoir de diligence aux administrateurs qui consiste d'une part à s'informer avant de prendre une décision et d'autre part à exercer effectivement les fonctions de surveillance. Là encore, les juges français reconnaissent ces mêmes devoirs aux dirigeants²³. Toutefois, le commentaire officiel du MBCA est beaucoup plus précis que les solutions dégagées par les juges français, notamment sur l'obligation d'information. Il explique en effet que les administrateurs ne doivent pas rester passifs et qu'ils doivent notamment prendre connaissance des documents qui leur sont remis :

The phrase "becoming informed," in the context of the decision-making function, refers to the process of gaining sufficient familiarity with the background facts and circumstances to make an informed judgment. Unless the circumstances would permit a reasonable director to conclude that he or she is already sufficiently informed, the standard of care requires every director to take steps to become informed about the background facts and circumstances before taking action on the matter at hand. The process typically involves review of written materials provided before or at the meeting and attention to or participation in the deliberations leading up to a vote. In addition to considering information and data on which a director is expressly entitled to rely under section 8.30(e), "becoming informed" can also involve consideration of information and data generated by other persons, for example, review of industry studies or research articles prepared by third parties. It can also involve direct communications, outside of the boardroom, with members of management or other directors. There is no one way for "becoming informed," and both the method and measure—"how to" and "how much"—are matters of reasonable judgment for the director to exercise.

Concernant le devoir de surveillance, les rédacteurs du MBCA considèrent que les administrateurs doivent vérifier que des procédures ont été mises en place afin que la société respecte notamment ses obligations légales. Le commentaire officiel du MBCA précise que :

The phrase "devoting attention," in the context of the oversight function, refers to considering such matters as the corporation's information and reporting systems generally and not to an independent investigation into particular system inadequacies or noncompliance. Although directors typically give attention to future plans and trends as well as current activities, they should not be expected to anticipate any particular problems which the corporation may face except in those circumstances where something has occurred to make it obvious to the board that

²¹ Article 1833 du code civil issu de la loi du 22 mai 2019.

²² Voir infra « jurisprudences comparée ».

²³ Voir infra « jurisprudence comparée ».

the corporation should be addressing a particular problem. The standard of care associated with the oversight function involves gaining assurances from management and advisers that appropriate systems have been established, such as those concerned with legal compliance, risk assessment or internal controls. Such assurances also should cover establishment of ongoing monitoring of the systems in place, with appropriate follow-up responses when alerted to the issues requiring attention.

Le c) de l'article 8.30 du MBCA impose depuis 2004 un devoir de divulgation aux administrateurs. Le commentaire officiel du MBCA explique que :

Thus, for example, when a member of the board of directors knows information that the director recognizes is material to a decision by the board but is not known to the other directors, the director is obligated to disclose that information to the other members of the board. Such disclosure can occur through direct statements in meetings of the board, or by any other timely means, including, for example, communicating the information to the chairman of the board or the chairman of a committee, or to the corporation's general counsel, and requesting that the recipient inform the other board or committee members of the information.

L'information détenue doit seulement être divulguée aux administrateurs et non aux actionnaires. Les administrateurs des sociétés cotées ont également un devoir de divulgation découlant du droit fédéral. Ce devoir de divulgation peut, dans certains cas, entrer en conflit avec un devoir de confidentialité. Dans ce cas, le MBCA a choisi de faire disparaître le devoir de divulgation. Toutefois, en principe, l'administrateur doit informer les autres administrateurs qu'il détient une information essentielle mais qu'il ne peut pas la dévoiler. Ce conflit entre les deux devoirs d'un administrateur pourra l'empêcher de prendre part au vote, voire même, pourra l'obliger à démissionner. En effet, selon le commentaire officiel du MBCA :

Section 8.30(c) recognizes that a duty of confidentiality to a third party can override a director's obligation to share with other directors information pertaining to a current corporate matter. In some circumstances, a duty of confidentiality to a third party may even prohibit disclosure of the nature or the existence of the duty itself. Ordinarily, however, a director who withholds material information based on a reasonable belief that a duty of confidentiality to a third party prohibits disclosure should advise the other directors of the existence and nature of that duty. Under the standards of conduct set forth in section 8.30(a), the withholding of material information may, depending on the nature of the material information and of the matter before the board of directors or a board committee, require that a director abstain or recuse himself or herself from all or a portion of the other directors' deliberation or vote on the matter to which the undisclosed information is material, or even resign as a director.

Les rédacteurs du MBCA, bien que les juges aux Etats-Unis aient précisé les devoirs des administrateurs depuis longtemps, les ont insérés dans le MBCA en les détaillant, tant dans les dispositions que dans les commentaires officiels, limitant ainsi le pouvoir des juges.

Différences entre les différents Etats américains

La plupart des Etats ont des dispositions similaires à celles du MBCA. C'est par exemple le cas de l'Etat de Floride²⁴, l'Etat du Washington²⁵ ou encore l'Etat de Californie²⁶. Certains Etats, comme celui du Texas, ont une version abrégée :

a) A director shall discharge the director's duties, including duties as a committee member, in good faith, with ordinary care, and in a manner the director reasonably believes to be in the best interest of the corporation
(b) A director is not liable to the corporation, a member, or another person for an action taken or not taken as a director if the director acted in compliance with this section. A person seeking to establish liability of a director must prove that the director did not act:

(1) in good faith;

(2) with ordinary care; and

(3) in a manner the director reasonably believed to be in the best interest of the corporation.

Enfin quelques Etats, comme, l'Etat du Delaware, n'ont pas de dispositions spécifiques, le législateur, laissant les juges déterminer les comportements que doivent avoir les administrateurs. Ces derniers estimant classiquement que les administrateurs ont un devoir de loyauté et de diligence.

Le cas particulier des sociétés « engagées pour le bien public » (*public benefit corporation*)

Aux Etats-Unis, certains Etats reconnaissent les sociétés qui s'engagent pour le bien public et leur appliquent des règles spécifiques. L'Etat de Maryland a été le premier à les reconnaître en 2010. Aujourd'hui 34 Etats américains les reconnaissent et 6 Etats envisagent de le faire prochainement.

L'Etat du Delaware, qui reconnaît les sociétés engagées pour le bien public depuis 2013, les définit comme :

A "public benefit corporation" is a for-profit corporation organized under and subject to the requirements of this chapter that is intended to produce a public benefit or public benefits and to operate in a responsible and sustainable manner. To that end, a public benefit corporation shall be managed in a manner that balances the stockholders' pecuniary interests, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation²⁷.

En France, la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire permet aux sociétés commerciales de bénéficier du label d'entreprise de l'économie sociale et solidaire. Pour ce faire, ces dernières doivent respecter un certain nombre de conditions cumulatives, telles qu'un but autre que le seul partage des bénéfices, une gouvernance démocratique, des bénéfices majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise ou l'absence de distribution des réserves. Par ailleurs, la loi Pacte du 22 mai 2019, qui a notamment complété l'article 1833 du code civil, oblige les dirigeants à gérer la société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et

²⁴ Article 607.0830 du code des sociétés de l'Etat de Floride.

²⁵ Article 23.B.08.300 du code de l'Etat du Washington.

²⁶ Section 309 a du code des sociétés de l'Etat de Californie.

²⁷ Code de l'Etat du Delaware : titre 8, §362 (a).

environnementaux de son activité ». Cette loi, en complétant l'article 1835 du code civil, autorise également les associés à « préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

Aux Etats-Unis, dans les sociétés « engagées pour le bien public », les devoirs des administrateurs sont différents afin de prendre en considération l'intérêt public défendu par la société. Le code de l'Etat du Delaware dispose à cet égard que :

*The board of directors shall manage or direct the business and affairs of the public benefit corporation in a manner that balances the pecuniary interests of the stockholders, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the specific public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation*²⁸.

En France, le législateur n'a pas prévu des devoirs différents pour des dirigeants des sociétés bénéficiant du label d'entreprise de l'économie sociale et solidaire. En revanche, la responsabilité des dirigeants qui ne respectent pas les termes des articles 1833 et 1835 du code civil pourrait être engagée.

Jurisprudence comparée

Arrêts de principe²⁹

En France et aux Etats-Unis, les juges sont amenés à contrôler les comportements des dirigeants. Ces derniers ont donc rendu des arrêts de principe relatifs aux devoirs de ces derniers. En France, les juges ont reconnu, dans le célèbre arrêt Vilgrain³⁰, qu'un dirigeant avait un devoir de loyauté vis-à-vis des associés. Dans cet arrêt, la Cour de cassation interdit à un dirigeant de favoriser ses intérêts au détriment de ceux des associés. Elle n'a toutefois pas détaillé le contenu de ce devoir de loyauté. L'étude des arrêts rendus postérieurement montrent que ce devoir impose principalement aux dirigeants une obligation d'information à l'égard des associés, même si la Cour de cassation interdit également aux dirigeants de s'accaparer personnellement d'une opportunité dont la société aurait pu bénéficier³¹. En 1998 la Cour de cassation a considéré que le devoir de loyauté du dirigeant s'étendait à la société³² et en 2002, elle a estimé que les dirigeants avaient, en plus du devoir de loyauté, un devoir de fidélité vis-à-vis de la société qui les empêchait de la concurrencer pendant le délai de préavis de la démission³³. En revanche, une fois le délai dépassé, les anciens dirigeants doivent seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux³⁴.

Aux Etats-Unis, un arrêt abondamment cité concernant les devoirs des administrateurs en matière d'opportunité d'affaires est l'arrêt Guth v. Loft³⁵. Ce dernier a fait évoluer la jurisprudence³⁶ et il a développé une série de questions que les juges doivent se poser afin de savoir si un dirigeant a respecté son devoir de loyauté envers la société. Plus précisément, cet

²⁸ Code de l'Etat du Delaware : titre 8, §365 (a).

²⁹ Voir annexe 2

³⁰ Com. 27 févr. 1996, n° 439, JCP, éd. E, 1996. II. 838, note Schmidt et Dion, pour plus de détails voir Annexe 2.

³¹ Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305; Dr.sociétés 2013, comm. 48, obs. M. Roussille ; Rev. soc. 2013, p. 362, note Th. Massart ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 200, note B. Dondero.

³² Com. 24 février 1998, Cass. com. 7 juin 1999.

³³ Ccom., 12 févr. 2002, Bull. Joly 2002, § 137, p. 617, note B. Saintourens ; JCP 2002, éd. E, 851, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

³⁴ Com. 17 mars 2015, pourvoi n°14-11463.

³⁵ Guth v. Loft 5 A2d503 (Del 1939) ; Pour plus de détails voir annexe 2.

³⁶ Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co. 3 I26 Ala. 496, 28 So. 199 (1900).

arrêt concerne le devoir de loyauté d'un administrateur lorsque ce dernier souhaite répondre à une opportunité d'affaires qui est également susceptible d'intéresser la société. Les juges expliquent qu'un administrateur, sous certaines conditions, peut être déchargé de son devoir de loyauté :

It is true that when a business opportunity comes to a corporate officer or director in his individual capacity rather than in his official capacity, and the opportunity is one which, because of the nature of the enterprise, is not essential to his corporation, and is one in which it has no interest or expectancy, the officer or director is entitled to treat the opportunity as his own, and the corporation has no interest in it, if, of course, the officer or director has not wrongfully embarked the corporation's resources therein.

mais qu'en l'espèce ces conditions n'étaient pas remplies :

Upon a consideration of all the facts and circumstances as disclosed we are convinced that the opportunity to acquire the Pepsi-Cola trademark and formula, goodwill and business belonged to the complainant, and that Guth, as its President, had no right to appropriate the opportunity to himself.

Par la suite, dans l'arrêt *Broz v. Cellular Information Systems, Inc*³⁷, les juges précisent que les règles posées dans l'arrêt Guth sont des faisceaux d'indices qui doivent être étudiés ensembles, c'est-à-dire qu'une réponse négative à une question ne libère pas nécessairement le dirigeant de son obligation de présenter l'opportunité d'affaires à la société :

*No one factor is dispositive and all factors must be taken into account insofar as they are applicable. Cases involving a claim of usurpation of a corporate opportunity range over a multitude of factual settings. Hard and fast rules are not easily crafted to deal with such an array of complex situations*³⁸.

Les juges expliquent également que :

*if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation is financially able to undertake, is, from its nature, in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an interest or a reasonable expectancy, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of the corporation, the law will not permit him to seize the opportunity for himself*³⁹.

La méthode développée dans l'arrêt Guth est dénommée le « test du secteur d'activité » (*line of business test*). Un auteur considère que :

*(...) that test was a significant advance because it recognized that the director's role was evolving and that this had implications for the loyalty required of directors (and senior employees in a fiduciary relationship with the company), especially in defining corporate opportunities*⁴⁰.

Cette méthode n'est pas utilisée dans tous les Etats américains et il est communément admis qu'il existe trois autres méthodes afin de déterminer si une opportunité d'affaires doit être présentée à la société avant qu'un dirigeant ne puisse l'accepter⁴¹. Avant l'arrêt Guth, les juges utilisaient communément le test de l'intérêt de la société (*business interest or expectancy*). Il

³⁷ *Broz v. Cellular Information Systems, Inc* 673 A.2d 148 (Del. 1996).

³⁸ *Broz v. Cellular Information Systems, Inc* 673 A.2d 148 (Del. 1996).

³⁹ *Broz v. Cellular Information Systems, Inc* 673 A.2d 148 (Del. 1996).

⁴⁰ S. Scott, *The Corporate Opportunity Doctrine and Impossibility Arguments*, *The Modern Law Review*, Vol. 66, No. 6 (Nov., 2003), pp. 857.

⁴¹ M. M. Effinger, *A New Corporate Statute: Adding Explicit Procedures To Maryland's Corporate Opportunity Waiver Provision*, *University of Baltimore Law Review*, Vol. 48, 2019, p.293.

s'agit pour ces derniers de rechercher si la société a un intérêt préexistant sur l'opportunité d'affaires. Les juges de l'Etat du Géorgie, qui appliquent toujours ce test, expliquent que :

*A business opportunity arises from a 'beachhead' consisting of a legal or equitable interest or an 'expectancy' growing out of a pre-existing right or relationship*⁴².

Le troisième test utilisé, notamment par les juges de l'Etat du Massachusetts, est celui de l'équité (*fairness test*) :

*(...) the true basis of the governing doctrine rests fundamentally on the unfairness in the particular circumstances of a director, whose relation to the corporation is fiduciary, "taking advantage of an opportunity [for his personal profit] when the interests of the corporation justly call for protection. This calls for the application of ethical standards of what is fair and equitable . . . [in] particular sets of facts."*⁴³

Enfin, le quatrième test, notamment utilisé par les juges de l'Etat du Minnesota, mélange le test du secteur d'activité et celui de l'équité (*the Miller two step test*). Dans l'arrêt Millet⁴⁴, en effet, les juges du Minnesota refusent d'appliquer un seul test :

*In an effort hopefully to ameliorate the often-expressed criticism that the doctrine is vague and subjects today's corporate management to the danger of unpredictable liability, we believe a more helpful approach is to combine the "line of business" test with the "fairness" test and to adopt criteria involving a two-step process for determining the ultimate question of when liability for a wrongful appropriation of a corporate opportunity should be imposed*⁴⁵.

Les juges doivent donc répondre à plusieurs questions afin de déterminer si l'administrateur devait présenter l'opportunité d'affaires à la société avant de l'accepter. Ils doivent notamment se demander si la société avait les moyens financiers, l'expérience ou encore le personnel pour la mener à bien :

*Whether the business opportunity presented is one in which the complaining corporation has an interest or an expectancy growing out of an existing contractual right; the relationship of the opportunity to the corporation's business purposes and current activities—whether essential, necessary, or merely desirable to its reasonable needs and aspirations—; whether, within or without its corporate powers, the opportunity embraces areas adaptable to its business and into which the corporation might easily, naturally, or logically expand; the competitive nature of the opportunity—whether prospectively harmful or unfair—; whether the corporation, by reason of insolvency or lack of resources, has the financial ability to acquire the opportunity; and whether the opportunity includes activities as to which the corporation has fundamental knowledge, practical experience, facilities, equipment, personnel, and the ability to pursue*⁴⁶.

Autres Arrêts⁴⁷.

Le MBCA, contrairement au code de commerce français, différencie les comportements que doivent avoir les administrateurs de leur responsabilité vis-à-vis de la société et des associés. Toutefois, les juges américains, comme les juges français, n'étudient les comportements des administrateurs que lorsque leur responsabilité est recherchée. L'étude des arrêts montrent

⁴² United Seal & [Rubber] Co. v. Bunting, 248 Ga. 814, 815, 285 S.E.2d 721 (1982).

⁴³ Durfee v. Durfee & Canning, Inc., 80 N.E.2d 522, 529 (Mass. 1948).

⁴⁴ Miller, 222 N.W.2d 71, (Minn. 1974).

⁴⁵ Miller v. Miller, 222 N.W.2d 71 (Minn. 1974).

⁴⁶ Miller v. Miller, 222 N.W.2d 71 (Minn. 1974).

⁴⁷ Voir annexe 3 et 4.

qu'en France et aux Etats-Unis les juges imposent principalement aux administrateurs deux devoirs : un devoir de loyauté⁴⁸ et un devoir de diligence⁴⁹ En ce qui concerne ce dernier, la Cour de cassation française explique notamment que « les administrateurs doivent être prudents et diligents »⁵⁰. De la même manière, les juges américains estiment que :

*When one voluntarily takes the position of trustee or director of a corporation, good faith, exact justice, and public policy unite in requiring of him such a degree of care and prudence (...)*⁵¹.

Le devoir de diligence dans les deux pays oblige notamment les administrateurs à contrôler effectivement la société⁵² et à s'intéresser activement à sa gestion⁵³. Ils ne peuvent en aucun cas se contenter d'être présents. Ils doivent également avoir une gestion conforme à l'intérêt de la société⁵⁴, ce qui implique notamment de ne pas poursuivre inutilement une activité déficitaire⁵⁵ ou de respecter la loi⁵⁶. La question de savoir si les administrateurs ont été diligents et prudents dépendra des caractéristiques de la société et des circonstances de la cause⁵⁷. En conséquence, dans les deux pays, si les administrateurs sont bénévoles leurs comportements seront étudiés par les juges moins sévèrement que si ces derniers sont rémunérés⁵⁸. Le MBCA, contrairement à la loi française⁵⁹, autorise les associés à limiter le devoir de diligence des administrateurs en insérant des clauses exonératoires dans les statuts.

Les administrateurs, en France et aux Etats-Unis, ont également un devoir de loyauté. Ce dernier est très ancien aux Etats-Unis puisque dès 1928, des juges New-Yorkais estimaient que :

*A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior.*⁶⁰

En France, en revanche, ce devoir a été reconnu beaucoup plus récemment par la Cour de cassation⁶¹. Toutefois, dans les deux pays, l'objectif de ce devoir est de limiter les effets négatifs que pourraient avoir pour la société les conflits d'intérêt⁶² entre les administrateurs et cette dernière. Ce devoir interdit notamment aux administrateurs d'utiliser leur position au sein de la

⁴⁸ Pour plus de détails voir [Annexe 4](#).

⁴⁹ Pour plus de détails [Annexe 3](#).

⁵⁰ Notamment Com. 30 mars 2010, pourvoi n°08-17841, JCP ed E 2010, 1416, note A. Couret ; Dr. Sociétés 2010, n°117, note M. Roussille ; RJDA 7/2010, n°760 ; Rev. Sociétés 2010, p.304, note P. Le Cannu.

⁵¹ Hun v. Cary, 82 N.Y. 65, 72 (Ct.App. 1880).

⁵² Assemblée Plénière, 9 mai 1984, pourvoi n°80-93031.

⁵³ Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920).

⁵⁴ CA Agen, 1re ch., 19 janvier 1998 ; SA Locatom et SA Sogerap c/ Me Guguen, ès qual, JCP éd E, n° 43, 22 Octobre 1998, p. 1692, note J.-J. Daigre.

⁵⁵ Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

⁵⁶ Notamment, Cour d'appel, Versailles, 13e chambre, 13 Novembre 2018 – n° 18/02008.

⁵⁷ Kansas Supreme Court - 99548 - Becker v. Knoll - ROSEN (2010).

⁵⁸ Com. 27 janvier 2015, pourvoi n°13-24972.

⁵⁹ CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 11 Février 2014 – n° 12/22425.

⁶⁰ City Nat'l Bank Of Mangum v. Crow, 1910 OK 265, 111 P. 210.

⁶¹ CA Reims 10 novembre 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 307, note J. G.

⁶² Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

⁶³ Cette règle découle en France de l'article 1992 du code civil.

⁶⁴ Voir infra sur les clauses exonératoires.

⁶⁵ Meinhard v. Salmon, 164 N.E. 545, (N.Y. 1928).

⁶⁶ Com. 27 févr. 1996, n° 439, JCP, éd. E, 1996. II. 838, note Schmidt et Dion, voir Annexe 2

⁶⁷ Voir infra sur les conflits d'intérêt.

société à de fins personnelles et au détriment de cette dernière⁶⁸⁶⁹. Ils ne sont donc pas autorisés à concurrencer la société⁷⁰ ou à acquérir un bien utile à la société⁷¹⁷². Ce devoir impose également aux administrateurs d'informer loyalement les associés sur le prix des actions de la société⁷³⁷⁴. Aux Etats-Unis, comme pour le devoir de diligence, les actionnaires peuvent, dans les statuts, insérer des clauses limitant le devoir de loyauté des administrateurs⁷⁵ alors qu'en France le législateur a interdit expressément certaines conventions entre les administrateurs et la société⁷⁶.

B/ Les comportements fautifs

Le MBCA aux Etats-Unis et le code de commerce en France détaillent les raisons pour lesquelles la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme pourra être engagée vis-à-vis de la société et des actionnaires. Les termes utilisés dans les deux pays sont différents, ce qui pourrait laisser penser que les cas dans lesquels un administrateur sera jugé responsable en France et aux Etats-Unis sont également différents. Toutefois l'étude de la jurisprudence montre que cela n'est pas le cas, notamment parce que le juge français entend largement la notion de faute de gestion. En tout état de cause, il sera relativement rare en France et aux Etats-Unis que des administrateurs voient leur responsabilité par la société ou des actionnaires⁷⁷.

Historique

En France, la responsabilité des administrateurs n'a pas été modifiée depuis la création de la société anonyme. En effet, la loi de 1966 disposait déjà que « les administrateurs [*dirigeants sociaux*] sont responsables, individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions du présent chapitre et des chapitres V et VI, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». En revanche, aux Etats-Unis, la responsabilité a évolué au fil du temps. Le MBCA est passé d'un principe de responsabilité à un principe d'irresponsabilité des administrateurs. A l'origine, en 1950, le MBCA prévoyait une responsabilité de droit commun. En effet, l'article 43 commençait par :

« In addition to any other liabilities imposed by law upon directors of a corporation ».

En plus de la responsabilité de droit commun, le MBCA prévoyait également des responsabilités particulières qui étaient au nombre de cinq. Ces dernières concernaient notamment la distribution de dividendes ou d'actifs de la société contrairement aux règles fixées dans les statuts ou aux lois en vigueur, les prêts consentis par la société à des dirigeants ou le

⁶⁸ Pour plus d'explications, voir ci-dessous « arrêt de principe » ; Com. 27 février 1996, pourvoi n° 94-11.241, RJDA 6/96 n° 794.

⁶⁹ *Klinicki v. Lundgren*, 695 P.2d 906 (1985).

⁷⁰ Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Dr. sociétés 2012, comm. 24, obs. M. Roussille ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 112, note H. Le Nabasque ; JCPE 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondéro ; D. 2012, p. 134, note T. Favario

⁷¹ Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 ; Dr.sociétés 2013, comm. 48, obs. M. Roussille ; Rev. soc. 2013, p. 362, note Th. Massart ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 200, note B. Dondéro.

⁷² Voir annexe 2

⁷³ Com. 10 juillet 2018 pourvoi n° 16-27.868

⁷⁴ *Lynch v. Vickers Energy Corp.*, 383 A.2d 278 (1977).

⁷⁵ Voir infra.

⁷⁶ Voir infra.

⁷⁷ Voir infra.

commencement de l'activité avant la libération des apports à hauteur de mille dollars. Plus précisément l'ancien article 43 du MBCA disposait :

In addition to any other liabilities, a director shall be liable in the following circumstances unless he complies with the standard provided in this Act for the performance of the duties of directors:

(a) A director who votes for or assents to the declaration of any dividend or other distribution of the assets of a corporation to its shareholders contrary to the provisions of this Act or contrary to any restrictions contained in the articles of incorporation, shall be liable to the corporation, jointly and severally with all other directors so voting or assenting, for the amount of such dividend which is paid or the value of such assets which are distributed in excess of the amount of such dividend or distribution which could have been paid or distributed without a violation of the provisions of this Act or the restrictions in the articles of incorporation.

(b) A director who votes for or assents to the purchase of the corporation's own shares contrary to the provisions of this Act shall be liable to the corporation, jointly and severally with all other directors so voting or assenting, for the amount of consideration paid for such shares which is in excess of the maximum amount which could have been paid therefor without a violation of the provisions of this Act.

(c) A director who votes for or assents to any distribution of assets of a corporation to its shareholders during the liquidation of the corporation without the payment and discharge of, or making adequate provision for, all known debts, obligations, and liabilities of the corporation shall be liable to the corporation, jointly and severally with all other directors so voting or assenting, for the value of such assets which are distributed, to the extent that such debts, obligations and liabilities of the corporation are not thereafter paid and discharged.

(d) The directors of a corporation who vote for or assent to the making of a loan to an officer or director of the corporation, or the making of any loan secured by shares of the corporation, shall be jointly and severally liable to the corporation for the amount of such loan until the repayment thereof.

(e) If a corporation shall commence business before it has received at least one thousand dollars as consideration for the issuance of shares, the directors who assent thereto shall be jointly and severally liable to the corporation for such part of one thousand dollars as shall not have been received before commencing business, but such liability shall be terminated when the corporation has actually received one thousand dollars as consideration for the issuance of shares (...)

Le MBCA de 1950 protégeait donc plus les actionnaires que les administrateurs. Un auteur écrivait néanmoins que :

No director under this act will have anything to fear as long as he performs diligently and in good faith for the benefit of the corporation and its shareholders.

Cet auteur ajoutait toutefois que :

« *they (the promoters and managers) will claim that the requirements of the Model Act will make it difficult to obtain directors* »⁷⁸.

Cette plainte sera en effet reprise par de nombreux auteurs, en particulier à la fin des années 1980⁷⁹. La difficulté à recruter des administrateurs extérieurs à la société sera notamment la

⁷⁸ C. W. Steadman, « Liabilities of directors under the Model Business Corporation Act », *The Business Lawyer*, Vol 7, N°3, 1952, p10.

⁷⁹ Voir infra arrêt *Smith v Van Gorkon*

justification invoquée par le comité de révision du MBCA pour diminuer les cas pour lesquels les administrateurs pourront voir leur responsabilité engagée. Pourtant, en 1950, la responsabilité des administrateurs n'était pas absolue, notamment lorsque ces derniers distribuaient illégalement des dividendes. En effet, ils pouvaient s'exonérer de leur responsabilité en montrant par exemple qu'ils avaient, de bonne foi, pris leur décision en se fondant sur un état financier qui avait été certifié par une personne compétente ou indépendante :

A director shall not be liable under subparagraphs (a), (b) or (c) of this section if he relied and acted in good faith upon financial statements of the corporation represented to him to be correct by the president or the officer of such corporation having charge of its books of account, or certified by an independent public or certified public accountant or firm of such accountants to fairly reflect the financial condition of such corporation, nor shall he be so liable if in good faith in determining the amount available for any such dividend or distribution he considered the assets to be of their book value (MBCA 1950, article 43).

En 1969, les rédacteurs du MBCA ont commencé à limiter la responsabilité des administrateurs. L'article 43 du MBCA disposait alors qu'un administrateur qui respecte ses devoirs, tels que définis dans le MBCA⁸⁰, ne pourrait pas voir sa responsabilité engagée :

A person who so performs his duties shall have no liability by reason of being or having been a director of the corporation.

Cet article ajoutait que les administrateurs de bonne foi pouvaient, pour prendre leur décision, se fonder sur des informations fournies par un certain nombre de personnes que l'article citait :

In performing his duties, a director shall be entitled to rely on factual information, opinions, reports or statements, including financial statements and other financial data, in each case prepared or presented by: (a) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the matters presented, (b) counsel, public accountants or other persons as to matters which the director reasonably believes to be within such person's professional or expert competence, or (c) a committee of the board upon which he does not serve, duly designated in accordance with a provision of the articles of incorporation or the by-laws, as to matters within its designated authority, which committee the director reasonably believes to merit confidence, but he shall not be considered to be acting in good faith if he has knowledge concerning the matter in question that would cause such reliance to be unwarranted

Aujourd'hui ces dispositions sont prévues à l'article 8.31 du MBCA⁸¹. En 1975, le MBCA accroît les types d'informations sur lesquelles un administrateur peut se fonder pour prendre sa décision afin d'éviter d'engager sa responsabilité. Les personnes pouvant être considérées comme des personnes de confiance sont également plus nombreuses. Le MBCA prévoit en effet que :

In performing his duties, a director shall be entitled to rely on information, opinions, reports or statements, including financial statements and other financial data, in each case prepared or presented by: (a) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the mat- ters presented, (b) counsel, public accountants or other

⁸⁰ *A director shall perform his duties as a director, including his duties as a member of any committee of the board upon which he may serve, in good faith, in a manner he believes to be in the best interests of the corporation, and with such care as an ordinarily prudent person would use under similar circumstances in a like position (voir supra).*

⁸¹ Voir supra les dispositions législatives.

persons as to matters which the director reasonably believes to be within such person's professional or expert competence, or Corporate Director's Guidebook • 17 (c) a committee of the board upon which he does not serve, duly designated in accordance with a provision of the articles of incorporation or the by-laws, as to matters within its designated authority, which committee the director reasonably believes to merit confidence, but he shall not be considered to be acting in good faith if he has knowledge concerning the matter in question that would cause such reliance to be unwarranted. A person who so performs his duties shall have no liability by reason of being or having been a director of the corporation. (§35 MBCA)

Lors de la révision de 1984, qui a notamment modifié la numérotation du MBCA, le comité de révision précise qu'il a particulièrement étudié les devoirs des administrateurs :

The Committee on Corporate Laws has devoted a great deal of attention the appropriate articulation of the duty of care of directors and officers, particularly in making decisions with respect to large and complex businesses⁸².

Le commentaire ajoute que cette étude n'est toutefois pas terminée :

The committee recognizes, however, that this is a developing field of law, and that continuing attention must continue in this important area. It is the committee's intention to reexamine these provisions after publication of the draft revised⁸³.

Concernant la responsabilité des administrateurs, en 1984, le MBCA ne prévoit plus qu'une seule responsabilité spécifique : la distribution illégale des biens de la société. De plus, le demandeur devra prouver, en plus de la distribution illégale, que les administrateurs n'ont pas respecté leurs devoirs, tels que définis par le MBCA :

§8.33. LIABILITY FOR UNLAWFUL DISTRIBUTIONS

(a) A director who votes for or assents to a distribution made in violation of section 6.40 or the articles of incorporation is personally liable to the corporation for the amount of the distribution that exceeds what could have been distributed without violating section 6.40 or the articles of incorporation if it is established that he did not perform his duties in compliance with section 8.30. In any proceeding commenced under this section, a director has all of the defenses ordinarily available to a director.

(b) A director held liable under subsection (a) for an unlawful distribution is entitled to contribution:

(1) from every other director who could be held liable under subsection (a) for the unlawful distribution; and

(2) from each shareholder for the amount the shareholder accepted knowing the distribution was made in violation of section 6.40 or the articles of incorporation.

(c) A proceeding under this section is barred unless it is commenced within two years after the date on which the effect of the distribution was measured under section 6.40(e) or (g).

Cette responsabilité est aujourd'hui prévue à l'article 8.32 du MBCA⁸⁴.

⁸² E. Goldstein et R. W. Hamilton, *The Revised Model Business Corporation Act*, *The Business Lawyer*, Vol. 38, May 1983, p.1022.

⁸³ E. Goldstein et R. W. Hamilton, *The Revised Model Business Corporation Act*, *The Business Lawyer*, Vol. 38, May 1983, p.1022.

⁸⁴ Voir infra article 8.32.

En 1998, la responsabilité des associés a été profondément remaniée avec notamment la création de l'article 8.31⁸⁵ dans une version similaire à celle d'aujourd'hui. Avant cette date, les devoirs et la responsabilité de droit commun des administrateurs étaient prévues dans un même paragraphe. A partir de cette date, les devoirs des administrateurs sont dissociés de leur responsabilité. Les différentes modifications apportées au MBCA depuis 1983 ont fait dire à un auteur que le MBCA avait radicalement balancé vers la droite⁸⁶. Ce dernier explique plus précisément que :

First, the wholesale revision, promulgated for adoption in 1984, eliminated almost all substantive regulation of corporate managements' conduct, pleading fiduciary duty as the only effective regulator of corporate actors. In subsequent 1980's enactments, the ABA committee began to gut fiduciary duty, first by enactment of conflict of interest provisions that sought to deprive courts altogether of the power to review director conflict of interest transactions. Concomitantly, following Delaware's lead, and stamped by scare stories born of the director and officer liability insurance crises in 1986, most states passed legislation permitting corporations to opt out of application of the corporate law duty of care to their officers and directors, a development the ABA Committee on Corporate law slavishly followed⁸⁷.

La direction prise par le MBCA s'explique notamment par l'influence de l'analyse économique du droit.

Dispositions législatives⁸⁸

Une différence formelle entre le texte français et le MBCA est leur longueur. En effet, alors que l'article L225-251 du code de commerce ne fait que quelques lignes, l'article 8.31 du MBCA en fait plus d'une cinquantaine. Sur le fond, la philosophie des deux textes est opposée puisque le législateur français pose le principe de la responsabilité des administrateurs alors que le MBCA pose le principe de leur irresponsabilité. Le commentaire officiel indique expressément que les administrateurs ne doivent pas être tenus pour responsables des décisions prises qui auraient eu des impacts économiques négatifs pour la société si les comportements visés à l'article 8.30 ont été respectés :

Therefore, as a general rule, a director is not exposed to personal liability for injury or damage caused by an unwise decision and conduct conforming with the standards of section 8.30 will almost always be protected regardless of the end result. Moreover, the fact that a director's performance fails to meet the standards of section 8.30 does not in itself establish personal liability for damages that the corporation or its shareholders may have suffered as a consequence.

Toutefois le MBCA prévoit des exceptions et un administrateur pourra voir sa responsabilité engagée notamment en cas d'abus de ses pouvoirs :

Nevertheless, a director can be held liable for misfeasance or nonfeasance in performing his or her duties (commentaire officiel MBCA 2016)

⁸⁵ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Electronic Filings/Standards of Conduct and Standards of Liability for Directors

Source: The Business Lawyer, Vol. 53, No. 1 (November 1997), pp. 157-191.

⁸⁶ D. M. Branson, Recent Changes to the Model Business Corporation Act: Death Knells for Main Street Corporation Law, Nebraska Law Review, Vol.72, 1993, p.260 : “the American Bar Association (ABA) sponsored statute has swung dramatically to the right”.

⁸⁷ D. M. Branson, Recent Changes to the Model Business Corporation Act: Death Knells for Main Street Corporation Law, Nebraska Law Review, Vol.72, 1993, p.260 et 261.

⁸⁸ Annexe 5.

Plus précisément, un administrateur pourra être tenu responsable s'il n'a pas agi de bonne foi :

It is a basic standard under section 8.31(a)(a)(2)(i) that a director's conduct in performing his or her duties be in good faith (commentaire MBCA).

En France également, bien que l'article L225-251 du code commerce ne le prévoit pas expressément, un administrateur pourra voir sa responsabilité engagée s'il agit de mauvaise foi et ce en raison du principe général de bonne foi du droit français⁸⁹. Un administrateur aux Etats-Unis pourra également voir sa responsabilité engagée s'il agit contrairement à ce qu'il pensait être dans l'intérêt de la société ou s'il ne s'est pas suffisamment informé :

Liability under section 8.31(a)(2)(ii) turns on a director's reasonable belief with respect to the nature of his or her decision and the degree to which he or she has become informed. In each case, the director must have an actual subjective belief and, so long as it is his or her honest and good faith belief, a director has wide discretion (commentaire officiel MBCA 2016).

Là encore, même si l'article L225-251 du code commerce ne le prévoit pas expressément, l'article 1833 du code civil, depuis le 22 mai 2019, dispose que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Avant la loi Pacte, les juges engageaient la responsabilité des administrateurs si ces derniers n'agissaient pas dans l'intérêt de la société⁹⁰. L'article 8.31 du MBCA prévoit également qu'un administrateur pourra voir sa responsabilité engagée en cas de manque d'objectivité dû notamment à un conflit d'intérêt. Dans ce cas, toutefois, le MBCA a prévu des procédures spécifiques qui, si elles sont respectées, empêcheront que la responsabilité des administrateurs soit engagée⁹¹ :

If the matter at issue involves a director's transactional interest, such as a "director's conflicting interest transaction" in which a "related person" is involved (see section 8.60), it will be governed by section 8.61; otherwise, a lack of objectivity due to a relationship's influence on the director's judgment will be evaluated, in the context of the pending challenge of director conduct, under section 8.31. If the matter at issue involves lack of independence, the proof of domination or control and its influence on the director's judgment will typically entail different (and perhaps more convincing) evidence than what may be involved in a lack of objectivity case. The variables are manifold, and the facts must be sorted out and weighed on a case-by-case basis (commentaire MBCA).

En France, certaines conventions sont en principe interdites entre des administrateurs et leur société, tel que des emprunts ou des garanties⁹², d'autres font l'objet d'une procédure particulière afin de vérifier que la société n'est pas lésée en raison des conflits d'intérêt qui pourraient exister entre un administrateur et la société. Nous verrons que le juge français, comme le juge américain, exige que les administrateurs fassent passer l'intérêt de la société avant le leur. Enfin, selon l'article 8.31 du MBCA, un administrateur pourra voir sa responsabilité en cas de défaut de surveillance :

The director's role involves two fundamental components: the decision-making function and the oversight function. In contrast with the decision-making function, which generally involves action taken at a point in time, the oversight function under section 8.01(b) involves ongoing monitoring of the corporation's business and affairs over a period of time (commentaire MBCA)

⁸⁹ Voir supra.

⁹⁰ Voir infra jurisprudences comparées.

⁹¹ Voir infra.

⁹² Voir infra.

Là encore si le législateur n'a pas prévu ce cas de responsabilité, l'étude des arrêts montrent qu'en France également un administrateur pourra être déclaré responsable en cas de défaut de surveillance. Le MBCA envisage donc des causes de responsabilité qui n'ont pas été prévues par le législateur français mais qui ont été néanmoins reconnues par les juges français. De la même manière, des causes de responsabilité prévues à l'article L225-251 et non envisagées par le MBCA, sont toutefois sanctionnées par les juges américains, comme la violation de la loi et les fautes lourdes de gestion. En conséquence, bien que les causes de responsabilité citées par le code de commerce et le MBCA soient différentes, l'étude des arrêts montrera que les comportements qui permettent d'engager la responsabilité d'un administrateur dans les deux pays sont similaires. Une différence significative existe néanmoins concernant les clauses exonératoires de responsabilité. En effet, l'article 8.31 du MBCA précise que, si les statuts de la société contiennent une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, les administrateurs ne seront pas responsables pour tous les comportements exonérés par ces clauses⁹³. En revanche, de telles clauses sont interdites en France. Une autre différence provient du fait que le législateur français a prévu dans un même article la responsabilité des administrateurs et du directeur général et ce tant à l'égard de la société que des tiers alors que le MBCA ne prévoit que la responsabilité des administrateurs et uniquement vis-à-vis de la société et des actionnaires. En France, bien que ces derniers ne soient pas mentionnés à l'article L225-251 du code de commerce, la jurisprudence estime que les administrateurs, comme le directeur général, peuvent être responsables vis-à-vis des associés mais ces derniers devront néanmoins démontrer un préjudice différent de celui de la société⁹⁴.

En 1998, lorsque le comité de révision a introduit l'article 8.31, il a précisé que ce dernier n'avait pas vocation à figer les règles dégagées par la jurisprudence. Le comité estime en effet qu'il est essentiel que les critères puissent continuer à évoluer en fonction des circonstances économiques :

The elements of the business judgment rule and the circumstances for its application continue to be developed and refined by courts. Accordingly, it would not be desirable to freeze the concept in a statute. Thus, section 8.31 does not codify the business judgment rule as a whole, although certain of its principal elements, relating to personal liability issues, are reflected in section § 8.31(a)(2).

Le (c) de l'article 8.31 du MBCA précise que les règles édictées dans l'article 8.31 s'appliquent uniquement au cas de responsabilité expressément envisagés par ce dernier. En conséquence, les administrateurs pourront également voir leur responsabilité engagée pour des causes prévues dans d'autres sections du MBCA, comme par exemple en cas de distribution fictive⁹⁵, ou en vertu d'une loi étatique ou d'une loi fédérale ou encore vis-à-vis des tiers :

(...) section 8.31 does not affect liability under other sections of the Act. It also does not foreclose any rights of the corporation or its shareholders under other laws, for example, rights of shareholders or the corporation under applicable federal securities laws. In addition, directors can have liability to persons other than the corporation and its shareholders, such as liability to employee benefit plan participants and beneficiaries (who may or may not be shareholders), if the directors are determined to be fiduciaries under other applicable laws, to government agencies for regulatory violations or to individuals claiming damages for injury governed by tort-law concepts (e.g., libel or slander). Section 8.31 is not

⁹³ Voir infra.

⁹⁴ Com. 9 mars 2010, pourvoi n°08-21547.

⁹⁵ Article 8.32 du MBCA.

intended to change the standards applicable under these other laws or legal principles (commentaire officiel du MBCA).

En France, de la même manière, les administrateurs et les dirigeants pourront voir leur responsabilité engagée en raison de lois spécifiques, comme en matière d'environnement ou de droit du travail. En revanche, en France, la responsabilité de droit commun est identique à l'égard de la société, des actionnaires ou des tiers. Toutefois, afin de protéger les dirigeants, la jurisprudence a créé la notion de faute détachable des fonctions⁹⁶.

Etude pratique sur les risques pour un administrateur extérieur à la société de voir sa responsabilité engagée

En pratique, aux Etats-Unis, comme en France, il est rare que des administrateurs, en particulier des administrateurs extérieurs à la société soient amenés à verser, sur leurs deniers personnels, des dommages-intérêts en raison de leur fonction dans la société. En effet, des auteurs ont montré que dans les deux pays il était rarissime qu'un administrateur extérieur à la société, suite aux décisions qu'il avait prises, paye en dernier ressort les sommes éventuellement allouées et ce, que ce soit suite à une condamnation ou à une transaction. Ces auteurs ont estimé qu'aux Etats-Unis, entre 1980 et 2006, des administrateurs avaient été condamnés à payer personnellement les dommages-intérêts alloués après un jugement qu'une seule fois et il s'agissait de l'arrêt *Smith v. Van Gorkom*⁹⁷. En incluant les transactions, les auteurs n'ont relevé, toujours aux Etats-Unis, qu'une dizaine d'affaires dans lesquelles des administrateurs extérieurs avaient dus payer avec leurs deniers personnels, dont l'affaire Enron et l'affaire WorldCom⁹⁸. Les administrateurs extérieurs ne semblent donc être tenus pour responsable sur leurs deniers personnels que dans des situations exceptionnelles, comme les scandales Enron et WorldCom. Ainsi que l'expliquait le Contrôleur général de l'Etat de New York à propos de l'accord signé avec les administrateurs de la société Worldcom :

*(...) the payments were intended to send "a strong message to the directors of every publicly traded company that they must be vigilant guardians for the shareholders they represent. . . . We will hold them personally liable if they allow management of the companies on whose boards they sit to commit fraud."*⁹⁹

Le faible nombre d'administrateurs engageant ses deniers personnels même en cas de faute s'expliquent également en raison des assurances contractées par les sociétés ainsi que de la possibilité pour ces dernières de rembourser¹⁰⁰ un administrateur des sommes que ce dernier aurait été condamné à verser¹⁰¹. Cette sécurité des administrateurs existe également en France¹⁰² même si les raisons sont différentes. En France, il est relativement rare que la responsabilité d'un administrateur extérieur à la société soit recherchée. La dernière édition de l'annuaire des statistiques de la justice montre qu'en 2010, il y a eu seulement 310 saisines ayant pour objet la responsabilité civile des dirigeants ou des associés. Cela s'explique notamment par le fait

⁹⁶ Voir supra.

⁹⁷ B. S. Black, B. R. Cheffins, M. Klausner, *Outside Director Liability*, BLACK ET AL. 58 STAN. L. REV. 1060 ; voir infra.

⁹⁸ B. S. Black, B. R. Cheffins, M. Klausner, *Outside Director Liability*, BLACK ET AL. 58 STAN. L. REV. 1074.

⁹⁹ Cité par B. S. Black, B. R. Cheffins, M. Klausner, *Outside Director Liability*, BLACK ET AL. 58 STAN. L. REV. 1057.

¹⁰⁰ Voir infra.

¹⁰¹ B. R. Cheffins, B. S. Black, M. Klausner, « Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance : A comparative Analysis », https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=800584.

¹⁰² B. R. Cheffins, B. S. Black, M. Klausner, « Outside Directors, Liability Risk and Corporate Governance : A comparative Analysis », https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=800584 : « As this chapter will discuss, with the exception of the United States, outside directors of publicly quoted companies rarely encounter either form of liability ».

que les conditions des actions *ut singuli* ne sont pas favorables aux actionnaires puisque ces derniers doivent *a minima* avancer les frais de procédure¹⁰³.

Différences entre les différents Etats américains

Quelques Etats, comme les Etats de Virginie¹⁰⁴, du Mississippi¹⁰⁵, de Louisiane¹⁰⁶ ou encore de la Virginie Occidentale¹⁰⁷ reprennent les dispositions du MBCA. D'autres Etats, comme l'Etat de Californie¹⁰⁸ ou l'Etat du Washington¹⁰⁹, reprennent globalement les devoirs mentionnés dans le MBCA dans son article 8.30 puis disposent simplement qu'un administrateur qui respecte ces derniers ne peut pas voir sa responsabilité engagée :

*A person who performs the duties of a director in accordance with subdivisions (a) and (b) shall have no liability based upon any alleged failure to discharge the person's obligations as a director*¹¹⁰.

Ces Etats n'ont donc pas repris les termes de l'article 8.31 du MBCA. Ils ont estimé qu'il y avait redondance entre les termes de l'article 8.30 et ceux de l'article 8.31 du MBCA. Le code de l'Etat de l'Ohio a posé le même principe que de l'Etat de Californie et de l'Etat du Washington à la suite des comportements attendus. Il a toutefois précisé les comportements qui pourraient être considérés comme fautifs :

A director shall not be found to have violated the director's duties under division (B) of this section unless it is proved by clear and convincing evidence that the director has not acted in good faith, in a manner the director reasonably believes to be in or not opposed to the best interests of the corporation, or with the care that an ordinarily prudent person in a like position would use under similar circumstances, in any action brought against a director, including actions involving or affecting any of the following:

(a) A change or potential change in control of the corporation, including a determination to resist a change or potential change in control made pursuant to division (F)(7) of section 1701.13 of the Revised Code;

(b) A termination or potential termination of the director's service to the corporation as a director;

*(c) The director's service in any other position or relationship with the corporation*¹¹¹.

D'autres Etats, comme l'Etat de Floride¹¹², se sont simplement inspirés de l'esprit du MBCA. D'autres Etats encore, comme l'Etat du Delaware, n'ont pas codifié la responsabilité des administrateurs. Ils laissent les juges déterminer les comportements qui entraîneront leur responsabilité. L'article 141 (e) du code des sociétés de l'Etat du Delaware dispose néanmoins que les administrateurs ne pourront pas voir leur responsabilité engagée s'ils fondent leur décision sur certains documents notamment les registres de la société :

¹⁰³ Voir infra « Les actions *ut singuli* ».

¹⁰⁴ Article 607.0830 et suivants du code de l'Etat de Floride.

¹⁰⁵ Article 79-4-8.31 du code de l'Etat du Mississippi ; MS Code § 79-4-8.31 (2017).

¹⁰⁶ Article 12-1-831 du Code de Louisiane ; LA Rev Stat § 12:1-831 (2017).

¹⁰⁷ Article 31.D-8-8.31 du code de l'Etat de Virginie Occidentale ; WV Code § 31D-8-831 (2017).

¹⁰⁸ Article 309 du code des sociétés de l'Etat de Californie.

¹⁰⁹ Article 23.B.08.300 du Code de l'Etat du Washington : « A director is not liable for any action taken as a director, or any failure to take any action, if the director performed the duties of the director's office in compliance with this section ».

¹¹⁰ Article 309 du code des sociétés de l'Etat de Californie.

¹¹¹ Article 1701.59 D (1) du code de l'Etat de l'Ohio.

¹¹² Article 607.0831 du code de l'Etat de Floride.

A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation.

Il est possible de noter que l'Etat du Delaware a été le premier à codifier la possibilité pour les actionnaires d'insérer dans les statuts des clauses exonératoires de responsabilité¹¹³. Concernant cet Etat, un auteur a écrit que :

*The Delaware General Corporation Law is a broad enabling act which leaves latitude for substantial private ordering, provided the statutory parameters and judicially imposed principles of fiduciary duty are honored*¹¹⁴.

Jurisprudence comparée

Arrêts de principe¹¹⁵

En France et aux Etats-Unis ce sont les juges qui déterminent en dernier ressort si le comportement des administrateurs engage leur responsabilité. Aux Etats-Unis, l'arrêt *Smith v. Van Gordon*¹¹⁶ a eu un impact considérable puisqu'il a entraîné une modification de la législation dans de nombreux Etats. En l'espèce, la société TransUnion souhaitait, pour des raisons fiscales, être absorbée. Le Président du conseil d'administration de la société TransUnion engagea des discussions mais sans en informer le conseil d'administration. Il accepta alors, et sans consulter d'experts financiers extérieurs, le prix de 55 dollars par action. Par la suite, le Président convoqua le conseil d'administration au cours duquel les administrateurs approuvèrent la fusion ainsi que le prix proposé pour les actions en se fondant uniquement sur la présentation faite par le Président. Des actionnaires déçus par le prix offert engagèrent une procédure à l'encontre des administrateurs. Les juges de la Cour Suprême de l'Etat du Delaware leur donnèrent raison en estimant que les administrateurs n'avaient pas été diligents :

On the record before us, we must conclude that the Board of Directors did not reach an informed business judgment on September 20, 1980 in voting to "sell" the Company for \$55 per share pursuant to the Pritzker cash-out merger proposal (...). The directors (1) did not adequately inform themselves as to Van Gorkom's role in forcing the "sale" of the Company and in establishing the per share purchase price; (2) were uninformed as to the intrinsic value of the Company; and (3) given these circumstances, at a minimum, were grossly negligent in approving the "sale" of the Company upon two hours' consideration, without prior notice, and without the exigency of a crisis or emergency.

Suite à cet arrêt, l'Etat du Delaware a modifié sa législation en autorisant les actionnaires à introduire des clauses exonératoires de responsabilité dans les statuts en cas de violation du devoir de diligence, sauf dans certaines situations très spécifiques¹¹⁷. Le législateur justifie alors

¹¹³ Voir infra sur les clauses d'exonération de responsabilité.

¹¹⁴ Williams v. Geier, 671 A.2d 1368, 1381 (1996).

¹¹⁵ Annexe 6.

¹¹⁶ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985), pour plus de détails voir annexe 6.

¹¹⁷ Voir infra sur les clauses exonératoires de responsabilité.

ces modifications par le fait que, suite à la décision rendue dans l'arrêt *Smith v. Van Gordon*¹¹⁸, de nombreux administrateurs extérieurs à la société (*outside directors*¹¹⁹) auraient démissionné ou auraient refusé de se représenter de peur d'être condamnés à verser des dommages-intérêts à la société en raison des décisions qu'ils auraient prises. Pourtant nous l'avons vu¹²⁰, des auteurs ont montré qu'il était rarissime qu'un administrateur extérieur à la société soit redevable en dernier ressort des sommes éventuellement allouées par un juge. En tout état de cause, un juge ayant décidé l'arrêt *Smith v. Van Gorkom* a déclaré plus tard :

*[t]here will never be another Van Gorkom*¹²¹

Quelques années plus tard, dans un autre arrêt célèbre, *In re Walt Disney Derivative Litigation*¹²², les juges de l'Etat du Delaware ont refusé d'engager la responsabilité des administrateurs parce que ces derniers ne se seraient pas suffisamment informés.

Autres Arrêts¹²³

En France et aux Etats-Unis, il est peu fréquent en pratique que des administrateurs voient leur responsabilité engagée. Il est néanmoins possible de trouver quelques décisions judiciaires. Dans les deux pays, la responsabilité des administrateurs sera logiquement engagée lorsque les administrateurs ne respectent pas les comportements attendus¹²⁴, c'est-à-dire principalement lorsque ces derniers violent leur devoir de diligence¹²⁵ ou de loyauté¹²⁶. Toutefois, aux Etats-Unis, la doctrine du jugement commercial (*Business Judgement Rule*) restreint les possibilités d'engager la responsabilité des administrateurs. En France, bien qu'aucune doctrine similaire n'existe, les juges français refusent néanmoins de condamner un dirigeant pour une simple erreur de gestion.

En France et aux Etats-Unis, le but d'une société étant principalement de faire des profits¹²⁷, si les dirigeants font des dépenses inutiles¹²⁸¹²⁹, les juges pourront les déclarer contraire à l'intérêt social et la responsabilité des administrateurs pourra être engagée. Cependant, les juges refusant de s'immiscer dans la gestion de la société¹³⁰, seules les dépenses manifestement inutiles seront sanctionnées. De même, les administrateurs pourront voir leur responsabilité engagée s'ils ne s'informent pas suffisamment¹³¹¹³². Toutefois, là encore, les administrateurs doivent s'être montrés particulièrement négligents pour que leur responsabilité soit engagée. Cela sera par exemple le cas, « lorsqu'ils n'ont exercé aucune surveillance sur la tenue des comptes sociaux ou qu'ils s'en sont purement et simplement remis aux décisions du président-

¹¹⁸ *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985), pour plus de détails voir [annexe 6](#).

¹¹⁹ Ceux qui n'ont pas d'autre fonction dans la société que d'être membre du conseil d'administration.

¹²⁰ Voir supra.

¹²¹ Cité par L. A. Hamermesh, *Why I Do Not Teach Van Gorkom*, *Georgia Law Review*, Vol.34, 2000, p.489.

¹²² *In re Walt Disney Derivative Litigation*, 907 A.2d 693 (2005), pour plus de détails voir [annexe 6](#).

¹²³ Voir [annexe 7 et 8](#).

¹²⁴ Voir supra.

¹²⁵ Pour plus de détails voir [annexe 7](#).

¹²⁶ Pour plus de détail voir [annexe 8](#).

¹²⁷ En France, selon l'article 1832 du code civil, la société peut également avoir pour objectif de faire des économies et aux Etats-Unis une *corporation* peut être à but non lucratif.

¹²⁸ CA Paris, Pôle 5, chambre 3, 19 Février 2014, RG n° 12/00315.

¹²⁹ *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, 423 Pa. 563, 224 A.2d 634 (1966).

¹³⁰ Voir infra.

¹³¹ CA Paris, 4 févr. 1994: Bull. Joly 1994. 403, note Pariente.

¹³² *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

directeur général »¹³³. De plus, nous l'avons dit, aux Etats-Unis, le MBCA autorise les associés à insérer dans les statuts des clauses exonératoires de responsabilité¹³⁴.

Les administrateurs pourront également voir leur responsabilité engagée s'ils ne respectent pas leur devoir de loyauté¹³⁵. En France, comme aux Etats-Unis, l'administrateur doit toujours privilégier l'intérêt de la société sur son intérêt personnel. En conséquence, il a été jugé en France que « une opération qui sert l'intérêt personnel du dirigeant au détriment de celui de la société constitue une faute de gestion »¹³⁶. Il a été jugé de même aux Etats-Unis que :

*The use of corporate funds by directors to purchase stock for themselves and for the corporation to obtain control is a breach of fiduciary duty*¹³⁷.

En France et aux Etats-Unis les juges refusent toutefois de s'immiscer dans la gestion de la société¹³⁸ parce qu'ils estiment que les administrateurs sont mieux à même que les tribunaux de prendre les décisions relatives à la politique économique de la société. Des juges américains expliquent en effet que :

*The rule is a rebuttable presumption that directors are better equipped than the courts to make business judgments (...)*¹³⁹

Cette manière d'agir a pour conséquences concrètes de limiter les cas dans lesquels la responsabilité des administrateurs va être engagée. En effet, lorsque les décisions ont été prises de bonne foi et en respectant les procédures législatives ou statutaires, la responsabilité des dirigeants ne pourra pas être engagée. Aux Etats-Unis, cette solution a été formalisée sous le nom de règle du jugement commercial (*Business Judgment Rule*)¹⁴⁰. Il s'agit d'une doctrine fondée sur l'équité (*equitable doctrine*) qui s'applique lorsque la responsabilité d'un administrateur est recherchée en raison d'une violation du devoir de diligence mais qui ne s'applique pas en cas de violation du devoir de loyauté.

Les cours anglaises, dès 1742, ont reconnu que les administrateurs ne devaient pas être tenus responsables des simples erreurs de jugement :

*[Directors] are most properly agents to those who employ them in this trust, and who empower them to direct and superintend the affairs of the corporation. In this respect they may be guilty of acts of commission or omission, of mal-feasance or nonfeasance. Now where acts are executed within their authority, ... though attended with bad consequences, it will be very difficult to determine that these are breaches of trust. For it is by no means just in a judge, after bad consequences have arisen from such executions of their power, to say that they foresaw at the time what must necessarily happen; and therefore, were guilty of a breach of trust*¹⁴¹.

Aujourd'hui, des juges américains justifient notamment cette règle par le fait que ce sont les administrateurs qui possèdent l'expertise en matière économique :

The balance does not tip too far towards equity: The "business judgment" rule is a judicial creation that presumes propriety, under certain circumstances, in a board's decision. Viewed defensively, it does not create authority. In this sense the "business judgment" rule is not relevant in corporate decisionmaking until after a

¹³³ CA Paris, 4 févr. 1994: Bull. Joly 1994. 403, note Pariente.

¹³⁴ Voir infra sur les clauses exonératoires de responsabilité.

¹³⁵ Voir annexe 9

¹³⁶ CA Lyon, 3e chambre A, 14 Novembre 2013, RG n° 12/03968.

¹³⁷ *Bennett v. Propp*, Del., 187 A.2d 405 (Del 1962), and *Yasik v. Wachtel*, 25 Del.Ch. 247, 17 A.2d 309.

¹³⁸ Pour plus de détails voir [annexe 9](#).

¹³⁹ *Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co.*, 26 Ohio St.3d 15, 20, 496 N.E.2d 959, (1986).

¹⁴⁰ Voir annexe 10.

¹⁴¹ *Charitable Corp. v. Sutton* [1742] 26 Eng. Rep. 642 cité par B. S. Sharfman, *The Importance of the Business Judgment Rule*, NYU Journal of Law & Business, Vol.14, 2017, p33.

*decision is made. It is generally used as a defense to an attack on the decision's soundness. The board's managerial decision-making power, however, comes from § 141(a). The judicial creation and legislative grant are related because the "business judgment" rule evolved to give recognition and deference to directors' business expertise when exercising their managerial power under § 141(a)*¹⁴²

Ou parce qu'il est toujours difficile de déterminer les faits après coup :

Courts recognize that after-the-fact litigation is a most imperfect device to evaluate corporate business decisions. The circumstances surrounding a corporate decision are not easily reconstructed in a courtroom years later, since business imperatives often call for quick decisions, inevitably based on less than perfect information.

*The entrepreneur's function is to encounter risks and to confront uncertainty, and a reasoned decision at the time made may seem a wild hunch viewed years later against a background of perfect knowledge*¹⁴³

Par ailleurs, les juges américains estiment que les administrateurs ne pouvant pas assurer que leurs actions engendreront un bénéfice pour la société, ils ne doivent pas être pénalisés pour des erreurs de jugement faites de bonne foi :

*The directors of a business corporation are not insurers that their actions will result in pecuniary profit and they are, in the course of their duties, called upon to undertake certain calculated "business risks"; . . . for errors in judgment, exercised in good faith, the directors of a corporation should not be penalized*¹⁴⁴.

Les juges américains expliquent également que la règle du jugement commercial encourage les personnes compétentes à devenir administrateurs en les prémunissant contre toute responsabilité pour leurs erreurs de jugement :

*It encourages competent individuals to become directors by insulating them from liability for errors in judgment*¹⁴⁵

Ou encore :

*Ultimately, the discretion granted directors and managers allows them to maximize shareholder value in the long term by taking risks without the debilitating fear that they will be held personally liable if the company experiences losses. This doctrine also means, however, that when the company suffers losses, shareholders may not be able to hold the directors personally liable*¹⁴⁶

En conséquence, et ainsi que l'explique des juges américains, un administrateur sera rarement, si ce n'est jamais, sanctionné pour des erreurs de gestion :

*a corporate officer who makes a mistake in judgment as to economic conditions, consumer tastes or production line efficiency will rarely, if ever, be found liable for damages suffered by the corporation*¹⁴⁷

En France il n'existe pas d'équivalent à la règle du jugement commercial du droit américain. Toutefois les juges français, comme les juges américains, ne sanctionnent pas les simples erreurs de gestion et la Cour d'appel de Versailles a notamment jugé que : « les tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité des décisions de gestion. Par conséquent, les fautes éventuelles commises par le président du conseil d'administration doivent s'apprécier en fonction de la régularité du processus qui a conduit à leur adoption, de leur caractère non anormal au moment

¹⁴² Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 782 (Del. 1981).

¹⁴³ Joy v. North, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982).

¹⁴⁴ Selheimer v. Manganese Corp., 423 Pa. 563, 581, 224 A.2d 634, (1966).

¹⁴⁵ Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co., 26 Ohio St.3d 15, 20, 496 N.E.2d 959, (1986).

¹⁴⁶ *In re Citigroup Inc. S'holder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106, 139 (Del.Ch. 2009).

¹⁴⁷ Joy v. North, United States Court of Appeals, Second Circuit, 692 F.2d 880 (1982).

où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute société et du contrôle incombant au conseil d'administration »¹⁴⁸.

Le MBCA, différencie les devoirs des administrateurs et les comportements qui permettront d'engager leur responsabilité. En conséquence, des administrateurs pourront ne pas respecter leurs devoirs sans pour autant être condamnés. Pour cette raison un auteur américain opposait ainsi le devoir de diligence et la règle du jugement commercial¹⁴⁹

The duty of care	The Business Judgment Rule
Perform functions in good faith	Make decision with subjective good faith
Perform functions in a manner that the directors reasonably believe to be in the best interest of the corporation	Make decisions rationally
Perform functions with the care than an ordinarily prudent person reasonably would be expected to exercise in a similar position and under similar circumstances	Inform with respect to business judgment to the extent the director believe appropriate under the circumstances

§2 Les sanctions

En France, comme aux Etats-Unis, si leur responsabilité est retenue, les administrateurs pourront être condamnés à des dommages intérêts. Aux Etats-Unis d'autres sanctions sont également envisageables.

Historique

En France, nous l'avons vu les dispositions relatives à la responsabilité des dirigeants de société anonyme sont restées identiques depuis la création de cette société. Aux Etats-Unis, le MBCA n'explique les règles en matière de sanctions que depuis 1998 et ces dernières n'ont pas été foncièrement modifiées depuis cette date.

Dispositions législatives¹⁵⁰

Alors que le législateur français se contente de formuler les raisons pour lesquelles la responsabilité d'un dirigeant peut être engagée¹⁵¹, le MBCA, quant à lui, détaille les éléments de preuve que le demandeur doit apporter en fonction de la sanction recherchée. En tout état de cause, aux Etats-Unis, avant de retenir la responsabilité d'un administrateur, le juge devra considérer l'action du conseil d'administration dans son ensemble et pas seulement l'action d'un administrateur en particulier. Le commentaire officiel explique en effet que :

¹⁴⁸ CA Versailles, 17 mars 1998: Rev. sociétés 1998. 828, obs. Guyon; RJ com. 1999. 331, obs. Maury.

¹⁴⁹ D. Gordon Smith, « A proposal to eliminat director standard from the Model Business Corporation Act », University of Cincinnati Law Review, vol.4, 1999, p.1208.

¹⁵⁰ Annexe 10.

¹⁵¹ Article L225-251 du code de commerce (voir supra).

Whether a corporation or its shareholders have suffered harm and whether a particular director's conduct was the proximate cause of that harm may be affected by the collective nature of board action. Proper performance of the relevant duty through the action taken by the director's colleagues can overcome the consequences of his or her deficient conduct. For example, where a director's conduct can be challenged under section 8.31(a)(2)(ii)(B) by reason of having been uninformed about the decision or not reading the materials distributed before the meeting, or arriving late at the board meeting just in time for the vote but, nonetheless, voting in favor solely because the others were in favor—the favorable action by a quorum of properly informed directors would ordinarily protect the director against liability, either because there was no harm or the offending director's actions were not the proximate cause of the harm.

En France, même si la responsabilité civile est une responsabilité personnelle, pour les exemples cités par le MBCA, la solution retenue par les juges français serait la même parce que la société n'aura subi aucun préjudice. Le MBCA précise que si le demandeur réclame des dommages-intérêt, il devra prouver, qu'en raison de l'action ou de l'inaction d'un (ou des) administrateur(s), la société a subi un dommage pécuniaire. Le commentaire officiel précise à cet égard que :

Although the concept of "proximate cause" is a term of art that is basic to tort law, for purposes of section 8.31(b)(1), a useful approach for the concept's application would be that the challenged conduct must have been a "substantial factor in producing the harm.

De la même manière en France, afin d'engager la responsabilité d'un administrateur ou d'un dirigeant, le demandeur devra prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. Le MBCA permet également au demandeur de réclamer le remboursement d'une somme ou une injonction alors qu'en France le demandeur ne peut demander que des dommages-intérêts.

Différences entre les différents Etats américains

Les Etats qui ont adoptés les dispositions du MBCA concernant la responsabilité des administrateurs¹⁵² ont en principe repris également celles en matière de preuve et ceux qui ne les avaient pas adoptées n'ont pas reprises les dispositions relatives à la preuve.

Jurisprudence comparée¹⁵³

En France, comme aux Etats-Unis, lorsque la responsabilité des administrateurs a été retenue, ces derniers sont condamnés à réparer le dommage que leur comportement a engendré. Par exemple, des juges américains ont condamné un administrateur qui n'avait pas informé correctement les associés sur la valeur des actions de la société, à leur payer la différence entre la valeur du marché (*fair value*) et la valeur à laquelle les actions avaient été cédées¹⁵⁴.

¹⁵² Voir supra.

¹⁵³ Annexe 11.

¹⁵⁴ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).

Section 2 : Les limites à la responsabilité des administrateurs

En France et aux Etats-Unis, la responsabilité d'un administrateur pourra être recherchée lors d'une action *ut singuli*. Les conditions de cette action dans les deux pays, bien que différentes, ont néanmoins pour conséquence de limiter ces dernières et donc par ricochet de limiter la responsabilité des administrateurs (§1). Aux Etats-Unis, la responsabilité des administrateurs peut également être limitée par les actionnaires puisque ces derniers peuvent insérer dans les statuts des clauses exonératoires (§2).

§1 Les actions *ut singuli*

Historique

En France, les dispositions sur les actions *ut singuli* ont été introduites dès la création de la société anonyme et sont restées relativement stables depuis. La modification principale a été la loi du 15 mai 2001 qui a étendu l'action *ut singuli* au directeur général. Aux Etats-Unis, les dispositions sur l'action *ut singuli* ont été introduites dans le MBCA en 1960, soit 10 ans après sa naissance. Contrairement à la France, elles ont substantiellement évoluées depuis leur introduction dans le MBCA, en particulier en 1981 et 1989. Avant 1960, les juges américains reconnaissaient les actions *ut singuli*, elles étaient alors fondées sur la *common law*. Dès 1881, la Cour Suprême des Etats-Unis expliquait que l'action *ut singuli* protégeait les actionnaires contre les comportements fautifs des administrateurs :

*The exercise of this power in protecting the stockholder against the frauds of the governing body of directors or trustees, and in preventing their exercise, in the name of the corporation, of powers which are outside of their charters or articles of association has been frequent, and is most beneficial and is undisputed*¹⁵⁵.

En 1949, elle estimait que l'action *ut singuli* était un moyen efficace de réguler les dirigeants :

*This remedy (derivative suit), born of stockholder helplessness, was long the chief regulator of corporate management, and has afforded no small incentive to avoid at least grosser forms of betrayal of stockholders' interests. It is argued, and not without reason, that, without it, there would be little practical check on such abuses*¹⁵⁶.

Malgré ces réflexions des juges, et contrairement à la France, aux Etats-Unis l'utilité des actions *ut singuli* est abondamment débattue. En effet, malgré les avantages mentionnés notamment par la Cour Suprême des Etats-Unis, l'utilisation abusive de ces actions par certains avocats a été mise en avant dès les années 1940. Si certains juges reconnaissent, dès cette époque, les abus, ils les pondèrent avec les bénéfices retirés :

Despite the numerous abuses which have developed in connection with such suits they have accomplished much in policing the corporate system especially in protecting corporate ownership as against corporate management. They have educated corporate directors in the principles of fiduciary responsibility and undivided loyalty. They have encouraged faith in the wisdom of full disclosure to stockholders. They have discouraged membership on boards by persons not truly interested in the corporation. To counterbalance these benefits, to some extent they have resulted in the substitution of irresponsible dummy directors for inattentive directors. The measure of effectiveness of the stockholder's derivative suit cannot be taken by a computation of the money recovery in the litigated cases. The

¹⁵⁵ Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881), citant *MacDougall v. Gardiner*, in 1875, 1 Ch.D. 13.

¹⁵⁶ Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp., 337 U.S. 541, 548 (1949).

*minatory effect of such actions has undoubtedly prevented diversion of large amounts from stockholders to managements and outsiders*¹⁵⁷.

En 1944, une enquête sur les effets des actions *ut singuli* avait été commandée par la Chambre de commerce de l'Etat de New York. Cette dernière, conduite par Franklin Wood, conclut que les actions *ut singuli* font principalement la richesse des avocats¹⁵⁸. Cette même année, et suite à cette étude, l'Etat de New York a été le premier à voter une loi sur les « *security for expenses* ». Ces dispositions permettent à la société d'imposer à l'actionnaire qui engage une action *ut singuli* de déposer en garantie le montant estimé des frais de procédure que supportera la société¹⁵⁹. L'étude de Franklin Wood a toutefois été contestée et un auteur estime notamment que :

*While the report unquestionably highlighted costs, problems and abuses related to derivative suits, its effectiveness was diminished by its lack of candor and objectivity. Its purported objective was "to determine the advisability of possible changes in law or procedure which would facilitate the correction of wrong-doing in corporate affairs but reduce groundless and costly litigation of this type." 'o In reality, it ignored "the correction of wrong-doing in corporate affairs" and became, in fact, a brief on "the alleged need for reducing litigation by stockholders."*¹⁶⁰.

Plus récemment, un auteur, en se basant sur des actions *ut singuli* engagées dans l'Etat du Delaware, remet en question le fait que ces dernières ne bénéficient pas ou peu aux sociétés ou aux actionnaires :

*Contrary to earlier studies, we do not find evidence that that these cases are "strike suits" yielding little benefit*¹⁶¹

Il estime de plus que les actions *ut singuli* sont indispensables pour réguler les relations entre les dirigeants et les actionnaires :

*While others have claimed that derivative suits are the evil stepsister among the potential monitors and are thereby better off banished from the kingdom, our data show that in some circumstances derivative suits can be a valuable part of public company shareholder monitoring.*¹⁶².

Plus directement un autre auteur écrit que :

*(...) the derivative action plays the role of "corporate policeman."*¹⁶³.

Toutefois, tous les auteurs ne sont pas en faveur des actions *ut singuli* et certains plaident même pour leur abolition :

*very little of any value would be lost by outright abolition of the legal duty of care [of corporate managers] and its accompanying threat of a [derivative] lawsuit*¹⁶⁴.

D'autres, sans demander leur abolition, mettent en avant leur inutilité pour la société :

*Even if the defendant's fault is conceded, the recoverable amount after deduction of the attorney's fees of the plaintiff may be insufficient to cover the costs of the suit; if the complaint is less well-founded, the cost-benefit ratio is even higher*¹⁶⁵.

¹⁵⁷ *Brendle v. Smith*, 46 F. Supp. 522, 526 (S.D.N.Y. 1942).

¹⁵⁸ F. Wood, *Survey And Report Regarding Stockholders' Derivative Suits* 1-3 (1944).

¹⁵⁹ Cette obligation s'applique toujours aujourd'hui dans l'Etat de New York, voir infra.

¹⁶⁰ D. J. Dykstra, *The Revival Of The Derivative Suit*, *University Of Pennsylvania Law Review*, vol.116, 1967, p.76.

¹⁶¹ R. B. Thompson, *The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57 (2004) p.1749.

¹⁶² R. B. Thompson, *The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57 (2004) p.1786.

¹⁶³ D. J. Dykstra, *The Revival Of The Derivative Suit*, *University Of Pennsylvania Law Review*, vol.116, 1967, p.78.

¹⁶⁴ Scott, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 *Stanford Law Review*. 927, 937 (1983) cité par B. G. Garth, Ilene, H. Nagel, et S. J. Plager « *Empirical Research And The Shareholder Derivative Suit: Toward A Better-Informed Debate* », *Law And Contemporary Problems*, Vol 48, n°3, p137.

¹⁶⁵ J. D. Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, *Duke Law Journal*, 1982, p.960.

En 2004 un auteur résume le débat ainsi :

*Once described as "the most important procedure the law has yet developed to police the internal affairs of corporations," derivative suits are today regularly portrayed as nuisance suits whose "principal beneficiaries ... are attorneys."*¹⁶⁶

Les dispositions du MBCA et leurs évolutions reflètent les débats doctrinaux. Le MBCA n'a pas aboli les actions *ut singuli* mais il a voulu les réguler. Ainsi que l'explique un auteur, au fil du temps les conditions des actions *ut singuli* ont été durcies :

*derivative suits have been increasingly limited by a variety of procedural and substantive restrictions imposed to prevent perceived abuses generated by such suits.*¹⁶⁷.

Le MBCA a notamment accordé un large pouvoir aux administrateurs pour les autoriser ou les interdire. Le rôle primordial des administrateurs avaient toutefois été mis en avant dès 1881 par la Cour Suprême des Etats-Unis :

*(...) there may be a great many wrongs committed in a company -- there may be claims against directors, there may be claims against officers, there may be claims against debtors, there may be a variety of things which a company may well be entitled to complain of but which, as a matter of good sense, they do not think it right to make the subject of litigation, and it is the company as a company which has to determine whether it will make anything that is a wrong to the company a subject matter of litigation or whether it will take steps to prevent the wrong from being done*¹⁶⁸.

De manière générale, et ainsi que l'explique un auteur, les diverses conditions mises en place ont pour objectif d'éviter les actions abusives :

*The hurdles referred to are neither simple nor insignificant. They carry such names as "security for expenses," "contemporaneous ownership" and "demands on directors and shareholders." They are, for the most part, the by-products of the "strike suit" and represent reactions to abuse of the judicial process by stockholders whose motive in bringing suit is personal gain rather than corporate benefit*¹⁶⁹.

En 1960, lors de l'introduction des dispositions relatives aux actions *ut singuli* dans le MBCA, l'objectif de l'article 49 était de limiter les actions abusives. Le commentaire indiquait en effet que :

*The derivative action is a device to protect shareholders against abuses on the part of management. Although necessary for that purpose, a derivative action may be disruptive because of the charges usually made against the directors and officers; and if unsuccessful, it is expensive to the corporation because the corporation must not only pay its own counsel but usually must reimburse the defendant directors and officers for their expenses. Thus all shareholders may suffer a diminution in the value of their shares as a result of action taken by one of them who may have only a small interest. Just as directors sometimes fail to act with the best motives, so self-interest sometimes motivates shareholders to act against the best interests of fellow shareholders*¹⁷⁰.

En 1981, le comité de révision explique qu'il y a une demande croissante de la population pour que les administrateurs soient tenus responsables de leurs actes :

¹⁶⁶ R. B. Thompson, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, Vanderbilt Law Review, Vol. 57 (2004) p.1748.

¹⁶⁷ R. B. Thompson, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, Vanderbilt Law Review, Vol. 57 (2004) p.1758.

168 Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881), cCitant *MacDougall v. Gardiner*, in 1875, 1 Ch.D. 13

¹⁶⁹ D. J. Dykstra, The Revival Of The Derivative Suit, University Of Pennsylvania Law Review, vol.116, 1967, p.75.

¹⁷⁰ M. A. Eisenberg, The Model Business Corporation Act and the "Model Business Corporation Act Annotated", The Business Lawyer, Vol. 29, No. 4, juillet 1974, p. 1420.

*The Committee's review of Section 49 was made against the background of major developments in corporate governance, particularly the growing public demand for greater corporate accountability, and the corporate response in the form of greater independence and sense of responsibility of Boards of Directors*¹⁷¹.

Le comité autorise alors les actionnaires véritables à engager des actions *ut singuli*.

The Committee believes substance, not form, should control. Street name ownership is increasingly common, and should not be penalized.

*The Committee determined that section 49 should be revised to recognize beneficial ownership of shares held by a nominee as well as legal ownership at the time of the transaction as establishing standing*¹⁷².

Toutefois, la volonté réelle du comité de révision est toujours de limiter les actions *ut singuli*. Pour ce faire, le MBCA impose désormais à l'actionnaire qui engage une telle action, d'expliquer en détail dans sa requête les mesures qu'il a prises pour que la société agisse directement et les raisons pour lesquelles cette dernière n'a pas agi ou les raisons justifiant qu'il n'a pris aucune mesure pour que la société agisse directement¹⁷³. Ainsi que le comité de révision du MBCA l'explique, il s'est fondé sur les règles applicables au niveau fédéral :

*The language proposed is adapted from the Federal Rules of Civil Procedure 23.1*¹⁷⁴

En effet, l'obligation d'informer le conseil d'administration est ancienne au niveau fédéral :

*(...) the requirement relating to demands on directors and shareholders. This requirement dates back to the formative years in the by history of shareholder suits and was first voiced by the Supreme Court 47 in 1881 in the case of Hawes v. Oakland*¹⁷⁵.

Dans cet arrêt, la Cour Suprême des Etats-Unis explique qu'un actionnaire ne peut engager une action *ut singuli* que s'il a épuisé tous les recours afin que la société engage l'action elle-même :

*a derivative plaintiff must "show to the satisfaction of the court that he has exhausted all the means within his reach to obtain, within the corporation itself, the redress of his grievances, ... and this [effort] must be made apparent to the court,"*¹⁷⁶

En 1981, le comité de révision a agi en faveur des actionnaires puisqu'il a supprimé les dispositions permettant à la société de demander à l'actionnaire qui souhaitait engager une action *ut singuli*, alors qu'il détenait moins de 5% des actions ou dont les actions avaient une valeur inférieure à 25.000 dollars, de déposer en garantie le montant estimé des frais de procédure que la société devrait engagée. Selon le comité de révision :

Those questioning the requirement of security for expenses argue that the requirement was « arbitrary and irrational in its application. » They regard the disarming of the small investor as « contrary to the national interest in dispersion of stock ownership and popular participation in capitalism. » They contend that this unfairness to the small stockholder will become more pronounced as ESOP's

¹⁷¹ Proposed Revision of the Model Business Corporation Act- Affecting Actions by Shareholders, The Business Lawyer, Vol.37, p.261 (1981).

¹⁷² Proposed Revision of the Model Business Corporation Act- Affecting Actions by Shareholders, The Business Lawyer, Vol.37, p.262 (1981).

¹⁷³ Section 49 du MBCA de 1981 : (3) the complaint alleges with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action he desires from the directors and the reasons for his failure to obtain the action or for not making the effort.

¹⁷⁴ Proposed Revision of the Model Business Corporation Act- Affecting Actions by Shareholders, The Business Lawyer, Vol.37, p.264 (1981).

¹⁷⁵ D. J. Dykstra, The Revival Of The Derivative Suit, University Of Pennsylvania Law Review, vol.116, 1967, p.97.

¹⁷⁶ Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450 (1881).

*and other shareholding plans grow (...) In view of these facts, the Committee determined that the bonding requirement of Section 49 should be deleted*¹⁷⁷.

Le comité de révision a également prescrit que l'abandon d'une procédure engagée ne puisse se faire qu'avec l'accord des juges¹⁷⁸. En plus des modifications sur le fond, la révision de 1981 a également changé la numérotation du MBCA. L'article 49 étant devenu les articles 7.40 et suivants du MBCA.

En 1989, les articles 7.40 et suivants du MBCA ont été modifiés pour prendre leur forme actuelle. Lors de cette révision, le comité de révision impose que l'actionnaire qui engage l'action *ut singuli* représente de manière adéquate et loyalement les intérêts de la société (§7.41). Le comité de révision explique que cette règle découle du droit fédéral :

*Section 7.41(2) follows the requirement of Federal Rule of Civil Procedure 23.1 (...)*¹⁷⁹

Le comité de révision impose également à l'actionnaire de toujours demander à la société d'agir directement avant de pouvoir engager une action *ut singuli* et il explicite les conséquences d'un rejet de la demande par la société :

*The prior version of the Model Act did not expressly provide for what happens when a board of directors properly rejects a demand to bring an action. Judicial decisions indicate that a derivative action should be dismissed in these circumstances,⁹ and several state corporation laws have recently been amended to so provide.¹⁰ Section 7.44(a) specifically provides that the proceeding shall be dismissed if there is a proper determination that the maintenance of the proceeding is not in the best interests of the corporation*¹⁸⁰

Enfin, le comité de révision clarifie les règles concernant les actions *ut singuli* engagées dans un Etat dans lequel la société n'est pas enregistrée (*foreign corporations*).

Il est possible de noter que l'insertion des dispositions relatives aux actions *ut singuli* dans le MBCA et leur modification en 1981 et 1989 n'a pas mis fin aux débats relatifs à l'intérêt de ces actions puisqu'en 1994 un auteur écrivait :

*One of the most compelling debates in modern corporate law concerns the extent to which shareholder derivative suits should be allowed to police behavior of managers and directors*¹⁸¹.

Les rédacteurs du MBCA sont conscients des controverses puisque le commentaire officiel du MBCA de 2009 indiquait que :

A great deal of controversy has surrounded the derivative suit, and widely different perceptions as to the value and efficacy of this litigation continue to exist. On the one hand, the derivative suit has historically been the principal method of challenging allegedly illegal action by management. On the other hand, it has long been recognized that the derivative suit may be instituted more with a view to obtaining a settlement resulting in fees to the plaintiff's attorney than to righting a wrong to the corporation (the so-called "strike suit").

¹⁷⁷ Proposed Revision of the Model Business Corporation Act- Affecting Actions by Shareholders, The Business Lawyer, Vol.37, p.265 (1981).

¹⁷⁸ Section 49 du MBCA de 1981 : « An action authorized by this section shall not be discontinued, compromised or settled without approval by the court having jurisdiction of the action (...) ».

¹⁷⁹ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, The Business Lawyer, Vol. 44, 1989), p.546.

¹⁸⁰ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, The Business Lawyer, Vol. 44, 1989), p.550.

¹⁸¹ T. P. Kinney, Stockholder Derivative Suits: Demand and Futility Where the Board Fails to Stop Wrongdoers, Marquette Law Review, Vo. 78, p.173 (1994)

En pratique, aux Etats-Unis, les actions *ut singuli* ont perdu un peu de leur intérêt face aux *class actions*.

Dispositions législatives¹⁸²

Les dirigeants étant peu enclin à engager leur propre responsabilité, le législateur français et les législateurs ou les juges américains ont autorisé les actionnaires à agir au nom de la société. Il existe toutefois, dans les deux pays, des différences notables quant aux modalités ou au domaine d'application des actions *ut singuli*. Alors qu'en France l'article L225-252 du code de commerce pose simplement le principe de l'action *ut singuli*, le MBCA rentre dans les détails de cette action et sept articles lui sont consacrés. L'objectif du MBCA est de limiter les actions abusives, celles que les américains dénomment les « *strike suits* », c'est-à-dire celles engagées dans le seul but d'obtenir de la société une somme d'argent :

A « strike suit » is an action brought by a security holder, not in good faith but, through the exploitation of its nuisance value, to force the payment of a sum disproportionate to the normal value of his interest as the price of discontinuance¹⁸³.

En France, les actions *ut singuli* sont rares parce que l'actionnaire ne souhaite pas avancer et peut-être *in fine* supporter les frais de procédure alors que les éventuels dommages-intérêts obtenus seront versés à la société. Le législateur n'a donc pas ressenti le besoin de poser des conditions avant qu'un actionnaire puisse engager une telle action. Aux Etats-Unis des règles similaires s'appliquent concernant les frais de procédure mais le comportement des actionnaires est différent.

Définitions de l'action *ut singuli*

L'article 7.40 du MBCA, contrairement au code de commerce français, définit l'action *ut singuli*. Il définit également la notion d'actionnaire pouvant agir. En France et aux Etats-Unis, l'action *ut singuli* peut être définie comme une action qui est engagée au nom d'une société par un actionnaire qui n'est pas le représentant légal de cette dernière. En France, cette action est circonscrite à la recherche de la responsabilité des dirigeants¹⁸⁴ alors qu'aux Etats-Unis elle peut concerner tout type d'action civile même si en pratique la plupart des actions *ut singuli* recherchent la responsabilité des dirigeants¹⁸⁵. Une autre différence provient du fait qu'en France les demandeurs ne peuvent réclamer que des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice subi par la société alors qu'aux Etats-Unis le demandeur peut également réclamer une injonction ou l'annulation d'un acte. Des juges américains expliquent que :

It (derivative suit) is designed to facilitate holding wrongdoing directors and majority shareholders to account and also to enforce corporate claims against third persons¹⁸⁶.

Dans les deux pays, toutefois, l'action étant engagée au nom et pour le compte de la société, les dommages-intérêts éventuellement obtenus seront en principe alloués à la société. Les actionnaires ayant engagé l'action ne profitant qu'indirectement de cette dernière. Cependant, en France, comme aux Etats-Unis, le demandeur pourra, sous certaines conditions, obtenir le remboursement des frais de procédure qu'il a engagés. Le MBCA précise que l'action *ut singuli* peut être menée par les actionnaires inscrits mais également par les actionnaires non-inscrits et

¹⁸² Annexe 12.

¹⁸³ Extortionate Corporate Litigation: The Strike Suit, Columbia Law Review, Vol. 34, n°7 (1934), p.1308.

¹⁸⁴ Com. 19 mars 2013, pourvoi n°12.14213, note M. Rousille, JCP ed Ent, 2013, 1397.

¹⁸⁵ Voir notamment, R. B. Thompson, The Public and Private Faces of Derivative Lawsuits, Vanderbilt Law Review, Vol. 57 (2004) p.1748 ou F. Wood, Survey And Report Regarding Stockholders' Derivative Suits 1-3 (1944).

¹⁸⁶ Barrett v. Southern Connecticut Gas Co., 172 Conn. 362, 370, 374 A.2d 1051 (1977).

les propriétaires non véritables. En France, le législateur est muet sur cette question mais la jurisprudence tend à considérer que seuls les actionnaires peuvent agir¹⁸⁷. Le MBCA explique ainsi que l'action est ouverte largement aux actionnaires parce que ces derniers ont un intérêt économique dans la société :

The inclusion of beneficial shareholder and unrestricted voting trust beneficial owner recognizes that these persons have or hold on behalf of others an economic interest in the shares (commentaire officiel MBCA 2016).

Une autre différence entre la France et les Etats-Unis est que dans ce dernier pays, bien que l'action soit engagée au nom de la société, l'actionnaire est la partie au procès :

*A shareholder's derivative suit is an equitable action by the corporation as the real party in interest with a stockholder as a nominal plaintiff representing the corporation*¹⁸⁸

alors qu'en France, la société est partie au procès¹⁸⁹.

Conditions requises pour engager l'action

L'article 7.41 du MBCA précise les conditions requises afin qu'un actionnaire puisse agir au nom de la société. Selon cet article, le demandeur doit être actionnaire tout au long de l'action et devant l'être lorsque la société a subi le préjudice ou alors il doit avoir acquis ses actions d'un actionnaire qu'il l'était lorsque la société a subi le préjudice. Bien que cette condition n'apparaisse pas dans le code civil, ni dans le code de commerce, les juges français l'imposent également¹⁹⁰. Le MBCA exige également que l'actionnaire représente convenablement (*fairly and adequately*) les intérêts de la société. Cette condition n'est en revanche pas requise par le législateur ou les juges français. Le commentaire du MBCA précise que si l'une des deux conditions disparaît au cours de l'instance, il doit y avoir un désistement d'action :

The introductory language of section 7.41 refers both to the commencement and maintenance of the proceeding to make it clear that the proceeding should be dismissed if, after commencement, the plaintiff ceases to be a shareholder or a fair and adequate representative.

Toutefois, si un actionnaire n'est plus en mesure de représenter la société, les juges américains autorisent en principe qu'un autre actionnaire, qui lui remplit les deux conditions, reprenne l'instance¹⁹¹. En France, lorsque l'action est engagée en commun par des actionnaires le fait qu'un ou plusieurs d'entre eux se désistent n'éteint pas l'instance¹⁹².

La nécessité pour l'actionnaire qui engage l'action de représenter convenablement les intérêts de la société est une reprise du droit fédéral. En effet, la règle 23.1 dispose que :

The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of shareholders or members who are similarly situated in enforcing the right of the corporation or association.

Le MBCA impose que l'actionnaire représente convenablement les intérêts de la société alors que le droit fédéral impose que ce dernier représente convenablement les intérêts des autres actionnaires. Lors de l'adoption de cette disposition, le comité de révision du MBCA expliquait que cette différence avec le droit fédéral par le fait que l'objectif de l'action *ut singuli* était de réparer un préjudice subi par la société et non par les actionnaires individuellement :

¹⁸⁷ Voir jurisprudence infra.

¹⁸⁸ Allen v. Curtis, 26 Conn. 456 (1857).

¹⁸⁹ Article R225-170 du code de commerce.

¹⁹⁰ Com. 26 janvier 1970, pourvoi n°67-14787.

¹⁹¹ Commentaire MBCA (2016) : « If a plaintiff no longer has standing, courts have in a number of instances provided an opportunity for one or more other shareholders to intervene ».

¹⁹² Article R225-169 du code de commerce.

Section 7.41(2) follows the requirement of Federal Rule of Civil Procedure 23.1 with the exception that the plaintiff must fairly and adequately represent the interests of the corporation rather than shareholders similarly situated provided in the rule. The clarity of the rule's language in this regard has questioned by the courts.⁴ Furthermore, the drafters believe that the reference the corporation in section 7.41(2) more properly reflects the nature derivative suit.¹⁹³

Le MBCA, pas plus que le droit fédéral, ne précise les raisons pour lesquelles un actionnaire ne représenterait pas convenablement les intérêts de la société. Il en sera évidemment ainsi lorsque ce dernier utilise l'action *ut singuli* pour défendre un intérêt personnel¹⁹⁴. Plus précisément les juges répondent en général à une série de huit questions afin de savoir si l'actionnaire représente convenablement les intérêts de la société :

(1) whether the named plaintiff is the real party in interest; (2) the plaintiff's familiarity with the litigation and willingness to learn about the suit; (3) the degree of control exercised by attorneys over the litigation; (4) the degree of support given to the plaintiff by the other shareholders; (5) the plaintiff's personal commitment to the action; (6) the remedies sought by the plaintiff; (7) the relative magnitude of the plaintiff's personal interests as compared to the plaintiff's interest in the derivative action itself; and (8) the plaintiff's vindictiveness toward the other shareholders¹⁹⁵.

Le cas particulier des fusions

Le MBCA imposant que le demandeur soit actionnaire de la société victime tout au long de l'action, cela implique indirectement qu'en cas de fusion, les juges doivent prononcer le désistement de l'action puisque l'actionnaire ne détient alors plus d'actions de la société victime étant donné que cette dernière n'existe plus. Les juges estiment toutefois en principe que cette règle ne s'applique pas lorsque la fusion n'est en réalité qu'une simple réorganisation ou lorsque la fusion est illégale. Par exemple, concernant la première exception, les juges de l'Etat du Delaware¹⁹⁶, après avoir rappelé la règle :

(..) it is clear that a merger which eliminates a complaining stockholder's ownership of stock in a corporation also ordinarily eliminates his status to bring or maintain a derivative suit on behalf of the corporation, whether the merger takes place before or after the suit is brought, on the theory that upon the merger the derivative rights pass to the surviving corporation which then has the sole right or standing to prosecute the action¹⁹⁷.

considèrent qu'il existe des exceptions fondées sur l'équité :

Thus, it is clear that the provisions of 8 Del. C. § 327 are not inflexible standards and this Court, as a Court of Equity, must examine carefully the particular circumstances of each case¹⁹⁸.

Les juges estiment alors qu'en l'espèce la fusion n'est qu'une réorganisation qui permet à l'actionnaire de la société absorbée de continuer l'action :

¹⁹³ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Derivative Proceedings, The Business Lawyer, Vol. 44, 1989), p.546.

¹⁹⁴ Voir infra.

¹⁹⁵ Beckworth ex rel. Disc. Trophy & Co. v. Bizier 48 F. Supp. 3d 186, (D. Conn. 2014), voir également Larson v. Dumke, 900 F.2d 1363, 1367 (9th Cir.), Rothenberg v. Security Management Co., 667 F.2d 958, 961 (11th Cir. 1982), Davis v. Comed, Inc., 619 F.2d 588, 593-94 (6th Cir. 1980); Newell Co. v. Vermont American Corp., 725 F. Sup. 351, 368-69 (N.D. Ill. 1989); In re Dayco Corp. Derivative Securities Litigation, 102 F.R.D. 624, 632 (S.D. Ohio 1984)

¹⁹⁶ Etat dans lequel le MBCA n'est pas appliqué.

¹⁹⁷ Schreiber v. Carney, 447 A.2d 17, 21 (Del. Ch. 1982).

¹⁹⁸ Schreiber v. Carney, 447 A.2d 17, 21 (Del. Ch. 1982).

Because the merger had no meaningful effect on the plaintiff's ownership of the business enterprise, he should have standing to maintain a derivative suit to correct an alleged breach of fiduciary duty. This is evident when the structure of the two corporations is examined because they are virtually identical. In essence, plaintiff still possesses an equitable right to sue derivatively for the benefit of Texas International's interests as they exist after the reorganization¹⁹⁹.

Concernant l'exception relative à la fraude, les juges de l'Etat de New York ont par exemple estimé que :

Turning to the merits, we have no doubt that the better result is to grant plaintiffs standing, where, as here, all of the following three elements are present: (1) plaintiffs' disposition of the stock was involuntary; (2) the disposition was related to the allegedly illegal acts of defendants; and (3) the remedy sought would result in plaintiffs regaining shareholder status²⁰⁰.

Ils justifient leur solution en se fondant sur la jurisprudence antérieure et sur le bon sens :

As to common sense, it is obvious that to deny plaintiff-shareholders standing in cases such as this would insulate defendants from liability whenever defendants can consummate a short-form merger without plaintiffs' knowledge and without any opportunity for plaintiffs to obtain an injunction against it²⁰¹.

L'information préalable de la société

Le MBCA oblige l'actionnaire à informer par écrit la société des griefs qu'il a à l'encontre d'un ou des administrateurs et d'attendre 90 jours avant de saisir le juge. Ce délai peut toutefois être abrégé si la société s'est opposée à l'action avant la fin du délai ou si un délai de 90 jours entraînerait un dommage irréparable pour la société, comme par exemple une prescription. A l'inverse, et conformément aux dispositions de l'article 7.43 du MBCA, les juges pourront allonger ce délai si la société a ouvert une enquête suite à la demande de l'actionnaire²⁰². Concernant l'information préalable, le commentaire officiel du MBCA explique que celle-ci permet d'informer la société qu'un actionnaire est mécontent de l'action d'un ou de plusieurs administrateurs et permet éventuellement d'éviter les coûts d'une action *ut singuli* si la société décide d'agir elle-même :

First, even though no director may be "qualified" (...), the demand will give the corporation the opportunity to re-examine the act complained of in the light of a potential lawsuit and take corrective action. Second, the provision eliminates the time and expense of litigating whether demand is required.

Ces raisons sont reprises par certains juges :

(t)he very purpose of the "demand" rule is to give the derivative corporation itself the opportunity to take over a suit which was brought on its behalf in the first place, and thus to allow the directors the chance to occupy their normal status as conductors of the corporation's affairs²⁰³.

¹⁹⁹ Schreiber v. Carney, 447 A.2d 17, 21 (Del. Ch. 1982).

²⁰⁰ Arnett v. Gerber Scientific, Inc., 566 F. Supp. 1270 (S.D.N.Y. 1983).

²⁰¹ Arnett v. Gerber Scientific, Inc., 566 F. Supp. 1270 (S.D.N.Y. 1983).

²⁰² Commentaire officiel du MBCA : « If additional time is needed, the corporation may request counsel for the shareholder to delay filing suit until the inquiry has been completed or, if suit is commenced, the corporation can apply to the court for a stay ».

²⁰³ Elfenbein v. Gulf & Western Industries Inc, 590 F. 2d 445.

D'autres juges estiment que la demande préalable est nécessaire à une bonne économie judiciaire :

A corollary foundation for the requirement is that it serves the interests of judicial economy since a demand may often result in corrective action short of suit and, thereby, not only relieve the courts from entanglement in the management of internal corporate affairs, but also protect them from vain rulings on challenged acts which are later ratified by the board²⁰⁴.

Cependant, la majorité des juges expliquent cette règle²⁰⁵ par le fait que le conseil d'administration est souverain pour gérer la société :

Demand is required in order to assure compliance with the most fundamental principle of corporate governance directors are answerable to the shareholders and are charged with the duty and responsibility to manage all aspects of corporate affairs²⁰⁶.

En conséquence, ce sont les dirigeants et non les actionnaires qui doivent agir au nom de la société :

The directors of a corporation and not its shareholders manage the business and affairs of the corporation, (...), and accordingly, the directors are responsible for deciding whether to engage in derivative litigation²⁰⁷.

Le commentaire officiel du MBCA précise que la demande n'a pas besoin d'être détaillée :

Detailed pleading is not required given that the corporation can contact the shareholder for clarification if there are any questions (...).

et que la société n'a pas d'obligation d'y répondre :

There is no obligation on the part of the corporation to respond to the demand.

Dans la majorité des cas, la demande devra être envoyée au conseil d'administration. Cependant il peut arriver que la personne à saisir soit le CEO ou le secrétaire général de la société :

To ensure that the demand reaches the appropriate person for review, it should be addressed to the board of directors, chief executive officer, or secretary at the corporation's principal office. In most cases the board of directors will be the appropriate body to review the demand but there may be instances, such as a decision to sue a third party for an injury to the corporation, in which the taking of, or refusal to take, action would fall within the authority of an officer of the corporation.

L'actionnaire qui informe la société d'un souhait d'engager une action *ut singuli* n'a pas besoin d'être l'actionnaire qui engagera effectivement l'action²⁰⁸.

L'intérêt de l'information préalable de la société est révélé par l'article 7.44 du MBCA. En effet, ce dernier autorise le conseil d'administration ou seulement certains administrateurs ou un comité choisi par le juge à refuser qu'une action soit engagée au nom de la société. En France, au contraire, l'article L225-253 du code de commerce prohibe les clauses qui pourraient limiter la possibilité pour un actionnaire d'engager une action *ut singuli*. Le MBCA, aux Etats-Unis, précise que si la décision est prise par les organes de la société, elle doit être prise par un

²⁰⁴ Barr v. Wackman, 36 N.Y.2d 371, 378 (N.Y. 1975).

²⁰⁵ Même si dans certains Etats un actionnaire peut en être exempté dans certaines circonstances. Voir infra.

²⁰⁶ Allison on Behalf of GMC v. General Motors Corp., 604 F. Supp. 1106 (D. Del. 1985).

²⁰⁷ Levine v. Smith, 591 A.2d 194 (1991).

²⁰⁸ Commentaire MBCA (2016) : « The shareholder bringing suit does not necessarily have to be the person making the demand. Only one demand need be made in order for the corporation to consider whether to take corrective action ».

vote à la majorité des administrateurs désintéressés présents dans le conseil d'administration ou par un vote à la majorité d'un comité créé pour l'occasion et constitué d'administrateurs désintéressés élus par les administrateurs eux-mêmes désintéressés présents au conseil d'administration. Le MBCA explique également que la décision doit être prise après la réalisation d'une enquête, enquête qui doit être raisonnable et menée de bonne foi. Le MBCA indique enfin que la décision finale doit être prise de bonne foi en se fondant sur l'enquête qui a été réalisée. Concernant, la bonne foi, le commentaire du MBCA explique que cette notion est subjective et qu'elle est synonyme d'honnêteté :

The "good faith" standard, (...), is a subjective one, meaning "honestly or in an honest manner."

Concernant l'enquête, les juges estiment que l'étendue de celle-ci dépend de la nature de l'accusation :

What constitutes a reasonable inquiry is judged from the magnitude of the issue raised (...) To be reasonable, the inquiry must be commensurate in scope with the nature of the issues raised by the complainant²⁰⁹.

et que les juges doivent s'intéresser plus à la procédure mise en place qu'au résultat de l'enquête proprement dite:

Rather than focusing on one element of the committee's investigation, the proper inquiry is into the adequacy of the committee's procedures and methodologies as a whole²¹⁰

Afin de vérifier si l'enquête a été raisonnable, les juges étudieront notamment les documents consultés et les personnes interrogées :

The report included an exhaustive review of over 20,000 documents, evaluation of financial transactions, and interviewing of 20 witnesses. The court is satisfied that the investigation was thorough and identified the proper areas of the dispute²¹¹.

Ils regarderont également si un conseil indépendant a été nommé :

Another indicia of good faith and reasonableness of the investigation is the use of capable counsel²¹².

Conformément aux dispositions de l'article 7.44 (c), si la société refuse d'engager l'action, l'actionnaire qui souhaite passer outre ce refus devra prouver que l'organe qui a pris la décision n'était pas désintéressé²¹³. Selon les dispositions de l'article 1.43 du MBCA, un administrateur est désintéressé s'il n'a aucun intérêt personnel dans l'affaire en cause ou aucune relation personnelle avec une personne ayant un intérêt personnel dans l'affaire en cause.

§1.43 : A "qualified director" is a director who, at the time action is to be taken under:

Section 7.44, does not have (i) a material interest in the outcome of the proceeding, or (ii) a material relationship with a person who has such an interest;

²⁰⁹ Madvig v. Gaither, 461 F. Supp. 2d 398 (W.D.N.C. 2006).

²¹⁰ Drilling v. Berman, 589 N.W.2d 503 (Minn. Ct. App. 1999)

²¹¹ Grafman v. Century Broadcasting Corp., 762 F. Supp. 215 (N.D. Ill. 1991).

²¹² Grafman v. Century Broadcasting Corp., 762 F. Supp. 215 (N.D. Ill. 1991).

²¹³ Changes in the Model Business Corporation Act—Proposed Amendments Relating to Chapters 1,7, and 8, The Business Lawyer, Vol. 60, No. 1, novembre 2004, p.342 : « *The Committee proposes to confine the term "independent director" to describing a director's general status, as proposed in section 8.0 l(c), and to adopt a different and uniform term - "qualified director" - to identify directors who are eligible to act in the specific situations addressed in sections 7.44, 8.53, 8.55, 8.62, and 8.7* »..

Les juges, qui utilisent peu la terminologie d'administrateurs désintéressés mais celles d'administrateurs indépendants, ont considéré que des administrateurs n'étaient pas indépendants en cas de conflits d'intérêt :

*they stand in a dual relation which prevents an unprejudiced exercise of judgment*²¹⁴

ou :

*The special litigation committee's report, therefore, by itself, demonstrates several significant business relationships between Galvin and the defendants to this derivative suit (...) We find therefore that the corporation has not met its burden of demonstrating the good faith and disinterestedness of Galvin's "committee."*²¹⁵.

Un administrateur ne sera pas indépendant également lorsque sa responsabilité personnelle est légitimement recherchée par l'actionnaire qui saisit la société :

*As the district court noted, however, an exception applies where the board's decision to bar the derivative action is made in bad faith or where the directors, themselves, are subject to personal liability in the action and cannot be expected to determine impartially whether it is warranted*²¹⁶.

En revanche, le seul fait d'être cité dans la requête ne fait pas perdre son indépendance à un administrateur si aucune preuve n'est apportée de sa culpabilité :

*The court found no evidence of fraud or conflict of interest on the part of the nine TRW directors, and rejected plaintiff's contention that a director is interested in a claim merely by virtue of having been made a defendant to the action*²¹⁷.

Il convient de noter que le droit de la bourse de New York impose aux sociétés cotées d'avoir un conseil d'administration composé d'une majorité d'administrateurs indépendants²¹⁸. Il sera donc relativement difficile à un actionnaire voulant intenter une action *ut singuli* de démontrer que le conseil d'administration n'était pas indépendant. Si l'actionnaire ne peut pas prouver que les administrateurs qui ont pris la décision n'étaient pas désintéressés, il devra alors démontrer que l'organe qui a pris la décision n'a pas agi de bonne foi :

*Initially, we note that inquiry into the independence and good faith of committee actions is necessary to protect against the structural bias that exists in the delegation of power by director-defendants to a special litigation committee*²¹⁹.

Si l'organe qui a pris la décision était indépendant et que cette dernière a été prise de bonne foi, le commentaire du MBCA indique que les juges ne sont pas autorisés à vérifier la justesse ou l'opportunité de la décision prise²²⁰.

²¹⁴ United Copper Securities Co. v. Amalgamated Copper Co., 244 U.S. 261 (1917).

²¹⁵ Hasan v. Clevetrust Realty Investors, 729 F. 2d 372 (1984).

²¹⁶ Abbey v. Control Data Corporation, 603 F. 2d 724.

²¹⁷ Galef v. Alexander 615 F.2d 51, 56 (2d Cir. 1980)

²¹⁸ Article 303A.00 du New York Stock Exchange Listed Company Manual : (...) A company listing in conjunction with its initial public offering is required to comply as follows: The company must satisfy the majority independent board requirement of Section 303A.01, if applicable, within one year of the listing date (...).

²¹⁹ Curtis v. Nevens, 1, P.3d, 146 (Colo. Sup. Ct. 2001).

²²⁰ Commentaire MBCA (2016) : « section 7.44(a) does not authorize the court to review the reasonableness of the determination to reject a demand or seek a dismissal ».

La suspension de l'action

L'article 7.43 du MBCA autorise le juge à suspendre l'action *ut singuli* si, suite à l'information reçue de l'actionnaire, la société a commencé une enquête.

Dans l'Etat du Delaware les juges ont la même possibilité :

*the general rule under Delaware law is that a stay must be granted when a special litigation committee is formed to consider whether derivative actions should be prosecuted*²²¹.

La suspension sera toutefois refusée si le juge a des doutes sur l'indépendance des administrateurs composant le comité en charge de l'enquête :

Given the record here, this court would have the same reason to doubt the SLC's independence regarding the issue of forum selection as it would about whether the cases should proceed at all.

*For these reasons, I deny the SLC's motion to stay in deference to its investigation*²²².

La même règle est appliquée dans l'Etat du Minnesota :

*Plaintiff's request for a stay of proceedings on defendants' counterclaims pending a determination of a special litigation committee formed pursuant to Minn. Stat. § 302 A. 241 (1988) is denied. Two of the three committee members are named counterclaim defendants. The third committee member was appointed to IBC's board as Charles Wood's designee pursuant to terms of the challenged Wood transaction. The special litigation committee accordingly is not sufficiently independent and disinterested in the remaining claims to warrant the granting of the requested stay*²²³.

Ou encore dans l'Etat de l'Illinois :

*Nevertheless, the corporation's power to investigate derivative claims does not translate into an absolute right to halt all related proceedings. It is the duty of the courts to insure that the corporation's investigation is not a mere artifice for delay*²²⁴

La charge des frais de procédure

En France, comme aux Etats-Unis, le demandeur doit avancer les frais liés à la procédure. Dans les deux pays également, la question de savoir si ce dernier les supportera *in fine* dépend du mérite de son action. En France, l'article 700 du code de procédure civile autorise les juges à faire supporter les coûts de la procédure, y compris les honoraires des avocats, à la partie qui perd son procès. Le MBCA, quant à lui, précise que si l'action *ut singuli*, a bénéficié substantiellement à la société, les juges pourront mettre à la charge de cette dernière les frais liés à la procédure du demandeur. Le terme « substantiel » utilisé par le MBCA est relativement flou et le commentaire officiel du MBCA ne le précise pas. Si les juges estiment que l'action *ut singuli* est abusive, ils pourront mettre à la charge du demandeur les frais de procédures engagés par la société, ce qui est le cas également en France. Le commentaire officiel du MBCA insiste sur le fait que l'objectif de ces dispositions est d'éviter les procédures qui ont pour unique objectif d'obtenir le remboursement des frais d'avocat :

The requirement in section 7.46(1) that the court may order the corporation to pay the plaintiff's expenses if it finds that the proceeding has resulted in a

²²¹ Biondi v. Scrushy, 820 A.2d 1148, (Del Ch. Ct. 2003).

²²² Biondi v. Scrushy, 820 A.2d 1148, (Del Ch. Ct. 2003).

²²³ International Broadcasting Corp. v. Turner, 734 F. Supp. 383 (D. Minn. 1990).

²²⁴ Grafman v. Century Broadcasting Corp., 743 F. Supp. 544 (N.D. Ill. 1990).

“substantial” benefit to the corporation, should discourage a plaintiff from proposing inconsequential matters to justify the payment of counsel fees (commentaire officiel MBCA 2016).

Ou encore :

The standard under section 7.46(2) for the court to require the plaintiff to pay the defendants’ expenses if the action was commenced without reasonable cause or for an improper purpose is intended to discourage proceedings brought for the sole purpose of obtaining early settlement payments by defendants to avoid significant defense costs, while also protecting plaintiffs whose suits have a reasonable foundation (commentaire officiel MBCA 2016).

Abandon de l’action

Aux Etats-Unis, contrairement à la France²²⁵, l’article 7.45 du MBCA, prévoit que lorsqu’une action *ut singuli* est engagée, elle ne peut être abandonnée qu’avec l’accord des juges. Si ces derniers estiment que l’abandon de la procédure est préjudiciable aux actionnaires, ils peuvent alors imposer au demandeur d’informer ces derniers de l’abandon de la procédure. Le commentaire explique les raisons de cette disposition par le fait que l’action *ut singuli* est une action qui profite à tous les actionnaires :

Section 7.45’s requirement that all proposed settlements and discontinuances receive judicial approval supports the proposition that a derivative suit is brought for the benefit of all shareholders and thus should not be settled privately.

Les actions simultanées dans plusieurs Etats

L’article 7.47 du MBCA pose le principe que les actions *ut singuli* engagées simultanément dans plusieurs Etats doivent en principe être réglées conformément aux règles de l’Etat dans lequel la société est enregistrée. Dans ce cas, toutefois la théorie de « *collateral estoppel* » s’applique :

Collateral estoppel is based upon the general notion that a party, or one in privity with a party, should not be permitted to relitigate an issue that has already been decided against it²²⁶

En conséquence, la solution retenue sera la première rendue.

²²⁵ CA Paris 30 octobre 1978, JCP 1979 II, 19202, note Guyon ; D.1980, 116, note Guyénot.

²²⁶ Levin v Kozlowski 2006 NY Slip Op 52142(U) [13 Misc 3d 1236(A)] (2006).

Différences entre les différents Etats américains

Malgré l'ambition du MBCA d'uniformiser de droit des sociétés, les règles relatives aux actions *ut singuli* présentent des différences importantes selon les Etats.

Les exceptions à l'obligation de saisir préalablement la société

Comme le MBCA, tous les Etats demandent à ce que l'actionnaire qui souhaite engager une action *ut singuli* en fasse d'abord la demande à la société. Cependant, alors que le MBCA ne prévoit pas d'exceptions, une dizaine d'Etats, dont l'Etat du Delaware et celui de New York²²⁷, de même que le droit fédéral en sa règle 23.1²²⁸, dispensent l'actionnaire de cette démarche si ce dernier peut démontrer que celle-ci est inutile eu égard aux circonstances. Une vingtaine d'Etats, dont l'Arizona²²⁹ le Connecticut²³⁰, la Géorgie²³¹, le Mississippi²³², la Virginie²³³, le New Jersey²³⁴ ou encore le Michigan²³⁵ ont adoptés les dispositions du MBCA, c'est-à-dire que dans ces Etats, l'actionnaire doit toujours saisir la société avant de pouvoir engager une action *ut singuli*.

Au niveau fédéral, les juges estiment qu'une demande préalable à la saisine du juge est inutile si les administrateurs ne sont pas indépendants mais que le seul fait que les administrateurs vont probablement la rejeter ne la rend pas inutile :

This argument confuses futility with failure. A demand is "futile" only if the directors' minds are closed to argument. That the directors disagreed with an argument could show their unwillingness to listen, but also could show that the argument was feeble. (...) Demand enables the directors to take the leading role in managing the corporation. Conscientious managers may conclude that legal action is unjustified because not meritorious, or because it would subject the firm to injury. This is why courts assess futility ex ante rather than ex post. (...) To say that a demand would have been futile because directors proved unsympathetic to the lawsuit is like saying that sending Mickey Mantle to the plate with the bases loaded was futile because he struck out²³⁶.

Au niveau des Etats, l'arrêt de principe est l'arrêt Aronson v. Lewis²³⁷ rendu par les juges de l'Etat du Delaware. Dans ce dernier, la Cour suprême explique que le juge, afin de déterminer si la demande est inutile, doit se demander si les administrateurs sont indépendants et si la décision contestée a été prise de bonne foi :

Our view is that in determining demand futility the Court of Chancery in the proper exercise of its discretion must decide whether, under the particularized facts

²²⁷ NY Bus Corp L § 626 (2017).

²²⁸ Rule 23.1 : (b) PLEADING REQUIREMENTS. The complaint must be verified and must: (...)

(3) state with particularity:

(A) any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members; and

(B) the reasons for not obtaining the action or not making the effort (...).

²²⁹ AZ Rev Stat § 10-742 (2017).

²³⁰ CT Gen Stat § 33-722 (2016).

²³¹ GA Code § 14-2-742 (2017).

²³² MS Code § 79-4-7.42 (2016).

²³³ VA Code § 13.1-672.1 (2017) : B. No shareholder may commence a derivative proceeding until:

1. A written demand has been made on the corporation to take suitable action.

²³⁴ NJ Rev Stat § 14A:3-6.3 (2016).

²³⁵ Section 450.1493a du code des affaires de l'Etat du Michigan.

²³⁶ Kamen v Kemper Financial Services, Inc., 939 F.2d 458 (7th Cir.) (1991).

²³⁷ Voir infra « arrêts de principe ».

alleged, a reasonable doubt is created that: (1) the directors are disinterested and independent and (2) the challenged transaction was otherwise the product of a valid exercise of business judgment.

La solution retenue par les juges de l'Etat du Delaware a été reprise par les juges d'autres Etats comme les juges de l'Etat de l'Illinois :

To determine whether demand is futile, Illinois courts apply the two-prong standard the Delaware Supreme Court articulated in Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984) (...) In Aronson, the Delaware Supreme Court concluded that the futility of a pre-suit demand is established if, accepting the well-pleaded facts as true, the plaintiff raises a reasonable doubt that (1) the directors are disinterested and independent or (2) that the challenged transaction was the product of a valid exercise of the directors' business judgment.

Contrôle du juge en cas de rejet par un comité spécial d'investigation suite à l'information donnée par l'actionnaire

Selon le MBCA, et plus particulièrement le commentaire officiel, si l'organe qui a pris la décision était désintéressé et que la décision a été prise de bonne foi, les juges ne peuvent que s'y conformer, et ce, même s'ils estiment que la décision n'est pas conforme à l'intérêt de la société²³⁸. Cette solution n'est pas celle retenue dans tous les Etats. La question du pouvoir des juges face à la décision de la société de refuser l'action *ut singuli* a entraîné des débats et les juges des différents Etats y apportent des réponses parfois contradictoires. En 1979, les juges de l'Etat de New York, dans l'arrêt Auerbach²³⁹, pose le principe que la règle du jugement commercial (*Business Judgment Rule*) doit s'appliquer (cette règle a été adoptée dans le MBCA). Un an plus tard, les juges de l'Etat du Delaware différencient selon que la décision a été prise par le conseil d'administration ou par un comité spécial. Dans le premier cas, et conformément à l'arrêt Aronson²⁴⁰, la règle du jugement commercial (*Business Judgment Rule*) s'appliquera. Dans le second cas, et conformément à l'arrêt Zapata²⁴¹, les juges retrouveront leur pouvoir d'appréciation. Les solutions posées par les juges de l'Etat de New York et ceux de l'Etat du Delaware étant différentes, elles ont entraîné des discussions de la part des juges des autres Etats afin de savoir quelles règles ils devaient appliquer. Par exemple, des juges de l'Etat du Maryland expliquent que :

A more disputed question is how rigorously a court should review that recommendation. One approach, commonly referred to as the Auerbach approach, after the case Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 419 N.Y.S.2d 920, 393 N.E.2d 994 (1979), treats the SLC's decision like other corporate decisions, and engages in limited review under the business judgment rule. Another approach, known as the Zapata approach, after the Delaware case Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779(Del.Supr.1980), provides an additional layer of scrutiny. In this appeal, Petitioners have criticized the Auerbach approach and requested this Court to adopt the Zapata approach instead. We discuss these two divergent approaches before considering the Petitioners' specific claims²⁴².

²³⁸ Commentaire MBCA (2016) : « section 7.44(a) does not authorize the court to review the reasonableness of the determination to reject a demand or seek a dismissal ».

²³⁹ Voir infra « arrêts de principe ».

²⁴⁰ Voir infra « arrêts de principe ».

²⁴¹ Voir infra « arrêts de principe ».

²⁴² Boland v. Boland, 31 A.3d 529 (Md. 2011).

La règle posée par les juges de l'Etat de New York dans l'arrêt Auerbach a été codifiée dans l'Etat de l'Indiana²⁴³. Elle est également suivie par de nombreux juges, dont ceux du Connecticut²⁴⁴, de l'Alabama²⁴⁵, du Minnesota²⁴⁶, de Pennsylvanie²⁴⁷ ou encore de l'Ohio²⁴⁸. D'autres juges, après avoir appliqué la règle posée par les juges de l'Etat de New York, ont choisi de respecter la solution de l'arrêt Zapata. Il s'agit par exemple des juges de Virginie :

*The Court acknowledges that the basis for its holding in Abella I is no longer valid; rather, Virginia law favors following the Zapata approach to considering the determination by a special litigation committee*²⁴⁹.

Ou encore des juges de Caroline du Nord :

*The fact that a special litigation committee appointed by those directors charged with selfdealing recommends that the action should not proceed, while carrying weight, is not binding upon the trial court. Rather, the court must make a fair assessment of the report of the special committee, along with all the other facts and circumstances in the case, in order to determine whether the defendants will be able to show that the transaction complained of was just and reasonable to the corporation*²⁵⁰

Les juges précisent en l'espèce qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence :

In view of the foregoing, we withdraw our decision reported in 318 N.C. 289, 349 S.E.2d 41 (1986). That decision is no longer authoritative and this opinion now becomes the law of the case ».

Certains juges refusent de choisir entre les deux positions :

*The issue in the present case involves the potential for structural bias of the litigation committee appointed by directors who are defendants in the action, whereas Clark involved the structural bias of directors appointed by a controlling stockholder who was a defendant. Despite this distinction we conclude that the applicable principles are similar. We believe that the potential for structural bias on the part of a litigation committee appointed by directors who are parties to derivative actions is sufficiently great and sufficiently difficult of precise proof in an individual case to require the adoption of a prophylactic rule. We conclude that we should prevent the potential for structural bias in some cases by effectively limiting the powers of such directors in all cases*²⁵¹.

Si l'action est intentée au niveau fédéral, la Cour Suprême des Etats-Unis, estime que les juges fédéraux doivent dans un premier temps rechercher si l'Etat dans lequel est enregistrée la

²⁴³ Article 21-1-32-4 du code des sociétés de l'Etat de l'Indiana : « c) *If the committee determines that pursuit of a right or remedy through a derivative proceeding or otherwise is not in the best interests of the corporation, the merits of that determination shall be presumed to be conclusive against any shareholder making a demand or bringing a derivative proceeding with respect to such right or remedy, unless such shareholder can demonstrate that:*

(1) the committee was not "disinterested" within the meaning of this section; or
(2) the committee's determination was not made after an investigation conducted in good faith.

²⁴⁴ Frank v. LoVetere, 363 F.Supp.2d 327 (2005)

²⁴⁵ Roberts v. Alabama Power Co., 404 So.2d 629 (Ala.1981).

²⁴⁶ Skoglund v. Brady, 541 N.W.2d 17, (Minn. Ct. App. 1996).

²⁴⁷ Cuker v. Mikalauskas, 547 Pa. 600 (Pa. 1997).

²⁴⁸ Miller v. Bargheiser, 70 Ohio App.3d 702, 591 N.E.2d 1339, 1342-43 (1990)

²⁴⁹ Abella v. Universal Leaf Tobacco Co., Inc., 546 F. Supp. 795 (E.D. Va. 1982)

²⁵⁰ Alford v Shaw, 358, S.E.2d 323 (N.C. 1987).

²⁵¹ Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc.336 N.W.2d 709 (Iowa 1983).

société permet aux administrateurs indépendants d'interdire une action *ut singuli* et, dans l'affirmative, si le droit de l'Etat est compatible avec le droit fédéral :

*Thus, the threshold inquiry in this case (not determined by either of the courts below) should have been to determine whether state law permitted the disinterested directors to terminate respondents' suit; if so, the next inquiry should have been whether such a state rule was consistent with the policy of the federal Acts*²⁵².

Par exemple :

*§ 16(b) of the Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78p(b), which authorizes shareholder suits to recover insider "short swing" profits on behalf of the company notwithstanding the decision of the board of directors not to sue*²⁵³..

Dépôt de garantie

Dans certains Etats, les actionnaires qui engagent une action *ut singuli* pourront être obligés de déposer en garantie le montant estimé des frais de procédures de la société. Par exemple, l'Etat de New York autorise depuis 1944 la société à demander à l'actionnaire qui engage une action *ut inguli* alors qu'il possède moins de 5% des actions ou dont les actions ont une valeur inférieure à 50.000 euros à déposer en garantie une somme représentant le montant estimé des frais de procédures de la société (*security for expenses*)²⁵⁴. Dans l'Etat du New Jersey, la somme de la valeur des actions retenue est de 250.000 dollars :

*In any derivative proceeding or shareholder class action instituted by a shareholder or shareholders holding less than 5% of the outstanding shares of any class or series of the corporation, unless the shares have a market value in excess of \$250,000, the corporation in whose right the action is brought shall be entitled at any time before final judgment to require the plaintiff or plaintiffs to give security for the reasonable expenses, including fees of attorneys, that may be incurred by it in connection with the action or may be incurred by other parties named as defendant for which it may become legally liable (...)*²⁵⁵.

Dans l'Etat de Californie tous les actionnaires engageant une action *ut singuli* peuvent être amenés à déposer une somme d'argent. Toutefois, cet Etat a limité le dépôt de garantie à la somme de 50.000 dollars et surtout, un dépôt de garantie ne pourra être obtenu que s'il est évident que l'action engagée ne profitera pas à la société ou à ses actionnaires²⁵⁶. L'Etat du

²⁵² Burks v. Lasker, 441 U.S. 471 (1979).

²⁵³ Burks v. Lasker, 441 U.S. 471 (1979).

254

Section 627 du code de commerce de New York (New York Business Corporation Law) : « In any action specified in section 626 (Shareholders derivative action brought in the right of the corporation to procure a judgment in its favor), unless the plaintiff or plaintiffs hold five percent or more of any class of the outstanding shares or hold voting trust certificates or a beneficial interest in shares representing five percent or more of any class of such shares, or the shares, voting trust certificates and beneficial interest of such plaintiff or plaintiffs have a fair value in excess of fifty thousand dollars, the corporation in whose right such action is brought shall be entitled at any stage of the proceedings before final judgment to require the plaintiff or plaintiffs to give security for the reasonable expenses, including attorneys fees, which may be incurred by it in connection with such action and by the other parties defendant in connection therewith for which the corporation may become liable under this chapter, under any contract or otherwise under law, to which the corporation shall have recourse in such amount as the court having jurisdiction of such action shall determine upon the termination of such action. The amount of such security may thereafter from time to time be increased or decreased in the discretion of the court having jurisdiction of such action upon showing that the security provided has or may become inadequate or excessive ».

²⁵⁵ Article 14A§3-6.8 du code de l'Etat du New Jersey.

²⁵⁶ Article 800 du code des sociétés de l'Etat de Californie : « (c) In any action referred to in subdivision (b), at any time within 30 days after service of summons upon the corporation or upon any defendant who is an officer or director of the corporation, or held such office at the time of the acts complained of, the corporation or the defendant may move the court for an order, upon notice and hearing, requiring the plaintiff to furnish a bond as hereinafter provided. The motion shall be based upon one or both of the following grounds:

Wisconsin, quant à lui, a simplement une disposition générale qui autorise, dans tous les procès, le défendeur à demander au demandeur de déposer le montant des coûts de procédure dans le cas dans lequel le juge lui demanderait de les rembourser au défendeur²⁵⁷. L'Etat du Texas a supprimé en 1997 les dispositions relatives au dépôt de garantie²⁵⁸.

D/ Jurisprudence comparée

Arrêts de principe²⁵⁹

Aux Etats-Unis, les règles relatives aux actions *ut singuli* ayant été régulièrement modifiées, il y a plusieurs arrêts de principe. Le premier arrêt de principe est l'arrêt *In Zapata Corp. v. Maldonado*²⁶⁰. Les règles dégagées dans cet arrêt ne s'appliqueront que lorsque l'actionnaire n'a pas saisi la société avant d'engager l'action *ut singuli*. Dans le cas contraire, ce sont les règles dégagées dans l'arrêt de principe *Aronson*²⁶¹ qui s'appliqueront, c'est-à-dire que le juge applique la règle du jugement commercial (*Business Judgment Rule*). Dans l'arrêt *In Zapata*, un actionnaire avait engagé une action au nom de la société afin de voir la responsabilité de certains administrateurs retenue. Cet actionnaire avait directement saisi la juridiction compétente sans avoir préalablement informé la société car il estimait que cette information était inutile puisque son action impliquait tous les administrateurs. Après avoir été informé de cette action, le conseil d'administration créa un « comité d'investigation indépendant » composé de deux administrateurs qui avaient été nommés après les faits invoqués par l'actionnaire. Après enquête, le comité considéra que l'action était contraire à l'intérêt de la société et qu'en conséquence elle devait être arrêtée :

Following an investigation, the Committee concluded, in September, 1979, that each action should be dismissed forthwith as their continued maintenance is inimical to the Company's best interests... "

(1) That there is no reasonable possibility that the prosecution of the cause of action alleged in the complaint against the moving party will benefit the corporation or its shareholders.

(2) That the moving party, if other than the corporation, did not participate in the transaction complained of in any capacity. The court on application of the corporation or any defendant may, for good cause shown, extend the 30-day period for an additional period or periods not exceeding 60 days.

(d) At the hearing upon any motion pursuant to subdivision (c), the court shall consider such evidence, written or oral, by witnesses or affidavit, as may be material (1) to the ground or grounds upon which the motion is based, or (2) to a determination of the probable reasonable expenses, including attorneys' fees, of the corporation and the moving party which will be incurred in the defense of the action. If the court determines, after hearing the evidence adduced by the parties, that the moving party has established a probability in support of any of the grounds upon which the motion is based, the court shall fix the amount of the bond, not to exceed fifty thousand dollars (\$50,000), to be furnished by the plaintiff for reasonable expenses, including attorneys' fees, which may be incurred by the moving party and the corporation in connection with the action, including expenses for which the corporation may become liable pursuant to Section 317. A ruling by the court on the motion shall not be a determination of any issue in the action or of the merits thereof. If the court, upon the motion, makes a determination that a bond shall be furnished by the plaintiff as to any one or more defendants, the action shall be dismissed as to the defendant or defendants, unless the bond required by the court has been furnished within such reasonable time as may be fixed by the court.

(e) If the plaintiff shall, either before or after a motion is made pursuant to subdivision (c), or any order or determination pursuant to the motion, furnish a bond in the aggregate amount of fifty thousand dollars (\$50,000) to secure the reasonable expenses of the parties entitled to make the motion, the plaintiff has complied with the requirements of this section and with any order for a bond theretofore made, and any such motion then pending shall be dismissed and no further or additional bond shall be required.

²⁵⁷ 814-27 du Code de l'Etat du Wisconsin : « Except as provided in s. 655.27(5)(a) 3, in all cases where it shall appear reasonable and proper the court may require the plaintiff to give sufficient security for such costs as may be awarded against the plaintiff ».

²⁵⁸ Texas Business Organizations Code section 21.551 et suivantes.

²⁵⁹ Annexe 13.

²⁶⁰ *Zapata. In Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del.1981), pour plus de détails voir annexe 13.

²⁶¹ Voir infra.

Les juges de la Cour Suprême de l'Etat du Delaware ont donc dû décider s'ils avaient l'obligation de suivre la décision du Comité :

When, if at all, should an authorized board committee be permitted to cause litigation, properly initiated by a derivative stockholder in his own right, to be dismissed?

La Cour Suprême estime que les juges doivent procéder en deux temps. Ils doivent d'abord rechercher si le comité est indépendant, s'il a mené une véritable enquête et enfin s'il a pris sa décision de bonne foi. La preuve incombant à la société :

First, the Court should inquire into the independence and good faith of the committee and the bases supporting its conclusions. (...) The corporation should have the burden of proving independence, good faith and a reasonable investigation, rather than presuming independence, good faith and reasonableness.

En l'espèce, la Cour conclut que le comité était indépendant. Cependant, elle explique que cette indépendance n'empêche pas les juges de remettre en cause la décision du comité si les juges estiment que l'action engagée est dans l'intérêt de la société. Cette solution encourage les actionnaires à saisir directement le juge puisque, si ce dernier considère que la demande est futile, il garde le pouvoir d'autoriser l'actionnaire à continuer l'action engagée alors même qu'un comité indépendant a estimé que cette action était contraire à l'intérêt de la société. Ce d'autant plus que, si l'actionnaire saisit préalablement la société, les juges de l'Etat du Delaware considèrent alors que ce dernier concède que le conseil d'administration est indépendant et que donc la décision prise par ce conseil d'administration le lie :

A shareholder who makes a demand can no longer argue that demand is excused. The effect of a demand is to place control of the derivative litigation in the hands of the board of directors. (...) Consequently, stockholders who, like Spiegel, make a demand which is refused, subject the board's decision to judicial review according to the traditional business judgment rule²⁶².

A la suite de l'arrêt Zapata, les juges de l'Etat de Delaware ont estimé que si la société a créé un comité alors qu'une action *ut singuli* a été engagée par un actionnaire sans que ce dernier ne saisisse préalablement la société, cela implique nécessairement que la société reconnaît que le conseil d'administration n'était pas indépendant et qu'en conséquence la demande était effectivement inutile et que donc les règles posées dans l'arrêt Zapata s'appliquent :

Under these circumstances it seems reasonable to conclude that in the face of the allegations in the complaint concerning the prior demand the board was satisfied that the situation was one in which it should step aside and avail itself of the procedure authorized under Zapata in cases of board disqualification. Having thus, in effect, conceded its disqualification, and having thereby conceded the claimed right of the plaintiff to bring the suit without awaiting word from it, I do not feel that CCTC's board of directors can thereafter authorize corporate counsel to move to dismiss the derivative suit based on the contention that the plaintiff lacked the standing to initiate it²⁶³

Les juges retrouvant leur pouvoir d'appréciation, lorsqu'un comité est nommé, alors que l'actionnaire n'a pas saisi la société avant de saisir le juge, la question des critères permettant de déterminer si l'action est dans le meilleur intérêt de la société s'est alors posée. Dans un arrêt postérieur, les juges ont estimé qu'ils devaient notamment s'attacher à déterminer les avantages financiers que pourraient obtenir la société avec l'action engagée :

Where the court determines that the likely recoverable damages discounted by the probability of a finding of liability are less than the costs to the corporation in continuing the action, it should dismiss the case. The costs which may properly be

²⁶² Spiegel v. Buntrock, 571 A.2d 767 (1990).

²⁶³ Abbey v. Computer & Communications Technology, 457 A.2d 368 (1983).

taken into account are attorney's fees and other out-of-pocket expenses related to the litigation and time spent by corporate personnel preparing for and participating in the trial. The court should also weigh indemnification which is mandatory under corporate by-laws, private contract or Connecticut law, discounted of course by the probability of liability for such sums. We believe indemnification the corporation may later pay as a matter of discretion should not be taken into account since it is an avoidable cost. The existence or non-existence of insurance should not be considered in the calculation of costs, since premiums have previously been paid. The existence of insurance is relevant to the calculation of potential benefits. Where, having completed the above analysis, the court finds a likely net return to the corporation which is not substantial in relation to shareholder equity, it may take into account two other items as costs. First, it may consider the impact of distraction of key personnel by continued litigation. Second, it may take into account potential lost profits which may result from the publicity of a trial²⁶⁴.

En pratique, lorsqu'un actionnaire saisit une société parce qu'il souhaite engager la responsabilité d'un ou plusieurs administrateurs, les comités créés les autorisent rarement. Ainsi que des juges de l'Etat de Caroline du Nord l'indiquent dans un arrêt de 1987, aucun comité nommé n'a accepté d'engager une action contre les administrateurs :

Moreover, our review of the cases yields one telling statistic: not one committee, in all these instances, has decided to proceed with suit²⁶⁵.

Toutefois un auteur, en se fondant sur des données relatives aux actions enregistrées à la SEC entre 1993 et 2006, a trouvé qu'en moyenne les comités rejetaient la demande dans 60% des cas, que dans 30% des cas la société trouvait un accord (*settle*) et engageait l'action dans 10% des cas²⁶⁶.

Un deuxième arrêt de principe est l'arrêt *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984)²⁶⁷. Cet arrêt répond à une question laissée en suspens dans l'arrêt *Zapata*²⁶⁸ : celle de savoir quand un actionnaire peut s'exempter de saisir la société avant de saisir le juge. La Cour suprême de l'Etat du Delaware répond à cette question en expliquant qu'un actionnaire ne peut saisir directement le juge que s'il peut avancer des faits qui permettent légitimement de douter de l'impartialité ou de la bonne foi des administrateurs.

In our view demand can only be excused where facts are alleged with particularity which create a reasonable doubt that the directors' action was entitled to the protections of the business judgment rule.

En l'espèce les juges considèrent que l'actionnaire n'a pas réussi à prouver que les administrateurs n'étaient pas indépendants. Par conséquent, il devait saisir la société avant de pouvoir saisir le juge :

Here, plaintiff has not alleged any facts sufficient to support a claim of control. The personal-selection-of-directors allegation stands alone, unsupported. At best it is a conclusion devoid of factual support. The causal link between Fink's control and approval of the employment agreement is alluded to, but nowhere specified. The director's approval, alone, does not establish control, even in the face of Fink's 47%

²⁶⁴ *Joy v. North*, 692 F. 2d 880 (2nd Cir.1982)

²⁶⁵ *Alford v. Shaw*, 72 N.C. App. 537, (N.C. Ct. App. 1985).

²⁶⁶ M. Myers, *The Decisions of the Corporate Special Litigation Committees: An Empirical Investigation* ; Indiana Law Journal, Vol. 84, (2009) p.1320 <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=ilj>

²⁶⁷ Pour plus de détails voir [annexe 13](#).

²⁶⁸ Voir *infra*.

stock ownership. (...) The claim that Fink is unlikely to perform any services under the agreement, because of his age, and his conflicting consultant work with Prudential, adds nothing to the control claim. Therefore, we cannot conclude that the complaint factually particularizes any circumstances of control and domination to overcome the presumption of board independence, and thus render the demand futile.

En raison de la charge de la preuve pesant sur l'actionnaire souhaitant engager une action *ut singuli*, il sera relativement rare qu'un actionnaire puisse saisir directement un juge. Suite à l'arrêt Aronson, des juges ont par exemple expliqué que :

*(...) plaintiff must show facts that would lead a reasonable person to infer that a majority of the Directors were not disinterested or that a majority of the Directors failed to employ appropriate and sufficient investigative procedures in rejecting the demand*²⁶⁹.

Ou que :

*One ground for alleging with particularity that demand would be futile is that a "reasonable doubt" exists that the board is capable of making an independent decision to assert the claim if demand were made. The basis for claiming excusal would normally be that: (1) a majority of the board has a material financial or familial interest; (2) a majority of the board is incapable of acting independently for some other reason such as domination or control; or (3) the underlying transaction is not the product of a valid exercise of business judgment. If the stockholder cannot plead such assertions consistent with Chancery Rule 11, after using the "tools at hand" to obtain the necessary information before filing a derivative action, then the stockholder must make a pre-suit demand on the board*²⁷⁰.

Afin que la demande soit déclarée futile pour manque d'indépendance d'un administrateur, le demandeur pourra notamment prouver que ce dernier a une loyauté plus forte vis-vis d'un tiers que vis-à-vis de la société :

*To plead that a director was not independent and therefore cannot count towards the requisite board majority, a plaintiff can plead facts showing a director is sufficiently loyal to, beholden to, or otherwise influenced by an interested party to undermine the director's ability to judge the matter on its merits*²⁷¹.

Ou que les administrateurs ne sont pas impartiaux :

*"[A] stockholder may sue in equity in his derivative right to assert a cause of action in behalf of the corporation, without prior demand upon the directors to sue, when it is apparent that a demand would be futile, that the officers are under an influence that sterilizes discretion and could not be proper persons to conduct the litigation."*²⁷²

La charge de la preuve du manque d'indépendance des administrateurs pèse sur le demandeur :

*However, unless a plaintiff makes sufficiently particular allegations of participation, self-dealing, bias, bad faith, or corrupt motive, failure to make a demand will not be excused*²⁷³.

²⁶⁹ Stoner v. Walsh, 772 F. Supp. 790 (S.D.N.Y. 1991)

²⁷⁰ Grimes v. Donald, 673 A.2d 1207 (1996).

²⁷¹ Frederick Hsu Living Trust v. ODN Holding Corp., C.A. No. 12108-VCL (Apr. 14, 2017).

²⁷² McKee, 156 A. at 193 cité par *Zapata Corp. v. Maldonado*, Del.Supr., 430 A.2d 779 (1981)

²⁷³ Allison on Behalf of GMC v. General Motors Corp., 604 F. Supp. 1106 (D. Del. 1985)

Bien qu'il soit rare en pratique que l'actionnaire puisse prouver que sa demande est inutile, en 2018, deux décisions de l'Etat du Delaware ont reconnu qu'un actionnaire était exempté de demander l'autorisation du conseil d'administration avant d'engager une action *ut singuli*²⁷⁴. Dans l'arrêt Oracle, le juge commence par rappeler que les administrateurs sont les mieux à même d'engager les actions au nom de la société :

A court must be wary of permitting stockholders, rather than directors, to control litigation assets of the company. The directors are generally in the best position to determine if pursuit of litigation is in the corporate interest.

Toutefois, le juge estime qu'en l'espèce le demandeur avait rapporté la preuve que certains administrateurs n'étaient pas indépendants et que donc la demande était effectivement inutile :

*To sum up, I have found that demand is futile because the facts alleged raise a pleading-stage inference that a majority of the Oracle board-including two out of three members of the Special Committee that approved the acquisition-lacks independence. Thus, the Plaintiff has standing to bring this derivative suit on behalf of Oracle*²⁷⁵.

Si l'actionnaire n'a pas pu prouver, qu'en raison des circonstances, il devait être exempté de saisir la société avant d'engager l'action *ut singuli*, alors la décision prise par le conseil d'administration est protégée par la règle du jugement commercial (*Business Judgement Rule*). Celle-ci ne pourra donc qu'être très rarement remise en cause par les juges. En effet, ainsi que les juges l'expliquent dans l'arrêt Zapata²⁷⁶ si une demande a été faite et qu'elle a été refusée, l'action *ut singuli* ne peut pas être engagée :

A demand, when required and refused (if not wrongful), terminates a stockholder's legal ability to initiate a derivative action.

Ils ajoutent que les juges respecteront la décision de la société de ne pas engager d'action :

Consistent with the purpose of requiring a demand, a board decision to cause a derivative suit to be dismissed as detrimental to the company, after demand has been made and refused, will be respected unless it was wrongful.

Si l'actionnaire souhaite poursuivre ou engager une action *ut singuli* malgré le refus de la société, il devra démontrer que le conseil d'administration n'était pas informé ou qu'il n'a pas agi de bonne foi.

Un troisième arrêt de principe est l'arrêt Auerbach. In *Auerbach v. Bennett*²⁷⁷. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour Suprême de New York dont la solution est différente de celles rendues par la Cour Suprême de l'Etat du Delaware. En l'espèce, les dirigeants de la société avait commandé une enquête afin de déterminer si la société avait eu des pratiques illégales pour obtenir des marchés à l'étranger. L'enquête avait révélé que la société avait versé plus de 11 millions de pot de vins et que certains administrateurs étaient personnellement impliqués dans les transactions. Suite à ces révélations, un actionnaire, Monsieur Auerbach, voulu engager une action *ut singuli*. Le conseil d'administration forma alors un comité spécial. Ce dernier qui était notamment composé de trois administrateurs qui n'étaient pas en fonction au moment des faits concernés, estima qu'il n'était pas dans l'intérêt de la société d'engager une action.

²⁷⁴ In re Oracle Corp. Derivative Litigation, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003) et R.A. Feuer on behalf of CBS Corporation v. Sumner M. Redstone (C.A. No. 12575-CB (Del. Ch. April 19, 2018)).

²⁷⁵ In re Oracle Corp. Derivative Litigation, 824 A.2d 917 (Del. Ch. 2003).

²⁷⁶ *Zapata*. In *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del.1981).

²⁷⁷ *Auerbach*. In *Auerbach v. Bennett*, 47 N.Y.2d 619, 393 N.E.2d 994, 419 N.Y.S.2d 920 (1979), pour plus de détails voir annexe 13.

L'actionnaire engagea néanmoins l'action et la société demanda à ce que celle-ci soit déclarée irrecevable. Les juges de la Cour Suprême de l'Etat de New York ont considéré que le problème qui se posait en l'espèce était celui de l'application de la règle du jugement commercial :

As all parties and both courts below recognize, the disposition of this case on the merits turns on the proper application of the business judgment doctrine, in particular to the decision of a specially appointed committee of disinterested directors acting on behalf of the board to terminate a shareholders' derivative action.

La Cour Suprême jugea alors que, si le comité est indépendant, les juges n'ont pas le pouvoir de vérifier l'opportunité ou la justesse des décisions prises par celui-ci :

Derivative claims against corporate directors belong to the corporation itself. As with other questions of corporate policy and management, the decision whether and to what extent to explore and prosecute such claims lies within the judgment and control of the corporation's board of directors. Necessarily such decision must be predicated on the weighing and balancing of a variety of disparate considerations to reach a considered conclusion as to what course of action or inaction is best calculated to protect and advance the interests of the corporation. This is the essence of the responsibility and role of the board of directors, and courts may not intrude to interfere.

Les juges de l'Etat de New York refusent donc de juger de l'opportunité d'une décision prise par un comité dès lors que ce dernier est indépendant et qu'il a pris sa décision de bonne foi. Les juges de l'Etat de New York, contrairement aux juges de l'Etat du Delaware, ont posé une règle unitaire, c'est-à-dire qu'elle s'applique peu importe que le comité ait été créé avant ou après l'engagement de l'action *ut singuli*.

Arrêts²⁷⁸

En France, comme aux Etats-Unis, l'action *ut singuli* est une action subsidiaire²⁷⁹²⁸⁰ qui n'est possible que si la société n'agit pas directement par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Nous avons toutefois vu, qu'aux Etats-Unis, les administrateurs pouvaient interdire ces actions, ce qui n'est pas le cas en France. Dans les deux pays également, seuls les actionnaires peuvent agir au nom de la société. En conséquence, la cession des actions entraîne l'impossibilité pour l'actionnaire cédant d'engager cette action. En France, la Cour de cassation a par exemple jugé que : « en cédant ses titres, Fouilly a cessé de courir les risques et chances de la société, qu'il a transmis à son cessionnaire le droit attaché à ces titres d'exercer l'action sociale, et que sa demande postérieure à cette cession est ainsi irrecevable »²⁸¹. De la même manière des juges américains ont jugé que :

*Once a derivative plaintiff sells its stock, it no longer has standing to prosecute the derivative claims on behalf of the remaining shareholders*²⁸².

Nous avons vu que cela pouvait entraîner un préjudice pour les actionnaires en cas de fusion, d'où les exceptions créées par les juges américains. Si la perte de la qualité d'actionnaire empêche d'engager une action, le fait pour un actionnaire de se désister n'interdit en revanche pas à un autre actionnaire de reprendre l'action²⁸³.

²⁷⁸ Annexe 14.

²⁷⁹ Com. 14 décembre 2001, pourvoi n°01-11059.

²⁸⁰ Boland v. Boland³¹ A.3d 529, 548 (Md. 2011)

²⁸¹ Com. 26 janvier 1970, pourvoi n°67-14787

²⁸² Heckmann v. Ahmanson (1985) 168 Cal.App.3d 119

²⁸³ CA Versailles, 29 mars 1978, Revue des sociétés, 1978, p.711, note D. Schmidt.

En France, comme aux Etats-Unis, la question de la différenciation entre des actions individuelles et des actions *ut singuli* s'est posée :

*A distinction must be made between the right of a shareholder to bring suit in an individual capacity as the sole party injured, and his right to sue derivatively on behalf of the corporation alleged to be injured*²⁸⁴.

Dans les deux pays les juges estiment qu'un actionnaire qui souhaite obtenir une réparation individuelle doit prouver un dommage différent de celui souffert par la société. Des juges américains ont par exemple jugé que :

*In order for a shareholder to bring a direct or personal action against the corporation or other shareholders, that shareholder must show an injury that is separate and distinct from that suffered by any other shareholder or by the corporation*²⁸⁵.

Une différence existe toutefois entre la France et les Etats-Unis, car en France la société doit nécessairement être mise en cause²⁸⁶ alors qu'aux Etats-Unis le demandeur est l'actionnaire:

*The use of a nominal plaintiff in a derivative action makes it an unusual procedural device by reason of its dual nature in that it consists of the basic cause of action, which pertains to the corporation and on which the corporation might have sued, and the derivative cause of action, based upon the fact that the corporation will not or cannot sue for its own protection*²⁸⁷.

Cependant, dans les deux cas, si des dommages-intérêts sont accordés, seule la société en bénéficiera, sous réserve et sous certaines conditions du remboursement des frais de procédure.

§2 Les exonérations de responsabilité

En France et aux Etats-Unis les administrateurs peuvent s'exonérer de leur responsabilité en déléguant une partie de leurs pouvoirs (A). Aux Etats-Unis, il est également possible d'insérer dans les statuts des clauses exonératoires de responsabilité (B).

A/La délégation de pouvoir

Historique

Aux Etats-Unis et en France, il est communément admis aujourd'hui que les dirigeants peuvent déléguer leur pouvoir :

*« Like private principals they (directors) may delegate to agents of their own appointment the performance of any acts which they themselves can perform »*²⁸⁸.

Cela n'a toutefois pas toujours été le cas aux Etats-Unis :

*« Initially, at common law, all corporate authority lay with the board of directors and could not be delegated. As enunciated in Gillis v. Bailey, the board of directors' power was original and could not be delegated, its powers constituting a grant from the state »*²⁸⁹.

²⁸⁴ Yanow v. Teal Industries, Inc., 178 Conn. 262, 281-82, 422 A.2d 311 (1979).

²⁸⁵ Smith v. Snyder, 267 Conn. 456, 839 A.2d 589 (2004), pour un exemple français : Com. 19 avril 2005, pourvoi n°02-10256, RJDA 2005, n°813, Bull. Joly 2005, 1252, note Messaï-Bahri.

²⁸⁶ Crim. 3 octobre 2007, pourvoi n°06-87849.

²⁸⁷ Barrett v. Southern Connecticut Gas Co., 172 Conn. 362, A.2d 1051 (1977).

²⁸⁸ Hoyt v. Thompson's Executor (1859) 19 N.Y. 207.

²⁸⁹ C.E.M. Kolb, *The Delegation of Authority to Committees of the Board of Directors: Directors' Liabilities*, University of Baltimore Law Review, Vol.9 1980, p.192 .:

Au XIX siècle, les juges américains considéraient que les administrateurs ne pouvaient pas déléguer leurs pouvoirs, sauf dispositions législatives contraires :

*The directors convened as a board are the primary possessors of all the powers which the charter confers, and like private principals they may delegate to agents of their own appointment the performance of any acts which they themselves can perform*²⁹⁰.

Ils ont ensuite admis que les administrateurs pouvaient déléguer leurs pouvoirs relatifs à la gestion courante de la société²⁹¹ ainsi que les décisions pour lesquelles les administrateurs avaient une grande discrétion :

*It is a principle of the common law that the directors of a corporation have the power, without statutory authority, "to delegate to officers, agents, or executive committees the power to transact not only ordinary and routine business, but business requiring the highest degree of judgment and discretion"*²⁹².

Enfin, les juges américains ont considéré que les administrateurs avaient une large discrétion pour déléguer leurs pouvoirs²⁹³.

En France, aucune disposition législative ne prévoit expressément la possibilité pour un dirigeant de déléguer ses pouvoirs. Aux Etats-Unis, en 1950, l'article 38 du MBCA autorisait uniquement le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs à un comité composé d'un ou deux administrateur(s). Cette délégation ne permettait toutefois pas d'exonérer les autres administrateurs de leur responsabilité²⁹⁴. Les différentes révisions du MBCA, si elles n'ont pas introduit expressément la possibilité pour les administrateurs de déléguer leur pouvoir, l'ont reconnue indirectement. En effet en 1974, le comité de révision du MBCA a modifié les dispositions relatives au rôle des administrateurs afin de mieux prendre en compte le fait que le conseil d'administration, en particulier dans les sociétés cotées, n'intervient pas dans la gestion quotidienne de la société. Il a alors implicitement reconnu que ce dernier pouvait déléguer ses pouvoirs :

*many commentators had recently voiced concern that this language (shall be managed by the board of director) may be interpreted to mean that directors must become involved in the detailed administration of the corporation's affairs" and therefore, made this change "to adapt to current corporation life"*²⁹⁵.

En conséquence, alors qu'avant 1974, le MBCA disposait que la société était dirigée par le conseil d'administration :

the business and affairs of a corporation shall be managed by a board of directors.

A partir de 1974, il dispose alors que la société est dirigée sous la direction du conseil d'administration :

the business and affairs of a corporation shall be managed under the direction of a board of directors.

²⁹⁰ Hoyt v. Thompson's Executor (1859) 19 N.Y. 207.

291 Sherman & Ellis v. Indiana Mutual Casualty Co., 41 F.2d 588 (7th Cir. 1930)

²⁹² Social Security Bd. v. Warren, 142 F.2d 974, 977 (8th Cir. 1944).

²⁹³ Nous l'avons vu le MBCA, quant à lui, interdit uniquement de déléguer les pouvoirs qu'il mentionne expressément.

²⁹⁴ Section 38. Executive committee : « If the articles of incorporation or the by-laws so provide, the board of directors, by resolution adopted by a of the number of directors fixed by the by-laws, or absence of a by-law fixing the number of directors, the number stated in the articles of incorporation, designate two or more directors to constitute an executive committee, which committee, to the extent provided resolution or in the articles of incorporation or the of the corporation shall have and may exercise all authority of the board of directors in the management corporation; but the designation of such committee delegation thereto of authority shall not operate to the board of directors, or any member thereof, of any imposed upon it or him by law ».

²⁹⁵ Report of the Committee on Corporate Laws: Changes in the Model Business Corporation Act, 30 Business Lawyer. 501, 504-05 (1975).

La gestion de la société ne se faisant plus par le conseil d'administration mais sous sa direction, cela implique que ce dernier puisse déléguer ses pouvoirs. Le comité de révision indiquait qu'il était communément admis que les administrateurs puissent déléguer leurs pouvoirs :

It is generally recognized that the board of directors may delegate to appropriate officers of the corporation the authority to exercise those powers not required by law to be exercised by the board itself. While such a delegation will not serve to relieve the board from its responsibilities of oversight, it is believed appropriate that the directors not be held personally responsible for actions or omissions of officers, employees or agents of the corporation so long as the directors, complying with the enunciated standard of care, have relied reasonably upon such officers, employees or agent²⁹⁶

En 1999, le comité de révision a précisé dans les commentaires de l'article 8.01 du MBCA que les délégations pouvaient être consenties à des employés ou à des agents de la société en plus des managers (*officers*)²⁹⁷.

Dispositions législatives²⁹⁸

En France, comme aux Etats-Unis, les administrateurs sont, de manière générale, en charge de la politique de la société mais pas de sa gestion courante. Aux Etats-Unis, cette dernière est déléguée par le conseil d'administration à des managers (*officers*) :

" the very beginning of the use of the corporate structure as a device for carrying on the businesses and activities of man, it has been apparent that the nominal brain, the board of directors, could not feasibly run the affairs of the inanimate entity unless certain powers could be delegated to officers and agents. "²⁹⁹

En France également les administrateurs peuvent déléguer leurs pouvoirs. Toutefois, la délégation est utilisée plus généralement par les employeurs, et pas seulement par les dirigeants de société, pour s'exonérer de leur responsabilité pénale en cas de non respect des dispositions en matière notamment de droit du travail ou de droit de l'environnement. Ces délégations, en France, n'ont pas été prévues par le législateur alors qu'aux Etats-Unis, elles sont visées dans différents articles du MBCA. En ce qui concerne plus précisément la responsabilité des administrateurs, il s'agit de l'article 8.30. Ce dernier indique notamment que la délégation de pouvoir n'a pas besoin d'être formalisée pour être valide. Le commentaire officiel du MBCA indique que celle-ci peut être expresse ou implicite :

The delegation of authority and responsibility described in section 8.30(d) may take a variety of forms, including (i) formal action through a board resolution, (ii) implicit action through the election of corporate officers (e.g., chief financial officer or controller) or the appointment of corporate managers (e.g., credit manager), or (iii) informal action through a course of conduct (e.g., involvement through corporate officers and managers in the management of a significant 50%-owned joint venture).

Cette absence de formalité s'applique également en France puisque les juges considèrent que la délégation de pouvoir peut être prouvée par tout moyen³⁰⁰.

²⁹⁶ Report of Committee on Corporate Laws: Changes in the Model Business Corporation Act, The Business Lawyer, Vol. 30, No. 2 (January 1975), pp. 505.

²⁹⁷ Changes in the Model Business Corporation Act – Amendments, The Business Lawyer, Vol. 55, No. 3 (May 2000), pp. 1247.

²⁹⁸ Annexe 15.

²⁹⁹ Comment, "The Executive Committee in Corporate Organization-Scope of Powers " (1943) 42 Mich.L.Rev. 133.

³⁰⁰ Crim. 11 mars 1993 pourvoi n° J 91-83655, RJDA 5/93 n°470, 5 ou encore Crim. 27 février 1979, Bull. crim. n° 88.

L'article 8.30 du MBCA précise que la délégation ne peut concerner que les pouvoirs que la loi permet de déléguer. Par exemple, l'article 8.25 du MBCA interdit au conseil d'administration de déléguer les pouvoirs relatifs à la distribution des dividendes, à la modification des statuts, à la nomination des administrateurs ou encore relatifs aux décisions qui doivent nécessairement être prises par les actionnaires :

(d) A board committee may exercise the powers of the board of directors under section 8.01, to the extent specified by the board of directors or in the articles of incorporation or bylaws, except that a board committee may not:

(1) authorize or approve distributions, except according to a formula or method, or within limits, prescribed by the board of directors;

(2) approve or propose to shareholders action that this Act requires be approved by shareholders;

(3) fill vacancies on the board of directors or, subject to subsection § 8.25(e), on any board committees; or

(4) adopt, amend, or repeal bylaws.

L'article 7.32 du MBCA, quant à lui, autorise les actionnaires à limiter le pouvoir des administrateurs et donc à limiter leur possibilité de déléguer leur pouvoir. Le commentaire de l'article 8.01 du MBCA indique de plus que la délégation doit être faite à une personne appartenant à la société et que cette dernière doit être compétente :

Section 8.01(b), in providing for corporate powers to be exercised under the direction of the board of directors, allows the board of directors to delegate to appropriate officers, employees or agents of the corporation authority to exercise powers and perform functions not required by law to be exercised or performed by the board of directors itself (commentaire officiel de l'article 8.01 du MBCA)

En France, les juges ont également posé des conditions afin que les délégations soient valides. Ils estiment notamment que le délégataire doit être pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la loi³⁰¹. En revanche, contrairement au MBCA, les juges français n'autorisent les délégations de pouvoir qu'aux préposés et non à toutes personnes appartenant à la société.

Selon le MBCA, si un administrateur a délégué ses pouvoirs, il ne sera pas responsable des fautes commises par son délégataire, sous réserve toutefois, que l'administrateur ait agi de bonne foi en déléguant ses pouvoirs, qu'il a respecté les règles énoncées à l'article 8.30, en particulier qu'il a vérifié la compétence du délégataire et qu'il a supervisé l'utilisation de ses pouvoirs délégués :

Care in delegation and supervision includes appraisal of the capabilities and diligence of the delegatee in light of the subject and its relative importance and may be satisfied, in the usual case, by receipt of reports concerning the delegatee's activities (commentaire officiel de l'article 8.30 du MBCA).

Le commentaire officiel de l'article 8.01 du MBCA va dans le même sens :

Although such delegation does not relieve the board of directors from its responsibility to oversee the business and affairs of the corporation, directors are not personally responsible for actions or omissions of officers, employees, or agents of the corporation so long as the directors have relied reasonably and in good faith upon these officers, employees, or agents.

En France, les juges considèrent que, si la délégation respecte les conditions posées, elle exonère, sauf loi contraire, le dirigeant de sa responsabilité³⁰².

³⁰¹ Crim. 27 février 1979, Bull. crim. n° 88.

³⁰² Crim 11 mars 1993, pourvoi n°92-80773.

Différences entre les différents Etats américains

De nombreux Etats ont des dispositions similaires à celles du MBCA³⁰³ y compris des Etats qui n'ont pas adopté ce dernier, comme l'Etat du Delaware. Dans ce dernier Etat, la loi dispose en effet que :

*The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this chapter or in its certificate of incorporation*³⁰⁴.

Dans l'Etat du Delaware, les administrateurs ne peuvent pas déléguer à un comité, composé d'un ou plusieurs administrateurs, les pouvoirs suivants :

*(i) approving or adopting, or recommending to the stockholders, any action or matter (other than the election or removal of directors) expressly required by this chapter to be submitted to stockholders for approval or (ii) adopting, amending or repealing any bylaw of the corporation*³⁰⁵..

L'Etat de Californie prévoit expressément que les administrateurs puissent déléguer leurs pouvoirs et cette délégation peut se faire à des personnes extérieures à la société, à la condition toutefois, que la gestion de la société se fasse sous la direction du conseil d'administration :

*The board may delegate the management of the activities of the corporation to any person or persons, management company, or committee however composed, provided that the activities and affairs of the corporation shall be managed and all corporate powers shall be exercised under the ultimate direction of the board.*³⁰⁶.

Jurisprudence comparée³⁰⁷

En France et aux Etats-Unis, les administrateurs ne peuvent pas déléguer la totalité de leurs pouvoirs. Les juges américains ont notamment estimé que :

*The board of directors of a corporation cannot delegate total control of the corporation to an individual officer*³⁰⁸.

En France, les juges interdisent également les délégations cumulatives. La Cour de cassation a par exemple jugé que : « il (le chef d'entreprise) ne peut (...) déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires »³⁰⁹.

En France, les juges imposent un certain nombre de conditions afin que la délégation de pouvoir soit valide. Il est nécessaire notamment que le dirigeant soit pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires³¹⁰. Aux Etats-Unis, en revanche, les juges laissent plus de liberté aux administrateurs :

*Courts are usually flexible and accommodating in allowing boards to delegate authority as necessary or expedient. But certain powers cannot be delegated generally. Certain transactions require specific authorization by the board in order to be valid*³¹¹.

³⁰³ Par exemple l'Etat du Kansas (article 17-6301 du code de l'Etat du Kansas ; KS Stat § 17-6301 (2017) ou l'Etat de l'Illinois (article 8.05 du code des sociétés de l'Etat de l'Illinois).

³⁰⁴ 8 Del. C. 1953, § 141.

³⁰⁵ 8 Del. C. 1953, § 141.

³⁰⁶ Corporations Code § 7210.

³⁰⁷ Annexe 16.

308 Boston Athletic Association v. International Marathons, 392 Mass. 356 (1984), 467 N.E.2d 58

³⁰⁹ Crim, 6 juin 1989, pourvoi n°88-82266.

³¹⁰ Crim. 2 février 1993 pourvoi n° 92-80672, RJDA 12/93 n° 1036.

311 Boston Athletic Association v. International Marathons, 392 Mass. 356 (1984), 467 N.E.2d 58

En France, les juges estiment que la délégation ne peut concerner qu'un préposé³¹² alors qu'aux Etats-Unis elle peut être faite à toutes personnes appartenant à la société voire, dans certains Etats, à des personnes extérieures à celle-ci³¹³.

Il convient de noter que la délégation de pouvoir ne joue pas le même rôle dans les deux pays puisqu'en France elle est principalement utilisée pour éviter une responsabilité pénale alors qu'aux Etats-Unis, elle est utilisée uniquement pour éviter une responsabilité civile. Ce qui explique en France, les conditions de validité des délégations de pouvoirs sont les mêmes pour tous les employeurs alors qu'aux Etats-Unis des conditions particulières s'appliquent aux administrateurs.

B Le respect des procédures prévues par les statuts ou la loi

Les conflits d'intérêt étant souvent inévitables dans les sociétés, les législateurs tentent de les limiter. Toutefois, contrairement à la France, le MBCA n'interdit aucune convention entre la société et ses dirigeants. Il prévoit cependant des procédures spécifiques qui sont censées garantir la neutralité de l'opération. En France également, certaines conventions, dites réglementées, nécessitent l'autorisation préalable du conseil d'administration³¹⁴. Le MBCA est toutefois plus précis concernant la procédure à suivre, notamment afin de s'assurer que l'autorisation est donnée par des personnes indépendantes. Le MBCA différencie également, contrairement à la France, les conflits portant sur une opportunité d'affaires et ceux portant sur une opération entre la société et un administrateur.

1°) *Les conventions nécessitant le respect de procédures particulières*

Historique

En France, les dispositions des articles L225-38 et L225-39 du code de commerce sont restées relativement stables malgré de nombreux articles doctrinaux sur la gouvernance dans les sociétés³¹⁵, des rapports du MEDF³¹⁶ ainsi que l'adoption d'une directive européenne, le 17 mai 2017, ayant pour objectif de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires. Cette dernière explique notamment que : « les transactions avec des parties liées peuvent porter préjudice aux sociétés et à leurs actionnaires étant donné qu'elles peuvent donner à la partie liée l'occasion de s'approprier une partie de la valeur d'une société. C'est pourquoi il est important de mettre en place des garde-fous pour protéger les intérêts des sociétés et des actionnaires. Pour cette raison, les États membres devraient veiller à ce que les transactions importantes avec des parties liées soient soumises à l'approbation des actionnaires ou de l'organe d'administration ou de surveillance de la société, conformément aux procédures empêchant une partie liée de tirer parti de sa position et fournissant une protection adéquate des

³¹² Crim. 2 février 1993 pourvoi n° 92-80672, RJDA 12/93 n° 1036.

³¹³ Voir supra législation comparée.

³¹⁴ Article L225-38 du code de commerce et suivants.

³¹⁵ A partir des années 1995 : notamment A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise, le corporate governance » : D., 1995, chron., p. 163, et du même auteur : « Première traduction législative du corporate governance : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi no 97-277 du 25 mars 1997) » : D., 1997, chron., p. 241 ; adde, G. Charreaux, Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théorie et faits, 1997, Economica et l'ouvrage D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., coll. Pratique des affaires, 1999.

³¹⁶ Le rapport Vienot http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot2_fr.pdf et le rapport Bouton, http://www.paris-europlace.net/files/a_09-23-02_rapport-bouton.pdf, A. Guengant, « La contribution du rapport Bouton pour un meilleur gouvernement des sociétés cotées » : JCP E 2002, 1683 ; A. Couret, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », Bull. Joly Sociétés, nov. 2002, p. 1126 ; J. Paillusseau, « Corporate Governance (rapport Bouton) » : D. aff. 2002, p. 2722.

intérêts de la société et des actionnaires qui ne sont pas des parties liées, y compris des actionnaires minoritaires ». La transposition de cette directive n'a toutefois pas modifié le droit français dans le domaine des conflits d'intérêt entre la société et les administrateurs. La réforme la plus significative dans le domaine de la définition des conventions réglementées et des conventions interdites a été celle de la loi NRE du 15 mai 2001 qui a étendu les conventions réglementées aux directeurs généraux délégués et aux actionnaires disposant de plus de 10% des actions. Aux Etats-Unis, l'article 8.60 du MBCA a été adopté en 1989 et il a été peu modifié depuis. En 2004 le comité de révision a ajouté la définition de certaines notions comme celle de contrôle ou celle d'intérêt financier majeur (*material financial interest*) ou encore celle de juste pour la société (*fair to the corporation*). Le comité explique en effet que :

*The Committee has determined that the definition of directors' conflicting interest transactions should be refined (...)*³¹⁷.

En 2004, la présentation de l'article 8.60 a également été modifiée afin de la rendre plus aérée et donc plus lisible. En 2016, dans la définition des personnes interposées (*related persons*), le comité de révision a remplacé le terme « administrateur » (*director*) par le terme plus général d'individu (*individual*). Ainsi l'expression « *the director's spouse* » est devenu « *the individual's spouse* ».

Dispositions législatives³¹⁸

Le code de commerce, comme le MBCA, vise les conventions dans lesquelles la société est nécessairement partie. Toutefois le MBCA, contrairement au code de commerce, inclut dans les conventions réglementées celles qui sont conclues avec une filiale de la société :

*Assume, however, that X Co. controls the vote for directors of S Co. D wishes to sell a building D owns to X Co. and X Co. is willing to buy it. As a business matter, it makes no difference to X Co. whether it takes the title directly or indirectly through its subsidiary S Co. or some other entity that X Co. controls. The applicability of subchapter F does not depend upon that formal distinction, because the subchapter includes within its operative framework transactions by entities controlled by X Co. Thus, subchapter F would apply to a sale of the building by D to S Co.*³¹⁹.

L'article 8.60 du MBCA ne vise que les conventions dans lesquelles l'autre partie à l'opération est un administrateur alors qu'en France, le code de commerce vise les administrateurs mais également les directeurs généraux, les entreprises lorsque l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant et les actionnaires significatifs, notamment ceux possédant plus de 10% des parts sociales. Concernant ces derniers, le législateur n'a toutefois pas précisé la manière dont le seuil de 10% devait être calculé et notamment s'il fallait tenir uniquement compte des droits de vote détenus directement ou s'il fallait également prendre en compte les droits de vote détenus indirectement. En revanche, le MBCA comme le code de commerce vise les conventions passées par des personnes interposées (*related persons*). Toutefois, en France, cette notion est laissée à l'interprétation des juges alors que le MBCA donne une liste exhaustive des personnes considérées comme interposées. Les rédacteurs du MBCA expliquent à cet égard que cette liste a pour objectif de limiter le pouvoir des juges :

³¹⁷ Changes in the Model Business Corporation Act - Proposed Amendments Relating to Chapter 1 and Chapter 8 (including Subchapters F and G and Duties of Directors and Officers, *The Business Lawyer*, Vol. 59, No. 2 (February 2004), pp. 570.

³¹⁸ Annexe 17.

³¹⁹ Commentaire officiel du MBCA.

The definition operates preclusively in that, as used in section 8.61, it denies the power of a court to invalidate transactions or otherwise to remedy conduct on the ground that the director has a conflict of interest if it falls outside the statutory definition of “director’s conflicting interest transaction.”

En conséquence, un acte conclu indirectement par une personne non visée à l’article 8.60 ne se verra pas appliquer les dispositions du MBCA :

A director may have relationships and connections to persons and institutions that are not specified in clause (iii) of the definition. Such relationships and connections fall outside subchapter F because the categories of persons described in clause (iii) constitute the exclusive universe for purposes of subchapter F (commentaire officiel MBCA 2016).

Le MBCA considère que les personnes interposées sont notamment les parents plus ou moins proches alors qu’en France, les juges français estiment que le lien de parenté ne présume pas d’une interposition de personne³²⁰. En France, comme dans le MBCA, la procédure d’autorisation s’appliquera que l’administrateur retire un profit direct ou indirect de la convention conclue avec la société. Lorsque le profit est indirect pour l’administrateur, le MBCA impose que celui-ci ai connaissance de la convention et que le profit découle effectivement de la convention conclue :

The personal economic stake of the director must be in the transaction itself—that is, the director’s gain must flow directly from the transaction. A remote gain (for example, a future reduction in tax rates in the local community) is not enough to give rise to a conflicting interest under clause (ii) of the definition (commentaire officiel MBCA 2016).

De plus, le MBCA exige que le profit retiré par l’administrateur, soit monétaire :

The “interest” of a director or a related person in a transaction can be direct or indirect (e.g., as an owner of an entity or a beneficiary of a trust or estate), but it must be financial for there to exist a “director’s conflicting interest transaction.” Thus, for example, an interest in a transaction between X Co. and a director’s alma mater, or any other transaction involving X Co. and a party with which D might have emotional involvement but no financial interest, would not give rise to a director’s conflicting interest transaction³²¹.

En France, l’article L225-39 du code de commerce prévoit que la procédure des conventions réglementées ne s’applique pas aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. La notion d’opération courante, comme celles de conditions normales posent des difficultés d’interprétation. La Cour de cassation a par exemple jugé qu’un contrat « ne pouvait être considéré comme portant sur une opération courante, dès lors, d’un côté, qu’il instituait un avantage au profit de certains mandataires, dans leur intérêt personnel direct ou indirect, en les faisant bénéficier de prestations étrangères à l’intérêt de la société Axa Re et, de l’autre, qu’il avait nécessairement des conséquences dommageables pour cette dernière, dans la mesure où il lui faisait supporter une charge financière non négligeable, sans aucune contrepartie pour elle »³²². Le MBCA en revanche ne prévoit pas une telle exception et toutes les conventions visées par l’article 8.60 devront, afin d’empêcher que la responsabilité d’un administrateur soit engagée³²³, suivre la procédure prévue aux articles 8.62 et 8.63.

³²⁰ Lyon, 21 mai 1951 : Gaz. Pal. 1951, II, p. 179.

³²¹ Commentaire officiel MBCA 2016.

³²² Com., 3 juin 2008, n°07-12.307.

³²³ En France, l’autorisation donné par le Conseil d’administration n’empêchera pas de pouvoir engager la responsabilité des personnes ayant un conflit d’intérêt avec la société, si l’assemblée à désapprouver la convention (article L225-41 du code de commerce), voir infra.

Différences entre les différents Etats américains

Un certain nombre d'Etats ont des dispositions similaires à l'article 8.60 du MBCA. C'est le cas notamment de l'Etat du Connecticut³²⁴. Ce dernier a toutefois modifié l'ordre des définitions. L'Etat de Louisiane³²⁵ a, quant à lui, modifié la présentation de l'article avant de l'adopter et continue à utiliser le terme « administrateur » à la place d' « individu » dans la définition des personnes interposées. L'Etat de l'Alabama³²⁶ a conservé les dispositions du MBCA dans sa version de 1989. Il a donc conservé la définition du conflit d'intérêt alors que cette dernière a été supprimée en 2004 par le comité de révision du MBCA. L'Etat de l'Arizona³²⁷, l'Etat de Washington³²⁸ ou encore l'Etat de Géorgie³²⁹ ont des dispositions similaires à celles de l'Etat de l'Alabama. Certains Etats, comme l'Etat du Delaware³³⁰ ou celui du Minnesota³³¹, n'ont pas de dispositions définissant les conflits d'intérêt pouvant exister entre la société et ses administrateurs. Le législateur, dans ces deux Etats, a toutefois posé le principe selon lequel une convention n'était pas nulle du seul fait qu'elle ait été conclue entre la société et un administrateur³³². De plus, une telle convention sera valablement approuvée par le conseil d'administration si siège dans ce dernier au moins un administrateur indépendant, eu égard à la convention devant être approuvée :

section 144(a)(1) provides that a covered transaction will not be void or voidable solely as a result of the offending interest if it is approved by an informed majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum. Under the section 144 statutory analysis, so long as there is one informed, disinterested director on the board, and so long as he or she approves the transaction in good faith, the transaction will not be presumptively voidable due to the offending interest. In other words, a nine-member board with a single disinterested director may approve a covered transaction and reap the benefits of the section 144 safe harbor³³³.

³²⁴ Article 33-781 du chapitre 601 du titre 33 du code de l'Etat du Connecticut, CT Gen Stat § 33-781 (2018).

³²⁵ Article 12 :1-860 du code de l'Etat de Louisiane ; LA Rev Stat § 12:1-860.

³²⁶ Article 10A-2-8.60 du code de l'Etat de l'Alabama ; AL Code § 10A-2-8.60 (2017).

³²⁷ Article 10-860 du code de l'Etat de l'Arizona ; AZ Rev Stat § 10-860 (2015).

³²⁸ Article 23.B.08.700 du code de l'Etat du Washington.

³²⁹ Article 14-2-860 du code de l'Etat de Géorgie ; GA Code § 14-2-860 (2017).

³³⁰ Article 144 du titre 8, chapitre 1 du code de l'Etat du Delaware ; 8 Del. C. 1953, § 144.

³³¹ Article 302.A255 du code de l'Etat du Minnesota.

³³² Article 144 du titre 8, chapitre 1 du code de l'Etat du Delaware ; 8 Del. C. 1953, § 144 : « (a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if:

(1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or

(2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the stockholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the stockholders; or

(3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the stockholders ».

(b) Common or interested directors may be counted in determining the presence of a quorum at a meeting of the board of directors or of a committee which authorizes the contract or transaction.

³³³ Cummings v. Eden et al, C.A. No. 13007-VCS (Del. Ch. 2018).

Les juges de l'Etat du Delaware estiment de plus que les procédures prévues à l'article 114 du code des sociétés pour valider les conventions conclues entre les administrateurs et la société ne sont pas exhaustives :

*We agree that section 144(a) does not provide the only validation standard for interested transactions*³³⁴.

L'Etat de Floride a des dispositions similaires à celles l'Etat du Delaware concernant le principe d'absence de nullité des conventions conclues entre la société et ses administrateurs³³⁵. Cependant, l'article 607.0832 du code de l'Etat de Floride est plus précis concernant les conditions pour que la transaction soit valablement autorisée. Cette solution a également été adoptée par l'Etat de l'Indiana³³⁶. En France, les règles posées par le législateur sont également relativement souples puisqu'une convention réglementée ne pourra pas être annulée si elle a été approuvée par le conseil d'administration, sans qu'il soit nécessaire que les administrateurs votant soient désintéressés eu égard à la convention en cause. En effet, conformément aux dispositions de l'article L225-42 du code de commerce, « sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ». De plus, afin que ses effets disparaissent vis-à-vis des tiers, le demandeur devra prouver une fraude. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment jugé : « qu'il est indifférent pour la validité de la convention au regard des dispositions de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, applicable à la cause, que l'assemblée générale des actionnaires ait approuvé la convention ou qu'elle l'ait désapprouvée ou encore qu'elle ait sursis à statuer, et que, hors le cas de fraude, la décision prise par le conseil d'administration engage la société dès qu'elle est acceptée par les bénéficiaires »³³⁷. Enfin, la nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale et, là encore, il n'est pas nécessaire que les votants soient des personnes désintéressées. Il est néanmoins nécessaire que les actionnaires soient dûment informés des circonstances entourant la convention. Aux Etats-Unis, l'article 144 du code des sociétés de l'Etat du Delaware ne concerne que la nullité des conventions conclues entre la société et ses administrateurs. En conséquence, la responsabilité de ces derniers pourra être recherchée conformément aux règles *commun law* :

*Under the common law, however, the factor is somewhat different; approval must be by a disinterested majority of the entire board. That is, a plaintiff may rebut the presumption of the business judgment rule by showing that a majority of the individual directors were interested or beholden. In the common-law analysis, therefore, a transaction approved by the nine-member board discussed above (with the single disinterested director) will be subject to the entire-fairness standard. The standards are phrased similarly for the statutory and common-law analyses, but they are in fact quite different*³³⁸.

L'utilisation de la notion de transaction juste (*fair*) laisse une grande latitude aux administrateurs car les juges appliqueront la règle du jugement commercial³³⁹ (*business judgment rule*) :

What then would be a fair allocation? As in the New York Central case plaintiff makes no suggestion. The obvious reason for his failure to do so is that it is impossible, as between parent and subsidiary, to set fair standards for allocation

³³⁴ Marciano v. Nakash, 535 A.2d 400 (1987).

³³⁵ Les dispositions ne concernent pas les managers (officers).

³³⁶ Article 23-1-35-2 du Code de l'Indiana.

³³⁷ Com. 22 mai 1970, pourvoi n°67-13197.

³³⁸ Cummings v. Eden et al, C.A. No. 13007-VCS (Del. Ch. 2018).

³³⁹ Voir supra.

*agreements. Nor does this impossibility justify allocating the entire amount of tax savings to the loss-subsidiary, particularly where it appears, as here, that the subsidiary itself could not, in all probability, have ever availed itself of the use of the loss. The question, then, is reduced to one of business judgment with which the court should not interfere absent a showing of "gross and palpable overreaching." No such showing is here made*³⁴⁰.

Jurisprudence comparée³⁴¹

En France et aux Etats-Unis, les juges imposent aux administrateurs de privilégier l'intérêt de la société sur leur intérêt personnel. La Cour de cassation a par exemple estimé qu'un dirigeant avait envers la société une « obligation de loyauté et de fidélité »³⁴². Ce devoir de loyauté s'impose également aux administrateurs américains³⁴³. Les juges américains considèrent que les conflits d'intérêt concernent notamment les conventions dans lesquelles un administrateur est des deux côtés de la transaction :

*Classic examples of director self-interest in a business transaction involve either a director appearing on both sides of a transaction or a director receiving a personal benefit from a transaction not received by the shareholders generally*³⁴⁴.

Dans les deux pays, les juges contrôlent les conflits d'intérêt directs et indirects, c'est-à-dire que les conventions conclues entre la société et une personne interposée seront soumises aux mêmes procédures que les conventions conclues directement avec un administrateur (ou un dirigeant en France). Il existe cependant peu de décisions de justice relatives à la notion de personnes interposées. Aux Etats-Unis, il a été considéré que, lorsqu'un avantage est accordé à l'enfant d'un administrateur, la procédure spéciale d'autorisation doit être respectée :

The company's president was Defendant Robert Gately (Robert), who is Stephanie's son. (...)

The disputed transaction was a proposal by Stephanie, made in her capacity as a director, to award a bonus to Robert in the form of company stock and cash valued at \$1.2 million "to compensate him for past service to the company and to prevent him from resigning." (...)

*It was, (...) a "consensual bilateral arrangement" (...) that can be reviewed under the safe harbor provision*³⁴⁵.

Les décisions judiciaires concernant la nature des conventions devant faire l'objet d'une autorisation sont également rares. Il a toutefois été jugé en France qu'« un directeur délégué d'une société anonyme qui loue un immeuble à une SCI dont il est associé est susceptible d'être indirectement intéressé à la conclusion du contrat de bail »³⁴⁶. De même, en France et aux Etats-Unis, la procédure des conventions réglementées doit être appliquée lorsque l'administrateur est également associé majoritaire de la société cocontractante³⁴⁷³⁴⁸.

³⁴⁰ Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 791 (Del. Ch.1967).

³⁴¹ Annexe 18.

³⁴² Com. 16 mai 2018, pourvoi n°15-16284.

³⁴³ A. Inc.,Cede & Co. v. Technicolor,634 2d 345, 362 (Del. 1993).

³⁴⁴ A. Inc.,Cede & Co. v. Technicolor,634 2d 345, 362 (Del. 1993).

³⁴⁵ Warren v Campbell Farming Corporation, Supreme Court of Montana, No. OP 10-0493, 30 décembre 2011.

³⁴⁶ Com. 16 mai 2018 N° de pourvoi: 16-18183.

³⁴⁷ CA Reims, 19 novembre 2007, RG n°06/1933.

³⁴⁸ Ryan v. Tad's Enterprises, Inc., 709 A.2d 682 (1996).

Aux Etats-Unis, le contentieux porte le plus souvent sur la question de savoir si les administrateurs qui ont voté étaient indépendants³⁴⁹. Cette problématique se pose peu en France, même si les juges interdisent en principe aux administrateurs intéressés de voter³⁵⁰.

2°) Les procédures pour les conventions conclues avec la société

Historique

Les dispositions relatives aux conventions interdites et aux conventions réglementées ont été peu modifiées en France. L'article 106 de la loi du 25 juillet 1966 disposait déjà que « à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs 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. Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales. La même interdiction s'applique aux directeurs généraux et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée ». De même, l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 disposait pour les sociétés anonymes classiques que « toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée. Sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenant entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise ». En France, les réformes les plus importantes concernant la procédure d'autorisation des conventions réglementées a été celle de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 qui a imposé au conseil d'administration de motiver son autorisation. La loi du 15 mai 2011 a, quant à elle, supprimé l'obligation de communiquer aux membres du conseil ainsi qu'aux commissaires aux comptes la liste et l'objet des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales et passées par la société avec des dirigeants ou un actionnaire détenant 10 % des droits de vote. Les dispositions du MBCA, en revanche, ont été profondément remaniées au cours du temps. En effet, à l'origine, en 1950, le MBCA interdisait expressément les prêts accordés par la société à ses administrateurs ou à ses managers. De manière générale aux Etats-Unis, les règles concernant les relations entre les dirigeants et la société ont connu plusieurs étapes qui vont toutes vers plus de liberté et de souplesse. Le Professeur Marsh retrace ces étapes dans son article *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*³⁵¹. Il explique qu'en 1880 le principe général était que les conventions entre la société et les administrateurs étaient annulables :

In 1880 it could have been stated with confidence that in the United States the general rule was that any contract between a director and his corporation was

³⁴⁹ Voir supra.

³⁵⁰ Voir supra.

³⁵¹ H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.36.

*voidable at the instance of the corporation or its shareholders, without regard to the fairness or unfairness of the transaction*³⁵².

En effet, les juges considéraient alors qu'une personne ne peut pas conclure un contrat avec elle-même :

*It is among the rudiments of the law that the same person cannot act for himself and at the same time, with respect to the same matter, as agent for another, whose interests are conflicting*³⁵³.

En conséquence les conventions entre les administrateurs et la société étaient en principe annulées :

*(...) all arrangements by directors of a railroad company, to secure an undue advantage to themselves at its expense, by the formation of a new company as an auxiliary to the original one, with an understanding that they or some of them shall take stock in it, and then, that valuable contracts shall be given to it, in the profits of which they, as stockholders in the new company, are to share, are so many unlawful devices, to enrich themselves to the detriment of the stockholders and creditors of the original company, and will be condemned whenever properly brought before the courts for consideration*³⁵⁴.

Cette règle est celle qui s'applique toujours en France pour les conventions dites interdites de l'article L225-43 du code de commerce. Toutefois il convient de noter qu'aux Etats-Unis, la nullité ne s'appliquait en réalité que pour les contrats qui n'avaient pas encore été exécutés³⁵⁵. Ce principe de l'annulabilité des conventions conclues entre un administrateur et la société a été ensuite inversé à la condition toutefois que ces dernières aient été approuvées par un conseil d'administration indépendant eu égard à la convention en cause :

*It could have been stated with reasonable confidence in 1910 that the general rule was that a contract between a director and his corporation was valid if it was approved by a disinterested majority of his fellow directors and was not found to be unfair or fraudulent by the court if challenged; but that a contract in which a majority of the board was interested was voidable at the instance of the corporation or its shareholders without regard to any question of fairness*³⁵⁶.

Le principe a été assoupli dans les années suivantes et une convention conclue entre la société et un administrateur n'était plus annulable du seul fait qu'elle avait été approuvée par un conseil dans lequel ne siégeaient pas une majorité d'administrateurs indépendants :

*By 1960 it could be said with some assurance that the general rule was that no transaction of a corporation with any or all of its directors was automatically voidable at the suit of a shareholder, whether there was a disinterested majority of the board or not; but that the courts would review such a contract and subject it to rigid and careful scrutiny, and would invalidate the contract if it was found to be unfair to the corporation*³⁵⁷.

A partir de la fin des années 1960, les Etats américains ont adopté des dispositions empêchant les recours des actionnaires ou de la société contre les conventions conclues entre la société et ses administrateurs lorsque ces dernières avaient été approuvées par des administrateurs ou des

³⁵² H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.35.

³⁵³ *Wardell v. Union Pacific R. R. Co.*, 103 U. S. 651 (1880).

³⁵⁴ *Wardell v. Union Pacific R. R. Co.*, 103 U. S. 651 (1880).

³⁵⁵ J. Velasco, *The Diminishing Duty of Loyalty*, 75 Wash. & Lee L. Rev. 1035 (2018), p 1043.

³⁵⁶ H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.39.

³⁵⁷ H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.43.

actionnaires indépendants. L'Etat de Californie a adopté une telle disposition dès 1931. Il a été suivi par de nombreux Etats³⁵⁸. Les articles 8.60, 8.61, 8.62 et 8.63 du MBCA ont, quant à eux, été adoptés en 1989. Si les rédacteurs reconnaissent que les conflits d'intérêts doivent être régulés :

*The law regulates interest conflicts because experience shows that man often yields to the temptation to advance his self-interest and, if he does, other people may be injured*³⁵⁹.

Ils ajoutent toutefois que ces derniers n'ont pas systématiquement des effets négatifs :

*Thus, while conflicting interests surely carry potential danger, other important social values - economic efficiency, predictability, and business finality - are also at stake and should be accorded heavy countering weight in the law*³⁶⁰.

Ils expliquent également que la règle de *common law* qui rend annulable les conventions conclues entre la société et les administrateurs a été perçue avec le temps comme difficilement applicable en pratique et contraire à l'intérêt de la société. Elle devait donc être modifiée :

*The common law, drawing by analogy on the fiduciary principles of trusts, initially took the position that any transaction between director of X Co. was contaminated by the director's conflicting interest, transaction was null and void or voidable and, at least by implication, interested director who benefited from the transaction could be disgorge any profits and be held liable for any damages. In time, this rule was perceived to be demonstrably unworkable in the real business world and contrary to the best interests of the corporation. Accordingly, modified their initial rigidity and in addition, corrective legislation as a part of the business corporation acts*³⁶¹.

Ils ajoutent que leur objectif est de promouvoir la sécurité juridique :

*Its key objectives are to increase predictability and to enhance practical administrability*³⁶².

Les articles 8.60 et suivants du MBCA sont restés relativement stables depuis leur adoption en 1989. En 2004, l'article 8.61 du MBCA a été notamment complété afin de préciser les informations que doit transmettre un administrateur qui est tenu par une obligation de confidentialité. Cette même année, la structure de l'article 8.63 du MBCA a également été modifiée et la définition des « actions qualifiées » (*qualified shares*) est précisée. De plus afin d'éviter les répétitions, la définition de la notion d'administrateur qualifié a été déplacée de l'article 8.62 du MBCA à l'article 1.43.

Dispositions législatives³⁶³

En France certaines conventions passées entre la société et ses administrateurs, personnes physiques, directement ou indirectement, sont en principe interdites. Cette interdiction s'étend aux directeurs généraux et aux directeurs généraux délégués ainsi qu'aux ascendants, descendants et conjoint de ces derniers ou des administrateurs. Le MBCA ne prévoit plus de

³⁵⁸ Voir infra.

³⁵⁹ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Director's Conflicting Interest Transactions, *The Business Lawyer*, Vol. 43, No. 2 février 1988, p. 693.

³⁶⁰ Changes in the Model Business Corporation Act—Amendments Pertaining to Director's Conflicting Interest Transactions, *The Business Lawyer*, Vol. 43, No. 2 février 1988, p. 694.

³⁶¹ Changes in the Model Business Corporation Act - Amendments Pertaining to Directors' Conflicting Interest Transactions, *The Business Lawyer*, Vol. 44, No. 4, Août 1989, p. 1307.

³⁶² Changes in the Model Business Corporation Act - Amendments Pertaining to Directors' Conflicting Interest Transactions, *The Business Lawyer*, Vol. 44, No. 4, Août 1989, p. 1308.

³⁶³ Annexe 19.

telles interdictions. Il prévoit uniquement des procédures à respecter afin d'éviter que la responsabilité de l'administrateur, en conflit d'intérêt avec la société, voit sa responsabilité engagée. En effet, l'article 8.61 du MBCA précise que, si un administrateur a respecté la procédure prévue à l'article 8.62 ou à l'article 8.63 du MBCA, sa responsabilité ne pourra pas être recherchée par la société ou les actionnaires. En France, également en ce qui concerne les conventions réglementées, l'autorisation préalable du conseil d'administration ne protège pas l'administrateur d'un recours éventuel de la société ou des actionnaires. En effet, conformément aux dispositions de l'article L225-41 du code de commerce, « les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées (par l'assemblée) peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration ». Aux Etats-Unis, le MBCA précise que la responsabilité d'un administrateur ne pourra pas être engagée, alors même que la procédure n'a pas été suivie, si l'administrateur prouve que l'acte est juste (*fair*) pour la société. Le commentaire du MBCA explique que :

In considering the "fairness" of the transaction, the court will be required to consider not only the market fairness of the terms of the deal—whether it is comparable to what might have been obtainable in an arm's length transaction—but also (as the board of directors would have been required to do) whether the transaction was one that was reasonably likely to yield favorable results (or reduce detrimental results).

De la même manière en France, la responsabilité d'un administrateur ne pourra pas être recherchée si la convention réglementée, bien que non approuvée par l'assemblée générale, est favorable ou juste neutre pour la société, puisque selon l'article L225-41 du code de commerce, seules les conséquences dommageables peuvent être mises à la charge de l'administrateur. Une différence entre la France et les Etats-Unis existe cependant, puisque les rédacteurs du MBCA imposent également, afin d'éviter un recours contre l'administrateur, que la procédure suivie ait été juste (*fair*). En revanche, le législateur français ne s'attache qu'aux conséquences de la convention. Selon le commentaire officiel du MBCA, si un administrateur n'informe pas correctement le conseil d'administration sur la convention en cause, la procédure ne peut pas être considérée comme juste :

One illustration of unfair dealing is the director's failure to disclose fully the director's interest or hidden defects known to the director regarding the transaction.

Le fait de rechercher, en plus des conséquences, si la procédure a été juste est classique aux Etats-Unis. Les juges de l'Etat du Delaware expliquent par exemple que la notion d'équité (*fairness*) implique un juste prix et une procédure juste :

The concept of fairness has two basic aspects: fair dealing and fair price. The former embraces questions of when the transaction was timed, how it was initiated, structured, negotiated, disclosed to the directors, and how the approvals of the directors and the stockholders were obtained. The latter aspect of fairness relates to the economic and financial considerations of the proposed merger, including all relevant factors: assets, market value, earnings, future prospects, and any other elements that affect the intrinsic or inherent value of a company's stock³⁶⁴.

Ils ajoutent toutefois que le juste prix est plus important qu'une procédure juste :

However, the test for fairness is not a bifurcated one as between fair dealing and price. All aspects of the issue must be examined as a whole since the question is one of entire fairness. However, in a non-fraudulent transaction we recognize that price may be the preponderant consideration outweighing other features of the merger³⁶⁵.

³⁶⁴ Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983).

³⁶⁵ Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del. 1983).

Concernant la procédure à suivre, en France l'autorisation de conclure une convention réglementée est donnée par le conseil d'administration. Le MBCA prévoit également une telle procédure, avec néanmoins des conditions plus strictes notamment en ce qui concerne les informations devant être divulguées par l'administrateur concerné. Le MBCA prévoit en plus que l'autorisation puisse être donnée par l'assemblée générale. En France, cette dernière votera également mais les effets sont limités puisque les conventions désapprouvées produisent néanmoins leurs effets vis-à-vis des tiers, sauf en cas de fraude³⁶⁶. Une autre différence importante entre le code de commerce et le MBCA est que ce dernier impose que les personnes qui approuvent la convention soient désintéressées. En effet, l'article 8.62 du MBCA, qui concerne la procédure devant le conseil d'administration, précise que la responsabilité d'un administrateur ne pourra pas être recherchée si l'acte a été autorisé par un vote à la majorité d'au moins deux administrateurs désintéressés (*qualified directors*)³⁶⁷. La notion de directeur désintéressé pour l'application de l'article 8.62 du MBCA est donnée par l'article 1.43(a)(4) :

(a) A "*qualified director*" is a director who, at the time action is to be taken under:

(1) Section 8.62, is not a director (i) as to whom the transaction is a director's conflicting interest transaction, or (ii) who has a material relationship with another director as to whom the transaction is a director's conflicting interest transaction;

Le commentaire précise que la notion d'administrateur désintéressé englobe celle d'administrateur indépendant tout en étant plus spécifique :

Although the term "qualified director" embraces the concept of independence, it does so only in relation to the director's interest or involvement in the specific situations to which the definition applies.

Le commentaire de l'article 8.62 du MBCA précise que la notion d'administrateur désintéressé exclut de fait les administrateurs en conflit d'intérêt :

The definition of "qualified director" in section 1.43(a)(4) excludes not only a director who is conflicted directly or because of a person specified in the categories of the "related person" definition in section 8.60, but also any director with a familial, financial, employment, professional or other relationship with another director for whom the transaction is a director's conflicting interest transaction that would be likely to impair the objectivity of the first director's judgment when participating in a vote on the transaction.

Concernant la notion plus générale d'indépendance des administrateurs, les juges de l'Etat du Delaware ont considéré que le fait pour des administrateurs d'évoluer dans les mêmes cercles et de se considérer comme amis ne leur ôtaient pas leur indépendance les uns vis-à-vis des autres :

Allegations that Stewart and the other directors moved in the same social circles, attended the same weddings, developed business relationships before joining the board, and described each other as "friends," even when coupled with Stewart's 94% voting power, are insufficient, without more, to rebut the presumption of independence³⁶⁸.

Toutefois, les mêmes juges ont considéré qu'une amitié vieille de 50 ans empêchait un administrateur d'être indépendant :

the plaintiffs pled not only that the director had a close friendship of over half a century with the interested party, but that consistent with that deep friendship, the director's primary employment (and that of his brother) was as an executive of a company over which the interested party had substantial influence. These, and

³⁶⁶ Article L225-41 du code de commerce.

³⁶⁷ Pour une explication sur cette terminologie voir supra.

368 Beam v. Stewart, 845 A.2d 1040 (Del. 2004).

*other facts of a similar nature, when taken together, support an inference that the director could not act independently of the interested party*³⁶⁹.

En plus d'être désintéressés, les rédacteurs du MBCA ont précisé que les administrateurs devaient agir de bonne foi et qu'ils devaient s'informer sur l'acte en cause :

Any discussion of section 8.62 must have in mind the requirements that directors act in good faith and on reasonable inquiry (commentaire MBCA 2016).

En France, le législateur n'impose pas que les administrateurs soient désintéressés ou indépendants. L'article 225-40 du code de commerce précise simplement que « l'intéressé ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée ». Le législateur prévoit que les conventions autorisées par le conseil d'administration doivent être transmises aux commissaires au compte qui rédige alors un rapport qui est soumis à l'assemblée générale. Toutefois, nous l'avons vu, le vote de l'assemblée générale ne peut pas remettre en cause la convention conclue.

L'article 8.62 (b) du MBCA envisage le cas particulier dans lequel un administrateur, qui est soumis à un devoir de confidentialité, alors même qu'il a un conflit d'intérêt eu égard à la convention devant être approuvée sans toutefois être directement partie à l'acte. Ainsi que l'explique les rédacteurs du MBCA, cette situation arrivera le plus souvent lorsqu'un administrateur siège dans plusieurs conseils d'administration :

If D is also a director of Y Co., D may have acquired confidential information from one or both directorships relevant to a transaction between X Co. and Y Co., that D cannot reveal to one without violating a fiduciary duty owed to the other.

Dans ce cas, la procédure sera considérée comme respectée si l'administrateur révèle l'existence et la nature de son conflit d'intérêt, le fait qu'il est soumis à un devoir de confidentialité ainsi que toutes les informations nécessaires à la prise de décision qui ne violent pas ce secret.

L'article 8.63 du MBCA concerne, quant à lui, la procédure devant les actionnaires. En effet, la responsabilité d'un administrateur ayant un conflit d'intérêt ne pourra pas être recherchée si l'acte a été approuvé par un vote des actionnaires désintéressés eu égard à l'acte en cause et à la condition que ces derniers aient été suffisamment informés sur la nature et les conséquences de l'acte. Selon cet article, un actionnaire sera désintéressé s'il n'est pas lié familialement ou économiquement à l'administrateur qui a le conflit d'intérêt :

*The definition of "qualified shares" in section 8.63(c) does not exclude shares held by entities or persons described in clause (vi) of the definition of "related person" in section 8.60, i.e., a person that is, or is an entity that is controlled by, an employer of D*³⁷⁰.

Il appartient à l'administrateur qui a un conflit d'intérêt de nommer tous les actionnaires qui, à sa connaissance, ne sont pas désintéressés:

*In many circumstances, the secretary or other person charged with counting votes on behalf of X Co. will have no way to know which of X Co.'s outstanding shares should be excluded from the vote. Section 8.63(b) (together with subsection (c)) therefore obligates a director who has a conflicting interest respecting the transaction, as a prerequisite to safe harbor protection by shareholder action, to provide information known to the director with respect to the shares that are not qualified*³⁷¹.

³⁶⁹ Del. Cty. Emps. Ret. Fund v. Sanchez, 124 A.3d 1017 (Del. 2015).

³⁷⁰ Commentaire officiel MBCA 2016.

³⁷¹ Commentaire officiel MBCA 2016.

Si l'administrateur ne respecte pas cette obligation, la procédure sera considérée comme n'ayant pas été respectée. Il ne pourra donc pas bénéficier de l'immunité conférée par cette dernière. Il devra, en cas de litige, prouver que l'acte est avantageux (*fair*) pour la société. La procédure prévue à l'article 8.63 du MBCA peut être engagée avant ou après la conclusion de l'acte en cause :

Shareholder action that complies with subsection § 8.63(a) may be taken at any time, before or after the corporation becomes legally obligated to complete the transaction (commentaire officiel du MBCA 2016).

En revanche, la procédure visée à l'article 8.62 du MBCA, comme la procédure de l'article L225-38 du code de commerce en France, doivent obligatoirement être préalable à la conclusion de la convention. En France, comme dans le MBCA, si une convention réglementée n'a pas été autorisée et qu'elle entraîne des conséquences dommageables pour la société, la responsabilité de l'administrateur pourra être engagée et la convention pourra être annulée. Le MBCA prévoit également la possibilité de modifier les termes de la convention (*equity relief*).

Différences entre les différents Etats américains

Dans les années 1960, vingt Etats américains interdisaient les prêts accordés par la société à ses administrateurs³⁷² et quatre Etats, dont celui du Delaware, les autorisaient³⁷³. Aujourd'hui la tendance est inverse et l'interdiction des prêts aux administrateurs, lorsqu'elle existe, n'est jamais absolue. L'Etat de Californie par exemple pose le principe de l'interdiction des prêts et des garanties par la société à ses administrateurs :

*(a) A corporation shall not make any loan of money or property to, or guarantee the obligation of, any director or officer of the corporation or of its parent*³⁷⁴.

Toutefois, le législateur a prévu un certain nombre d'exceptions, notamment comme en France, s'il s'agit d'une opération courante :

*Any loan or guaranty made by a corporation that makes loans or guaranties in the ordinary course of its business if statutes or regulations pertaining to the corporation expressly regulate the making by the corporation of loans to its officers or directors or the undertaking of guaranties of the obligations of its officers or directors*³⁷⁵.

La même solution s'applique dans l'Etat de l'Indiana même si le principe posé est moins absolu puisque les exceptions sont envisagées dès le début de l'article :

Sec. 3. (a) Except as provided by subsection (c), a corporation may not lend money to or guarantee the obligation of a director of the corporation unless:

(1) the particular loan or guarantee is approved by a majority of the votes represented by the outstanding voting shares of all classes, voting as a single voting group, except the votes of shares owned by or voted under the control of the benefited director; or

*(2) the corporation's board of directors determines that the loan or guarantee benefits the corporation and either approves the specific loan or guarantee or a general plan authorizing loans and guaranties*³⁷⁶.

³⁷² H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.69.

³⁷³ H. Marsh, Jr., *Are Directors Trustees?: Conflict of Interest and Corporate Morality*, 22 Business Lawyer Vol. 22, novembre 1966 (exploring the history of the enforcement of the duty of loyalty), p.69.

³⁷⁴ Article 315 du titre 1, division 1 du code de l'Etat de Californie.

³⁷⁵ Article 315 du titre 1, division 1 du code de l'Etat de Californie.

³⁷⁶ Article 23-135-3 du code de l'Indiana.

Certains Etats posent le principe de l'autorisation des prêts ou des garanties de la société à un administrateur mais avec des exceptions ou des conditions. C'est notamment le cas de l'Etat de Floride puisque l'article 607.0833 du code de cet Etat commence par poser le principe de l'autorisation :

Any corporation may lend money to, guarantee any obligation of, or otherwise assist any officer, director, or employee of the corporation or of a subsidiary (...).

Cet article continue toutefois en posant des conditions. Les administrateurs doivent par exemple estimer que le prêt ou la garantie va avoir des conséquences économiques favorables pour la société :

(...) whenever, in the judgment of the board of directors, such loan, guaranty, or assistance may reasonably be expected to benefit the corporation.

Enfin, certains Etats ont adopté des dispositions similaires au MBCA. Il s'agit notamment du cas de l'Etat du Vermont³⁷⁷, de l'Etat du New Hampshire³⁷⁸ ou de l'Etat de Louisiane³⁷⁹.

Jurisprudence comparée³⁸⁰

En France, le législateur a interdit certaines conventions conclues entre la société et ses dirigeants et ce à peine de nullité. Il n'existe donc pas de jurisprudence dans ce domaine. Les problèmes soulevés par les conventions réglementées concernent principalement leur définition et leur champ d'application³⁸¹. Aux Etats-Unis, dans les Etats dans lesquels toutes les conventions entre la société et ses administrateurs sont autorisées, la question qui se pose est celle de l'indépendance des administrateurs qui les autorisent. Cette question de l'indépendance est centrale aux Etats-Unis, et ce pour toutes les décisions prises par les administrateurs, et pas seulement celles concernant les prêts.

« Independence is a fact-specific determination made in the context of a particular case. The court must make that determination by answering the inquiries: independent from whom and independent for what purpose? »³⁸².

Nous l'avons dit, le législateur français n'impose pas que les administrateurs soient indépendants. Toutefois les juges estiment que les administrateurs intéressés ne doivent pas prendre part au vote. La Cour d'appel de Grenoble a notamment jugé que « force est toutefois de constater que les administrateurs intéressés ne pouvaient pas plus prendre part au vote d'autorisation, sauf à vider de son sens et de sa portée l'article L 225-40 alinéa 1 du code de commerce »³⁸³. La question de savoir si un administrateur est indépendant est délicate en particulier dans les petites sociétés. Ainsi que l'explique un auteur américain, les administrateurs ont tendance à se considérer naturellement comme indépendants :

Committee on Corporate Laws members function in a world in which directors are independent. In their world no one would dream of disguising a beholden director as an independent one. Faced with a choice between higher conduct standards or flexible enabling guidelines, committee members glance at the former but adopt the latter³⁸⁴.

³⁷⁷ Article 11A V.S.A. §8.61 et suivants du code de l'Etat du Vermont.

³⁷⁸ Article 293-A:8.62 du code de l'Etat du New Hampshire ; NH Rev Stat § 293-A:8.62 (2017).

³⁷⁹ Article 12-1-832 du code de l'Etat de Louisiane ; LA Rev Stat § 12:1-862.

³⁸⁰ [Annexe 20](#).

³⁸¹ Voir supra.

382 Beam v. Stewart, 845 A.2d 1040 (Del. 2004)

³⁸³ CA Grenoble 29 mai 2008, RG n°08/00312.

³⁸⁴ D. M. Branson, Recent Changes to the Model Business Corporatin Act: Death Knells for Main Street Corporatin Law, Nebraska Law Review, Vol.72, 1993, p.278.

Les juges américains ont toutefois expliqué qu'un administrateur indépendant est un administrateur qui privilégie l'intérêt de la société sur son intérêt personnel :

*We have generally defined a director as being independent only when the director's decision is based entirely on the corporate merits of the transaction and is not influenced by personal or extraneous considerations*³⁸⁵.

Cette définition est toutefois sujette à de nombreuses interprétations.

3°) Les procédures pour les opportunités d'affaires

Historique

Contrairement à la France, le MBCA prévoit des dispositions particulières pour les conflits d'intérêts relatifs aux opportunités d'affaires. Les dispositions de l'article 8.70 du MBCA relatives aux procédures permettant à un administrateur d'accepter des opportunités d'affaires qui pourraient également intéresser la société ont été insérées en 2004. Le comité de révision estimait notamment que, dans certains cas, empêcher un administrateur d'accepter une opportunité d'affaires sans la présenter à la société est contraire à l'intérêt de cette dernière :

*Eventually, it was perceived that a flat void/voidable rule could work against corporation's best interest. Although self-interested transactions carry a potential for injury to the corporation, they also carry a potential for benefit. A director who is self-interested may nevertheless act fairly, and there may be cases where director either owns a unique asset that the corporation needs or is willing offer the corporation more favorable terms than are available on the market (for example, where the director is more confident of the corporation's financial ability to perform than a third person would be*³⁸⁶.

En 2016 l'article 8.70 a été modifié pour prendre en considération la possibilité pour les actionnaires d'insérer dans les statuts des clauses exonératoires de responsabilité en cas de violation du devoir de loyauté.

Dispositions législatives³⁸⁷

En France, il n'existe pas de dispositions législatives particulières pour sanctionner un administrateur qui accepte une opportunité d'affaires sans la présenter préalablement à la société. Toutefois, cette pratique pourrait éventuellement être sanctionnée sur le fondement de la concurrence déloyale, même si en pratique cela sera rarement le cas³⁸⁸. Elle pourrait également être sanctionnée sur le fondement de la violation du devoir de loyauté³⁸⁹. Aux Etats-Unis, il existe une abondante littérature sur la doctrine de l'opportunité d'affaires :

*The doctrine recognizes that the corporation has a right prior to that of its directors or officers to act on certain business opportunities that come to the attention of the directors or officers. In such situations, a director or officer who acts on the opportunity for the benefit of the director or officer or another person without having first presented it to the corporation can be held to have "usurped" or "intercepted" a right of the corporation*³⁹⁰.

³⁸⁵ Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 363 (Del. 1993).

³⁸⁶ Changes in the Model Business Corporation Act - Proposed Amendments Relating to Chapter 1 and Chapter 8 (including Subchapters F and G and Duties of Directors and Officers, The Business Lawyer, Vol. 59, No. 2 (February 2004), pp. 570.

³⁸⁷ [Annexe 21](#).

³⁸⁸ Genevieve Helleringer, Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires, Dalloz, 2012.

³⁸⁹ Voir infra.

³⁹⁰ Commentaire officiel MBCA 2016.

Plus concisément, un auteur définit la doctrine de l'opportunité d'affaires comme le fait pour un administrateur d'accepter une opportunité qui aurait pu être avantageuse pour la société :

*It is most commonly defined as the taking of a business opportunity from a corporation by one of its directors*³⁹¹

Ce comportement est en principe interdit parce qu'il peut entraîner un manque à gagner pour la société et indirectement une perte pour les actionnaires :

*There is no dispute that the corporate opportunity doctrine precludes corporate fiduciaries from diverting to themselves business opportunities in which the corporation has an expectancy, property interest or right, or which in fairness should otherwise belong to the corporation*³⁹².

Cette doctrine n'interdit toutefois pas, sous certaines conditions, aux administrateurs de conclure des contrats qui pourraient également intéresser la société :

*Directors or officers of a corporation are not, by reason of the fiduciary relationship they bear toward the corporation, necessarily precluded from entering into an independent business in competition with it, but, in doing so, they must act in good faith*³⁹³.

Le MBCA a adopté cette position intermédiaire puisque, si les administrateurs ont respecté la procédure mise en place par l'article 8.70, leur responsabilité ne pourra pas être recherchée :

*In recognition that the corporation need not pursue every business opportunity of which it becomes aware, an opportunity coming within the doctrine's criteria that has been properly presented to and declined by the corporation may then be pursued or taken by the presenting director or officer without breach of the duty of loyalty*³⁹⁴.

L'article 8.70 du MBCA renvoie aux procédures prévues pour les conflits d'intérêt relevant des conventions conclues entre la société et un administrateur³⁹⁵, c'est-à-dire, qu'afin d'éviter de voir sa responsabilité engagée, l'administrateur qui souhaite directement ou indirectement accepter une opportunité d'affaires susceptible d'intéresser la société doit obtenir l'autorisation des administrateurs désintéressés (*qualified directors*) ou obtenir un vote des actionnaires désintéressés. Il existe néanmoins quelques différences puisque la procédure doit toujours être engagée préalablement à la conclusion de l'acte. De plus, les règles relatives aux opportunités d'affaires s'appliquent aux managers (*officers*) alors que celles relatives aux conventions conclues avec la société ne s'appliquaient qu'aux administrateurs. La procédure de l'article 8.70 ne peut être utilisée que pour des opportunités commerciales spécifiques³⁹⁶. Les autorisations générales relevant des clauses exonératoires de responsabilité pouvant être insérées dans les statuts³⁹⁷.

³⁹¹ M. M. Effinger, A New Corporate Statute: Adding Explicit Procedures To Maryland's Corporate Opportunity Waiver Provision, University of Baltimore Law Review, Vol. 48, 2019, p.293.

³⁹² *Klinicki v. Lundgren*, 695 P.2d 906 (1985)

³⁹³ *Incoln Stores, Inc. Vs. Douglas J. Grant & others*, 309 Mass. 417 (1941).

³⁹⁴ Commentaire officiel MBCA 2016.

³⁹⁵ Voir supra.

³⁹⁶ Commentaire de l'article 8.70 du MBCA : « The safe harbor provided under section § 8.70(a)(1) may be utilized only for a specific business opportunity ».

³⁹⁷ Voir infra article 2.02(b)(6) du MBCA.

Différences entre les différents Etats américains

Plusieurs Etats, comme le Wyoming³⁹⁸, l'Iowa³⁹⁹ ou la Virginie⁴⁰⁰ ont adopté les dispositions du MBCA dans sa version originelle c'est-à-dire celle de 2004 :

(a) A director's taking advantage, directly or indirectly, of a business opportunity may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other relief against the director, in a proceeding by or in the right of the corporation on the ground that the opportunity should have first been offered to the corporation, if before becoming legally obligated respecting the opportunity the director brings it to the attention of the corporation and:

(i) Action by qualified directors disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the procedures set forth in W.S. 17-16-862, as if the decision being made concerned a director's conflicting interest transaction; or

(ii) Shareholders' action disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the procedures set forth in W.S. 17-16-863, as if the decision being made concerned a director's conflicting interest transaction, except that, rather than making required disclosure as defined in W.S. 17-16-860, in each case the director shall have made prior disclosure to those acting on behalf of the corporation of all material facts concerning the business opportunity that are then known to the director.

(b) In any proceeding seeking equitable relief or other remedies based upon an alleged improper taking advantage of a business opportunity by a director, the fact that the director did not employ the procedure described in subsection (a) of this section before taking advantage of the opportunity shall not create an inference that the opportunity should have been first presented to the corporation or alter the burden of proof otherwise applicable to establish that the director breached a duty to the corporation in the circumstances⁴⁰¹.

D'autres Etats, comme celui du Delaware ou de Californie, n'ont aucune disposition relative spécifiquement aux opportunités commerciales.

Jurisprudence comparée⁴⁰²

Les juges français, comme les juges américains, interdisent aux dirigeants de s'accaparer personnellement des contrats qui auraient pu intéresser la société. La Cour de cassation a par exemple jugé que « le gérant démissionnaire qui crée une société concurrente dont il commence l'exploitation avant l'expiration de son préavis manque à son obligation de loyauté et de fidélité à l'égard de la société dont il était le gérant »⁴⁰³. Les juges américains ont notamment considéré que :

³⁹⁸ Article 17.16.870 du code de l'Etat du Wyoming, WY Stat § 17-16-870 (2017).

³⁹⁹ Article 490.870 du code de l'Etat de l'Iowa, IA Code § 490.870 (2016).

⁴⁰⁰ Article 13.1-691.1 du code de l'Etat de Virginie.

⁴⁰¹ Article 17.16.870 du code de l'Etat du Wyoming, WY Stat § 17-16-870 (2017).

⁴⁰² Annexe 22.

⁴⁰³ Ccom., 12 févr. 2002, Bull. Joly 2002, § 137, p. 617, note B. Saintourens ; JCP 2002, éd. E, 851, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

*Gust and Bakal's failure to offer the opportunity to represent Apple to Markal before taking it for G/B was a breach of their fiduciary duties because the Apple business was reasonably incident to "Markal's prospective operations"*⁴⁰⁴

En France la Cour de cassation a également jugé que « l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité »⁴⁰⁵. Aux Etats-Unis, un administrateur est libéré de ce devoir si la société est dans l'impossibilité d'accepter l'opportunité d'affaires :

*Since the corporation was not able to take advantage of the opportunity, the transaction was not one which, considering all the relevant facts, fairly belonged to the corporation »*⁴⁰⁶.

C/ Les clauses exonératoires de responsabilité

Aux Etats-Unis, les actionnaires peuvent insérer dans les statuts de leur société des clauses exonératoires de responsabilité tant pour le devoir de diligence que celui de loyauté. Cependant, certains comportements ne peuvent pas être inclus dans ces clauses.

Historique

Les clauses limitant ou exonérant le devoir de diligence des administrateurs

En 1986 l'Etat du Delaware a été le premier à autoriser les actionnaires à insérer dans les statuts des clauses exonératoires de responsabilité pour les administrateurs. Le législateur de cet Etat avait toutefois prévu des exceptions afin que certains comportements, considérés comme graves, ne puissent pas être exonérés. Quatre ans plus tard, soit en 1990, le MBCA adopte des dispositions similaires à celles de l'Etat du Delaware. Le commentaire officiel du MBCA explique que l'objectif est de favoriser la prévisibilité :

The language of the exceptions to section 2.02(b)(4) is intended to express the parameters of the shareholders' right to limit the directors' liability in terms that will promote predictability.

L'article 2.02 (b)6 n'a pas été modifié depuis.

Les clauses relatives aux opportunités commerciales⁴⁰⁷

Le devoir de loyauté, en particulier la doctrine de l'opportunité d'affaires, a longtemps été considéré aux Etats-Unis comme un devoir essentiel des administrateurs et les juges étaient retissant à appliquer les éventuelles clauses exonératoires insérées dans les statuts :

*opting out of fiduciary duties [is] particularly troublesome and ultimately wrong-headed, especially for elements of the duty of loyalty*⁴⁰⁸.

Ainsi, lorsqu'en 2000 l'Etat du Delaware a autorisé les actionnaires à limiter ce devoir, certains auteurs ont critiqué cette mesure :

(...) many then-emerging sources of capital, such as private equity, venture capital or spin-off transactions, may subject their financial sponsors to fiduciary

⁴⁰⁴ Levy v. Markal Sales Corp., 643 N.E.2d 1206, 1214 -15 (Ill. App. Ct. 1994).

⁴⁰⁵ Com 15 novembre 2001, pourvoi n°10-15949.

406 Thorpe v. CERBCO, Inc. Delaware Supreme Court, 676 A.2d 436 (1996).

⁴⁰⁷ Voir supra pour plus de détail sur la doctrine de l'opportunité d'affaires.

⁴⁰⁸ J. N. Gordon, The Mandatory Structure of Corporate Law, Colum. Law Review p. 1593 (1989).

*duties in profound conflict with either their larger business plans or with fiduciary obligations they owe to other business entities*⁴⁰⁹.

En effet ainsi que l'expliquait des juges en 1937 :

*They (directors) are bound to act with absolute fidelity and must place their duties to the corporation above every other financial or business obligation (...) They cannot be permitted to serve two masters whose interests are antagonistic*⁴¹⁰.

Toutefois, le devoir de loyauté était critiqué par certains professionnels car il entravait les sociétés dans leur recherche de capital :

*Indeed, in the years leading up to Delaware's initial reform, a growing chorus of critics argued that the exacting requirements of the duty of loyalty had begun to impede corporations' ability to raise capital, build efficient investor bases, and secure optimal management arrangements*⁴¹¹.

Les auteurs favorables à cette mesure mettent en avant qu'il est de plus en plus fréquent que des administrateurs siègent dans plusieurs conseils d'administration. Dans ce cas, le principe d'un devoir indivisible de loyauté peut poser des problèmes, en particulier lorsque les sociétés ont des activités similaires. La question de l'étendue du devoir de loyauté lorsqu'un administrateur siège dans plusieurs conseils d'administration se pose également en France et la Cour de cassation a jugé récemment que : « si l'administrateur d'une société exerce en principe librement son droit de vote, dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel l'administrateur d'une société-mère est tenu à l'égard de celle-ci l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale »⁴¹². Aux Etats-Unis, les auteurs favorables à la restriction du devoir de loyauté expliquent également que certaines sociétés peuvent, afin d'attirer des investisseurs, souhaiter limiter le devoir de loyauté de leurs administrateurs, notamment de ceux qui sont choisis par les investisseurs. L'Etat du Delaware a pris la décision d'autoriser les clauses limitant le devoir de loyauté des administrateurs afin notamment de clarifier une solution posée par sa Cour Suprême⁴¹³. En l'espèce, les juges avaient refusé d'appliquer une clause limitant le devoir de loyauté d'un administrateur :

Under this intricately drafted provision, a case could possibly arise where a Tri-Star director who is also a director of Coca-Cola or Time (a) learns of a corporate opportunity that should otherwise be directed to Tri-Star, (b) causes that opportunity to be offered to himself, but not "in writing," (c) alternatively, causes the opportunity to be offered to himself in writing but not "solely in his . . . capacity as a [Tri-Star] director," and then (d) directs the opportunity to Coca-Cola or Time but not to Tri-Star. By negative implication, under Article Sixth that director would not be liable to Tri-Star or its shareholders "for breach of any fiduciary duty" arising out of that conduct.

Les rédacteurs du MBCA n'ont pas immédiatement suivi l'Etat du Delaware. En effet, ce n'est qu'en 2016 que ces derniers ont autorisé les clauses statutaires limitant le devoir de loyauté des administrateurs et sous des conditions plus strictes, notamment concernant les managers

⁴⁰⁹ G. Rauterberg et E. Talley, Contracting Out Of The Fiduciary Duty Of Loyalty: An Empirical Analysis Of Corporate Opportunity Waivers, Columbia Law Review, Vol. 117, No. 5, juin 2017, p. 1095.

⁴¹⁰ Spiegel v. Beacon Participations, Inc., 297 Mass. 398, (1937).

⁴¹¹ G. Rauterberg et E. Talley, Contracting Out Of The Fiduciary Duty Of Loyalty: An Empirical Analysis Of Corporate Opportunity Waivers, Columbia Law Review, Vol. 117, No. 5, juin 2017, p. 1079 .:

⁴¹² Com. 22 mai 2019, pourvoi n°17-13565.

⁴¹³ Siegman v. Tri-Star Pictures, Inc., No 9477, 1989 WL48746, (Del. Ch. May 5, 1989).

(officers). Les rédacteurs du MBCA justifient notamment leur choix par le fait que plusieurs Etats ont adopté de telles dispositions :

Over the last two decades, more than a half-dozen states have added provisions to their general corporation laws giving corporations the power to limit, eliminate, or renounce in advance duties of directors, officers, or shareholders to present business or corporate opportunities to the entity⁴¹⁴.

Le comité de révision explique également que ces clauses permettront de protéger les administrateurs :

The adoption of such a provision constitutes a curtailment of the duty of loyalty which includes the doctrine of corporate opportunity. If such a provision is included in the articles, taking advantage of a business opportunity covered by the provision of the articles without offering it to the corporation will not expose the director or other person to whom it is made applicable either to monetary damages or to equitable or any other relief in favor of the corporation⁴¹⁵.

L'introduction de ces dispositions dans le MBCA a entraîné une modification de l'article 8.31 du MBCA relatif à la responsabilité des administrateurs afin de prendre en considération qu'un administrateur ne peut pas être tenu pour responsable d'un comportement couvert par une clause exonératoire de responsabilité. Ces dispositions ont également entraîné une modification de l'article 8.70 concernant la procédure permettant à un administrateur d'accepter une opportunité d'affaires qui pourrait également intéresser la société.

Dispositions législatives⁴¹⁶

Le MBCA autorise les actionnaires à insérer dans les statuts des clauses limitant la responsabilité des administrateurs. Ces clauses sont de deux ordres : elles peuvent limiter ou supprimer le devoir de diligence des administrateurs ou limiter ou supprimer leur obligation de présenter les opportunités commerciales à la société avant de pouvoir les accepter. Les rédacteurs du MBCA justifient les premières en se fondant sur la sécurité juridique qu'elles vont permettre :

The language of the exceptions to section 2.02(b)(4) is intended to express the parameters of the shareholders' right to limit the directors' liability in terms that will promote predictability⁴¹⁷.

Et les secondes pour leur utilité afin que la société puisse obtenir des capitaux :

This provision may be useful, for example, in the context of a private equity investor that wishes to have a nominee on the board but conditions its investment on an advance limitation or elimination of the corporate opportunity doctrine because of the uncertainty over the application of the corporate opportunity doctrine inherent when investments are made in multiple enterprises in specific industries. Another example is a joint venture in corporate form where the participants in the joint venture want to be sure that the corporate opportunity doctrine would not apply to their activities outside the joint venture⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Changes in the Model Business Corporation Act - Proposed Amendments to Sections 2.02 and 8.70 (and Related Changes to Sections 1.43, 8.31 and 8.60) Permitting Advance Action to Limit or Eliminate Duties Regarding Business Opportunity, *The Business Lawyer*, Vol. 69, No. 3, mai 2014, pp. 717.

⁴¹⁵ Commentaire officiel MBCA 2016.

⁴¹⁶ [Annexe 23](#).

⁴¹⁷ Commentaire officiel MBCA 2009.

⁴¹⁸ commentaire MBCA 2016.

Les clauses limitant ou exonérant le devoir de diligence des administrateurs

Les rédacteurs du MBCA n'ont pas voulu que les clauses limitant ou exonérant le devoir de diligence des administrateurs soient supplétives de volonté :

This section is optional rather than self-executing and does not apply to equitable relief⁴¹⁹.

Il est donc nécessaire que les actionnaires insèrent une clause dans les statuts. De plus, ces clauses ne s'appliquent pas aux managers (*corporate officers*). Elles ne concernent également que les actions tendant aux versements de dommages-intérêt. Les dispositions de l'article 2.02(b)(4) prévoient quatre comportements qui ne peuvent pas être couverts par des clauses exonératoires à savoir, la violation volontaire d'une loi pénale, la distribution illégale des biens de la société, la commission intentionnelle d'un préjudice et enfin la réception indue d'une somme d'argent. Dans ce dernier cas, toutefois, la responsabilité de l'administrateur se limite à retourner l'argent indument reçu⁴²⁰ :

What constitutes a financial benefit "to which the director is not entitled" is left to judicial development. For example, a director is entitled to reasonable compensation for the performance of services or to an increase in the value of stock or stock options held by the director; on the other hand, a director is not entitled to a bribe, a kick-back, or the profits from a corporate opportunity improperly taken by the director⁴²¹

Enfin, les clauses ne peuvent exonérer les administrateurs de leur responsabilité que vis-à-vis des actionnaires et de la société mais non vis-à-vis des tiers.

Les clauses relatives aux opportunités commerciales

Conformément aux dispositions de l'article 2.02(b)(6) du MBCA, les clauses des statuts limitant l'obligation pour un administrateur de proposer une opportunité d'affaires à la société avant de pouvoir l'accepter doivent expliciter les opportunités commerciales concernées. Cependant, les clauses peuvent être relativement générales :

The limitation or elimination may be blanket in nature and apply to any business opportunities, or it may extend only to one or more specified classes or categories of business opportunities⁴²².

Lorsqu'une telle clause a été insérée dans les statuts, l'administrateur pourra accepter une opportunité d'affaires sans avoir à la présenter à la société :

If such a provision is included in the articles, taking advantage of a business opportunity covered by the provision of the articles without offering it to the corporation will not expose the director or other person to whom it is made applicable either to monetary damages or to equitable or any other relief in favor of the corporation⁴²³.

Le MBCA autorise les actionnaires à étendre ces clauses aux managers (*corporate officers*). Toutefois dans ce cas, le conseil d'administration doit être saisi et les approuver :

Accordingly, section 2.02(b)(6) requires that the application of an advance limitation or elimination of the duty to offer a business opportunity to the corporation to any person who is an officer of the corporation or a related person of an officer also requires action by the board of directors acting through qualified

⁴¹⁹ commentaire MBCA 2016.

⁴²⁰ Commentaire MBCA 2016 : « The financial benefits exception is limited to the amount of the benefit actually received ».

⁴²¹ commentaire MBCA 2016.

⁴²² commentaire MBCA 2016.

⁴²³ commentaire MBCA 2016.

*directors. This action must be taken subsequent to the inclusion of the provision in the articles of incorporation and may limit the application*⁴²⁴.

Différences entre les différents Etats américains

Les clauses limitant ou exonérant le devoir de diligence des administrateurs

Nous l'avons vu, l'Etat du Delaware a été le premier, en 1986, a autorisé les clauses exonératoires de responsabilité pour le devoir de diligence⁴²⁵. Le législateur a justifié l'adoption de ces dispositions en raison du coût de plus en plus élevé des assurances couvrant la responsabilité civile des administrateurs et en raison de l'arrêt *Smith v. Van Gorkom* rendu par la Cour Suprême de l'Etat du Delaware en 1985⁴²⁶. En effet, suite à cette décision, certains administrateurs extérieurs aux sociétés, craignant de voir leur responsabilité engagée, démissionnèrent ou refusèrent de se représenter. En 1990, plus de 35 Etats avaient adopté de telles dispositions⁴²⁷. La plupart de ces Etats ont repris la philosophie de l'Etat du Delaware, c'est-à-dire que les actionnaires peuvent insérer des clauses exonératoires dans les statuts.

Dans plusieurs Etats, dont l'Etat du Nevada⁴²⁸ et l'Etat du Wisconsin⁴²⁹, les clauses exonératoires sont supplétives de volonté. L'Etat de Virginie⁴³⁰ a choisi de limiter le montant des dommages-intérêts que des administrateurs pourraient être condamnés à verser, sauf en cas de comportement particulièrement grave de l'administrateur, comme par exemple en cas de délit d'initié.

L'Etat de Floride n'autorise pas directement les clauses exonératoires de responsabilité mais la responsabilité des administrateurs ne peut être engagée que dans cinq cas dont quatre sont les comportements que le MBCA interdit de couvrir par des clauses exonératoires à savoir la violation volontaire d'une loi pénale, la distribution illégale des biens de la société, la commission intentionnelle d'un préjudice et la réception indue d'une somme d'argent :

⁴²⁴ commentaire MBCA 2016.

⁴²⁵ l'article 102(b)7 du code des sociétés de l'Etat du Delaware dispose notamment que : « (7) *A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit (...)* ».

⁴²⁶ Voir infra.

⁴²⁷ Committee on Corporate Law, « Changes in the Revised Model Business Corporation Act-Amendment Pertaining to the Liability of Directors », *The Business Lawyer*, vol.45, Février 1990, p.696.

⁴²⁸ Chapitre 78-138 (7) du code de l'Etat du Nevada : « (...) unless the articles of incorporation or an amendment thereto, in each case filed on or after October 1, 2003, provide for greater individual liability, a director or officer is not individually liable to the corporation or its stockholders or creditors for any damages as a result of any act or failure to act in his or her capacity as a director or officer unless (...)b ».

⁴²⁹ § 180.0828 du code de l'Etat du Wisconsin « A corporation may limit the immunity provided under this section by its articles of incorporation ».

430

§ 13.1-692.1 du code de l'Etat de Virginie : « A. In any proceeding brought by or in the right of a corporation or brought by or on behalf of shareholders of the corporation, the damages assessed against an officer or director arising out of a single transaction, occurrence or course of conduct shall not exceed the lesser of:

1. The monetary amount, including the elimination of liability, specified in the articles of incorporation or, if approved by the shareholders, in the bylaws as a limitation on or elimination of the liability of the officer or director; or
 2. The greater of (i) \$100,000 or (ii) the amount of cash compensation received by the officer or director from the corporation during the twelve months immediately preceding the act or omission for which liability was imposed.
- B. The liability of an officer or director shall not be limited as provided in this section if the officer or director engaged in willful misconduct or a knowing violation of the criminal law or of any federal or state securities law, including, without limitation, any claim of unlawful insider trading or manipulation of the market for any security.
- C. No limitation on or elimination of liability adopted pursuant to this section may be affected by any amendment of the articles of incorporation or bylaws with respect to any act or omission occurring before such amendment.

1) *A director is not personally liable for monetary damages to the corporation or any other person for any statement, vote, decision to take or not to take action, or any failure to take any action, as a director, unless:*

(a) *The director breached or failed to perform his or her duties as a director; and*

(b) *The director's breach of, or failure to perform, those duties constitutes any of the following:*

1. *A violation of the criminal law, (...)*

2. *A circumstance under which the transaction at issue is one from which the director derived an improper personal benefit, either directly or indirectly;*

3. *A circumstance under which the liability provisions of s. 607.0834 are applicable;*

4. *In a proceeding by or in the right of the corporation to procure a judgment in its favor or by or in the right of a shareholder, conscious disregard for the best interest of the corporation, or willful or intentional misconduct; or*

5. *In a proceeding by or in the right of someone other than the corporation or a shareholder, recklessness or an act or omission which was committed in bad faith or with malicious purpose or in a manner exhibiting wanton and willful disregard of human rights, safety, or property*⁴³¹.

Il est donc possible de considérer que, dans l'Etat de Floride, les clauses exonératoires de responsabilité sont impératives.

Que les Etats aient décidé que les clauses exonératoires étaient supplétives de volonté, facultatives ou impératives, aucun n'autorise une exonération totale des administrateurs. Toutefois les comportements exclus sont différents d'un Etat à l'autre. L'Etat du Delaware interdit notamment l'exonération de responsabilité des administrateurs en cas de violation de leur devoir de loyauté, sauf pour les opportunités d'affaires. D'autres Etats, comme les Etats de Géorgie⁴³² et de Caroline du Nord⁴³³ sont plus libéraux et seuls les comportements ou les omissions volontaire et contraire à l'intérêt de la société ou les sommes indûment reçues seront exclus des clauses exonératoires. Selon une étude réalisée par le Professeur Hamermesh, en 2000 sur un échantillon de 100 sociétés issues des *Fortune 500 companies*, 98 avait inséré une clause exonératoire de responsabilité dans leur statut⁴³⁴ et sur un échantillon de 100 sociétés de petites et moyennes tailles toutes sauf une avait inséré une telle clause dans leurs statuts.

⁴³¹ Article 607-0831 du code de l'Etat de Floride.

⁴³² § 14-2-202 du Code de l'Etat de Géorgie.

⁴³³ § 55-2-02(b)Code de l'Etat de Caroline du Nord : « *A provision limiting or eliminating the personal liability of any director arising out of an action whether by or in the right of the corporation or otherwise for monetary damage for breach of any duty as a director. No such provision shall be effective with respect to (i) acts or omissions that the director at the time of such breach knew or believed were clearly in conflict with the best interests of the corporation, (ii) any liability under G.S. 55-8-33, (iii) any transaction from which the director derived an improper personal benefit, or (iv) acts or omissions occurring prior to the date the provisions became effective* ».

⁴³⁴ L. A. Hamermesh, *Why I Do Not Teach Van Gorkom*, Georgia Law Review, Vol.34, 2000, p.490.

Les clauses relatives aux opportunités commerciales

En 2000, l'Etat du Delaware a été le premier Etat à autoriser les clauses exonérant les administrateurs de présenter une opportunité commerciale à la société avant de l'accepter⁴³⁵. Dans cet Etat, les clauses peuvent être insérées dans les statuts suite à un vote des actionnaires ou prises par le conseil d'administration. Elles doivent toutefois, pour être valide, préciser les opportunités d'affaires concernées :

*(...) categories of business opportunities may be specified manner of defining or delineating business opportunities corporation's or any other party's entitlement interest therein, including, without limitation, by line business, identity of the originator of the business opportunity, identity of the party or parties to or having an interest business opportunity, identity of the recipient of opportunity, periods of time or geographical*⁴³⁶

Le législateur de l'Etat du Delaware justifie la disposition en ces termes :

*The subsection is intended to eliminate uncertainty regarding the power of a corporation to renounce corporate opportunities in advance raised in Siegman v. Tri-Star Pictures, Inc. It permits the corporation to determine in advance whether a specified business opportunity or class or category of business opportunities is a corporate opportunity of the corporation rather than to address such opportunities as they arise. The subsection does not change the level of judicial scrutiny that will apply to the renunciation of an interest or expectancy corporation in a business opportunity, which will be based on the common law of fiduciary duty, including of loyalty*⁴³⁷

L'Etat du New Jersey a rapidement suivi l'Etat du Delaware puisque cet Etat a autorisé les clauses exonératoires⁴³⁸ en 2001. Le législateur de cet Etat justifie l'adoption de ces dispositions par le fait que la doctrine de l'opportunité d'affaires empêche les sociétés de garder ou d'attirer des administrateurs compétents⁴³⁹. Aujourd'hui neuf Etats autorisent ces clauses, comme l'Etat du Kansas⁴⁴⁰, l'Etat de Géorgie⁴⁴¹ ou l'Etat du Washington⁴⁴². Dans cet Etat, les clauses exonératoires doivent impérativement être insérées dans les statuts, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être adoptées par le conseil d'administration. Dans certains Etats, comme dans l'Etat du Maryland⁴⁴³, les clauses n'ont pas besoin de détailler les opportunités d'affaires concernées, c'est-à-dire que les clauses exonératoires peuvent être générales. Il convient de noter que les Etats de Californie et de New York n'ont pas voté de telles dispositions.

⁴³⁵ Code des sociétés de l'Etat du Delaware, titre 8, §122 (17) : « Every corporation created under this chapter shall have power to: Renounce, in its certificate of incorporation or by action of its board of directors, any interest or expectancy of the corporation in, or in being offered an opportunity to participate in, specified business opportunities or specified classes or categories of business opportunities that are presented to the corporation or 1 or more of its officers, directors or stockholders ».

⁴³⁶ Cité par G. Rauterberg et E. Talley, Contracting Out Of The Fiduciary Duty Of Loyalty: An Empirical Analysis Of Corporate Opportunity Waivers, Columbia Law Review, Vol. 117, No. 5, juin 2017, p. 1100.

⁴³⁷ Cité par G. Rauterberg et E. Talley, Contracting Out Of The Fiduciary Duty Of Loyalty: An Empirical Analysis Of Corporate Opportunity Waivers, Columbia Law Review, Vol. 117, No. 5, juin 2017, p. 1095.

⁴³⁸ Article 14a : 2-7 du code de l'Etat du New Jersey.

⁴³⁹ S. L. Pachman, Keeping Current: Fiduciary Duties, Business Law Today, Octobre 2011 p.1 : « The statement annexed to the New Jersey bill describes the doctrine "as a disincentive . . . to attract and retain businesspersons as board members" ».

⁴⁴⁰ Article 17-6102 (q) du code de l'Etat du Kansas.

⁴⁴¹ Article 14-2-870 du code de l'Etat de Géorgie.

⁴⁴² Article 23B.02.020 (5)(k) du code de l'Etat du Washington.

⁴⁴³ Article 2-103 (15) du code de l'Etat du Maryland.

Jurisprudence comparée⁴⁴⁴

En France, il est interdit d'insérer des clauses limitatives de responsabilité dans les statuts. La jurisprudence française est donc inexistante dans ce domaine. Aux-États-Unis, les juges doivent notamment se prononcer sur l'étendue des clauses exonératoires insérées dans les statuts. Ils estiment que ces dernières doivent être interprétées largement. En conséquence, lorsqu'une clause exonératoire est insérée dans les statuts, un administrateur ne pourra voir sa responsabilité engagée que pour les comportements qui ne sont pas inclus non dans cette dernière :

Where directors are contractually or otherwise exculpated from liability for certain conduct, then a serious threat of liability may only be found to exist if the plaintiff pleads a non-exculpated claim against the directors based on particularized facts⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Annexe 24.

⁴⁴⁵ Wood v. Baum, 953 A.2d 136, 141 (Del. 2008).

Annexes

Annexe 1

Dispositions législatives sur les devoirs des dirigeants

France	Etats-Unis
Aucune disposition spécifique.	<p>§ 8.30 <i>Standards of Conduct for Directors</i></p> <p>(a) <i>Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act:</i></p> <p style="padding-left: 20px;">(i) <i>in</i></p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) <i>, and (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.</i></p> <p>(b) <i>The members of the board of directors or a board committee, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.</i></p> <p>(c) <i>In discharging board or board committee duties, a director shall disclose, or cause to be disclosed, to the other board or committee members information not already known by them but known by the director to be material to the discharge of their decision-making or oversight functions, except that disclosure is not required to the extent that the director reasonably believes that doing so would violate a duty imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule.</i></p> <p>(d) <i>In discharging board or board committee duties, a director who does not have knowledge that makes reliance unwarranted is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (f)(1) or subsection (f)(3) to whom the board</i></p>

	<i>may have delegated, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's functions that are delegable under applicable law.</i>
--	--

Annexe 2

Arrêts de principe sur le devoir des dirigeants

France : arrêt Vilgrain
<p>« (...)l'arrêt relève qu'au cours des entretiens que Mme X a eus avec M. Bernard Vilgrain, celui-ci lui a caché avoir confié, le 19 septembre 1989, à la société Lazard, mission d'assister les membres de sa famille détenteurs du contrôle de la société CFCF dans la recherche d'un acquéreur de leurs titres et ne lui a pas soumis le mandat de vente, au prix minimum de 7.000 francs l'action, qu'en vue de cette cession il avait établi à l'intention de certains actionnaires minoritaires de la société, d'où il résulte qu'en intervenant dans la cession par Mme X de ses actions de la société CFCF au prix, fixé après révision, de 5.650 francs et en les acquérant lui-même à ce prix, tout en s'abstenant d'informer le cédant des négociations qu'il avait engagées pour la vente des mêmes actions au prix minimum de 7.000 francs, M. Bernard Vilgrain a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est intermédiaire pour le reclassement de sa participation ».</p>

Etat-Unis : Guth v. Loft 5 A2d503 (Del 1939)
<p>Cet arrêt concerne le devoir de loyauté d'un administrateur lorsque ce dernier souhaite répondre à une opportunité d'affaires qui est également susceptible d'intéresser la société. Ce sous-devoir du devoir de loyauté est appelé aux Etats-Unis : la doctrine de l'opportunité d'affaires.</p> <p>Dans cet arrêt, la société Loft, dont l'objet social était la fabrication et la vente de bonbons, soda et sirop, souhaitait acheter des produits de la société Coca-cola. Cette dernière ayant refusé d'accorder à la société Loft une réduction, la vente ne se fit pas. Le Président de la société, Monsieur Guth, décida alors de se tourner vers la société Pepsi. Toutefois avant l'accord ne se fasse, la société Pepsi fit faillite et Monsieur Guth la racheta sans proposer cette opération à la société Loft dont il était toujours Président. Monsieur Guth voulu ensuite revendre à la société Loft la recette du soda de la société Pepsi. La société poursuivi alors son Président pour violation de son devoir de loyauté.</p> <p>Dans cet arrêt, les juges commencèrent par rappeler les règles relatives au devoir de loyauté :</p> <p style="text-align: center;"><i>Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests.</i></p> <p>Ils expliquent ensuite les raisons de ce devoir :</p> <p style="text-align: center;"><i>A public policy, existing through the years, and derived from a profound knowledge of human characteristics and motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interests of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything</i></p>

that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might properly bring to it, or to enable it to make in the reasonable and lawful exercise of its powers.

Ils rappellent également les sanctions en cas de violation du devoir de loyauté :

If an officer or director of a corporation, in violation of his duty as such, acquires gain or advantage for himself, the law charges the interest so acquired with a trust for the benefit of the corporation, at its election, while it denies to the betrayer all benefit and profit. The rule, inveterate and uncompromising in its rigidity, does not rest upon the narrow ground of injury or damage to the corporation resulting from a betrayal of confidence, but upon a broader foundation of a wise public policy that, for the purpose of removing all temptation, extinguishes all possibility of profit flowing from a breach of the confidence imposed by the fiduciary relation.

Ils continuent en expliquant qu'un administrateur, sous certaines conditions, peut être déchargé de son devoir de loyauté :

It is true that when a business opportunity comes to a corporate officer or director in his individual capacity rather than in his official capacity, and the opportunity is one which, because of the nature of the enterprise, is not essential to his corporation, and is one in which it has no interest or expectancy, the officer or director is entitled to treat the opportunity as his own, and the corporation has no interest in it, if, of course, the officer or director has not wrongfully embarked the corporation's resources therein.

La question se posait donc en l'espèce était de savoir si le Président avait violé son devoir de loyauté ou si les faits de la cause l'exemptaient de présenter l'opportunité d'affaires à la société. Après discussions sur les faits de la cause, les juges considèrent que :

The facts and circumstances demonstrate that Guth's appropriation of the Pepsi-Cola opportunity to himself placed him in a competitive position with Loft with respect to a commodity essential to it, thereby rendering his personal interests incompatible with the superior interests of his corporation; and this situation was accomplished, not openly and with his own resources, but secretly and with the money and facilities of the corporation which was committed to his protection.

Ils jugent donc que :

Upon a consideration of all the facts and circumstances as disclosed we are convinced that the opportunity to acquire the Pepsi-Cola trademark and formula, goodwill and business belonged to the complainant, and that Guth, as its President, had no right to appropriate the opportunity to himself.

Annexe 3

Jurisprudence comparée sur le devoir de diligence

Devoir de diligence (principe)	
France	Etats-Unis
<p>Les administrateurs doivent être prudents et diligents⁴⁴⁶.</p> <p>La faute de gestion suppose une appréciation du comportement requis d'un dirigeant prudent, diligent et actif, au regard des circonstances de fait de l'époque de sa commission⁴⁴⁷.</p>	<p><i>When one voluntarily takes the position of trustee or director of a corporation, good faith, exact justice, and public policy unite in requiring of him such a degree of care and prudence (...)</i>⁴⁴⁸.</p> <p><i>Directors of a national bank must exercise ordinary care and prudence in the administration of the affairs of a bank, and this includes something more than officiating as figureheads</i>⁴⁴⁹.</p>

Devoir de diligence (exemples)	
France	Etats-Unis
<p>Le devoir de diligence suppose que les administrateurs ou les dirigeants :</p> <ul style="list-style-type: none"> - surveillent et contrôlent la société⁴⁵⁰ en mettant notamment en place si nécessaire des instruments de contrôle interne de la gestion de la société⁴⁵¹ ou en procédant aux vérifications supplémentaires qu'appelaient un bilan provisoire⁴⁵² ou en surveillant la tenue des comptes sociaux⁴⁵³ - ne se contentent pas de participer aux conseils d'administration mais s'intéressent activement à la gestion de la société⁴⁵⁴ 	<p><i>Those (thefts) that happened were chargeable to his fault, after he (the President) had warnings that should have led to steps that would have made fraud impossible, even though the precise form that the fraud would take hardly could have been foreseen</i>⁴⁵⁹.</p> <p><i>As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged</i>⁴⁶⁰</p>

⁴⁴⁶ Notamment Com. 30 mars 2010, pourvoi n°08-17841, JCP ed E 2010, 1416, note A. Couret ; Dr. Sociétés 2010, n°117, note M. Roussille ; RJDA 7/2010, n°760 ; Rev. Sociétés 2010, p.304, note P. Le Cannu.

⁴⁴⁷ Cour d'appel, Douai, 2e chambre, 2e section, 11 Février 2016 – n° 14/06998.

⁴⁴⁸ Hun v. Cary, 82 N.Y. 65, 72 (Ct.App. 1880).

⁴⁴⁹ Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132 (1891).

⁴⁵⁰ Assemblée Plénière, 9 mai 1984, pourvoi n°80-93031.

⁴⁵¹ Com. 20 décembre 2017, pourvoi n°16-16986.

⁴⁵² Com. 15 novembre 1983, pourvoi n° 82-13470.

⁴⁵³ CA Paris, 4 févr. 1994: Bull. Joly 1994. 403, note Pariente.

⁴⁵⁴ CA Agen, 1re ch., 19 janvier 1998 ; SA Locatom et SA Sogerap c/ Me Guguen, ès qual, JCP éd E, n° 43, 22 Octobre 1998, p. 1692, note J.-J. Daigre.

⁴⁵⁹ Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920).

⁴⁶⁰ Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

<p>- aient une gestion qui est conforme à l'intérêt de la société⁴⁵⁵ en ne poursuivant pas inutilement une activité déficitaire⁴⁵⁶ ou en respectant la loi⁴⁵⁷.</p> <p>Le comportement des dirigeants ou administrateurs est apprécié in abstracto mais cela n'empêche pas la prise en considération d'éléments extrinsèques tels que l'environnement, le milieu social ou l'erreur commune⁴⁵⁸</p>	<p><i>On the record before us, we must conclude that the Board of Directors did not reach an informed business judgment on September 20, 1980 in voting to "sell" the Company for \$55 per share pursuant to the Pritzker cash-out merger proposal (...) ⁴⁶¹.</i></p> <p><i>Kansas imposes a very strict fiduciary duty on officers and directors of a corporation to act in the best interests of the corporation and its stockholders⁴⁶².</i></p> <p><i>The directors of a national bank shall be personally liable for damages resulting from violations of the national bank act⁴⁶³</i></p> <p><i>The degree of care required of directors of corporations depends upon the subject to which it is to be applied, and each case is to be determined in view of all the circumstances⁴⁶⁴.</i></p> <p><i>The nature and extent of reasonable care depended upon the type of corporation, its size and financial resources. Thus, a bank director was held to stricter accountability than the director of an ordinary business⁴⁶⁵.</i></p>
---	---

⁴⁵⁵ Notamment, Cour d'appel, Versailles, 13e chambre, 113-24972.3 Novembre 2018 – n° 18/02008.

⁴⁵⁶ Com. 27 janvier 2015, pourvoi n°13-24972.

⁴⁵⁷ CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 11 Février 2014 – n° 12/22425.

⁴⁵⁸ CA Reims 10 novembre 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 307, note J. G.

⁴⁶¹ *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, (1985) ; pour une discussion de cet arrêt voir 3.18 la responsabilité des administrateurs.

⁴⁶² Kansas Supreme Court - 99548 - Becker v. Knoll - ROSEN (2010).

⁴⁶³ City Nat'l Bank Of Mangum v. Crow, 1910 OK 265, 111 P. 210.

⁴⁶⁴ Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132 (1891).

⁴⁶⁵ Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

Annexe 4

Jurisprudence comparée sur les devoirs de loyauté

Devoir de loyauté (principe)	
<p>Les dirigeants de société sont soumis à un devoir de loyauté à l'égard :</p> <ul style="list-style-type: none">- de la société⁴⁶⁶, ce qui interdit à un dirigeant de favoriser son intérêt personnel au détriment de la société qu'il dirige⁴⁶⁷.- et des associés, ce qui leur interdit d'acquérir des actions en cachant à ces derniers qu'ils en négocient la revente⁴⁶⁸.	<p><i>Corporate officers and directors bear a duty of loyalty to the corporations they serve (...) They must disclose and not withhold relevant information concerning any potential conflict of interest with the corporation, and they must refrain from using their position, influence, or knowledge of the affairs of the corporation to gain personal advantage⁴⁶⁹.</i></p>

Devoir de loyauté (exemples)	
<p>Manque à son devoir de loyauté le dirigeant cessionnaire qui n'informe pas l'associé cédant de négociations en cours avec un tiers en vue de la revente des titres objet de la cession, peu important leur état d'avancement⁴⁷⁰</p>	<p><i>Defendants concede that they owed plaintiff a fiduciary duty of complete frankness but assert that they discharged that duty by accurately disclosing that TransOcean's net asset value was "not less than \$200,000,000 ... and could be substantially greater." Technically speaking, the language may be accurate; but that kind of generality is hardly a substitute for hard facts when the law requires complete candor. And when, as here, management was in possession of two estimates from responsible sources one using a "floor" approach defining value in terms of its lowest worth, and the other a more "optimistic" or ceiling approach defining value in terms of its highest worth it is our opinion that complete candor required disclosure of both estimates. If management</i></p>

⁴⁶⁶ Com. 24 février 1998 pourvoi n°96-12638, Cass. com. 7 juin 1999.

⁴⁶⁷ Com. 24 février 1998 pourvoi n°96-12638.

⁴⁶⁸ Pour plus d'explications, voir ci-dessous « arrêt de principe » ; Com. 27 février 1996, pourvoi n° 94-11.241, RJDA 6/96 n° 794.

⁴⁶⁹ *Northeast Harbor Golf Club, Inc. v. Harris* 661 A.2d 1146 (1995).

⁴⁷⁰ Com. 10 juillet 2018 pourvoi n° 16-27.868

Un dirigeant manque à son devoir de loyauté envers la société en agissant à l'encontre de son intérêt social⁴⁷¹, qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant reçoit personnellement une commission pour une transaction négociée par la société⁴⁷².

L'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur un dirigeant, lui interdit de négocier, en qualité de dirigeant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité⁴⁷³ ou d'acheter un bien destiné à l'origine à la société⁴⁷⁴.

believed that one estimate was more accurate or realistic than another, it was free to endorse that estimate and to explain the reason for doing so; but full disclosure, in our view, was a prerequisite⁴⁷⁵.

Directors and officers have a fiduciary duty of loyalty to their corporation and its stockholders (...) They are obligated to use their ingenuity, influence, and energy, and to employ all the resources of the corporation, to preserve and enhance the property and earning power of the corporation, even if the interests of the corporation are in conflict with their own personal interests. This duty extends to all of the corporation's assets, including its subsidiary corporations⁴⁷⁶.

By assuming his office, the corporate director commits allegiance to the enterprise and acknowledges that the best interests of the corporation and its shareholders must prevail over any individual interest of his own. The basic principle to be observed is that the director should not use his corporate position to make a personal profit or gain to his personal advantage⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ Com. 5 avril 2018, pourvoi n°16-23365.

⁴⁷² Com. 16 mai 2018, pourvoi n°15-16284.

⁴⁷³ Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Dr. sociétés 2012, comm. 24, obs. M. Roussille ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 112, note H. Le Nabasque ; JCPE 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondéro ; D. 2012, p. 134, note T. Favario

⁴⁷⁴ Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 ; Dr.sociétés 2013, comm. 48, obs. M. Roussille ; Rev. soc. 2013, p. 362, note Th. Massart ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 200, note B. Dondero.

⁴⁷⁵ Lynch v. Vickers Energy Corp., 383 A.2d 278 (1977).

⁴⁷⁶ Nicholson v. Evans, 642 P.2d 727 (1982)

⁴⁷⁷ Klinicki v. Lundgren, 695 P.2d 906 (1985).

Annexe 5

Dispositions législatives sur la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société et des actionnaires

France	Etats-Unis
<p>Article L.225-251 du code de commerce : « les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion »</p>	<p>§ 8.31 Standards of Liability for Directors</p> <p><i>(a) A director shall not be liable to the corporation or its shareholders for any decision to take or not to take action, or any failure to take any action, as a director, unless the party asserting liability in a proceeding establishes that:</i></p> <p><i>(1) no defense interposed by the director based on (i) any provision in the articles of incorporation authorized by section 2.02(b)(4) or by section 2.02(b)(6), (ii) the protection afforded by section 8.61 (for action taken in compliance with section 8.62 or section 8.63), or (iii) the protection afforded by section 8.70, precludes liability; and</i></p> <p><i>(2) the challenged conduct consisted or was the result of:</i></p> <p><i>(i) action not in good faith; or</i></p> <p><i>(ii) a decision</i></p> <p><i>(A) which the director did not reasonably believe to be in the best interests of the corporation, or</i></p> <p><i>(B) as to which the director was not informed to an extent the director reasonably believed appropriate in the circumstances; or</i></p> <p><i>(iii) a lack of objectivity due to the director's familial, financial or business relationship with, or a lack of independence due to the director's domination or control by, another person having a material interest in the challenged conduct,</i></p> <p><i>(A) which relationship or which domination or control could reasonably be expected to have affected the director's judgment respecting the challenged conduct in a manner adverse to the corporation, and</i></p> <p><i>(B) after a reasonable expectation to such effect has been established, the director shall not have established that the challenged conduct was</i></p>

	<p><i>reasonably believed by the director to be in the best interests of the corporation; or</i></p> <p><i>(iv) a sustained failure of the director to devote attention to ongoing oversight of the business and affairs of the corporation, or a failure to devote timely attention, by making (or causing to be made) appropriate inquiry, when particular facts and circumstances of significant concern materialize that would alert a reasonably attentive director to the need for such inquiry; or</i></p> <p><i>(v) receipt of a financial benefit to which the director was not entitled or any other breach of the director's duties to deal fairly with the corporation and its shareholders that is actionable under applicable law.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>(c) Nothing contained in this section shall (i) in any instance where fairness is at issue, such as consideration of the fairness of a transaction to the corporation under section 8.61(b)(3), alter the burden of proving the fact or lack of fairness otherwise applicable, (ii) alter the fact or lack of liability of a director under another section of this Act, such as the provisions governing the consequences of an unlawful distribution under section 8.32 or a transactional interest under section 8.61, or (iii) affect any rights to which the corporation or a shareholder may be entitled under another statute of this state or the United States.</i></p>
--	---

Annexe 6

*Smith v. Van Gorkom*⁴⁷⁸

En l'espèce, la société TransUnion souhaitait, pour des raisons fiscales, être absorbée :

On August 27, 1980, Van Gorkom met with Senior Management of Trans Union. Van Gorkom reported on his lobbying efforts in Washington and his desire to find a solution to the tax credit problem more permanent than a continued program of acquisitions. Various alternatives were suggested and discussed preliminarily, including the sale of Trans Union to a company with a large amount of taxable income.

Le Président du conseil d'administration de la société TransUnion, Monsieur Van Gorkom, décida alors de rencontrer Monsieur Pritzker afin de discuter d'une fusion-absorption et ce sans en informer le conseil d'administration :

Van Gorkom decided to meet with Jay A. Pritzker, a well-known corporate takeover specialist and a social acquaintance. However, rather than approaching Pritzker simply to determine his interest in acquiring Trans Union, Van Gorkom assembled a proposed per share price for sale of the Company and a financing structure by which to accomplish the sale. Van Gorkom did so without consulting either his Board or any members of Senior Management except one: Carl Peterson, Trans Union's Controller. Telling Peterson that he wanted no other person on his staff to know what he was doing,

Après discussion Monsieur Von Gorkom accepta le prix de 55 dollars par action qui correspondait à un prix par action susceptible de générer un rachat par emprunt

Il avait accepté le prix de 55 dollars par action sans consulter d'experts financiers extérieurs à la société TransUnion :

Having thus chosen the \$55 figure, based solely on the availability of a leveraged buy-out, Van Gorkom multiplied the price per share by the number of shares outstanding to reach a total value of the Company of \$690 million.

Monsieur Van Gorkom convoqua le conseil d'administration sans leur donner l'ordre du jour. Lors de ce dernier, qui dura deux heures, les administrateurs approuvèrent la fusion ainsi que le prix proposé pour les actions en se fondant uniquement sur la présentation faite par le Président du conseil d'administration :

The Board meeting of September 20 lasted about two hours. Based solely upon Van Gorkom's oral presentation, Chelberg's supporting representations, Romans' oral statement, Brennan's legal advice, and their knowledge of the market history of the Company's stock, the directors approved the proposed Merger Agreement.

Des actionnaires déçus par le prix offert engagèrent une procédure à l'encontre des administrateurs. Les juges de la Cour Suprême de l'Etat du Delaware leur donnèrent raison. Ils ont en effet estimé que les administrateurs n'avaient pas été diligents en ne s'informant pas suffisamment :

On the record before us, we must conclude that the Board of Directors did not reach an informed business judgment on September 20, 1980 in voting to "sell" the Company for \$55 per share pursuant to the Pritzker cash-out merger proposal

⁴⁷⁸ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).

(...)The directors (1) did not adequately inform themselves as to Van Gorkom's role in forcing the "sale" of the Company and in establishing the per share purchase price; (2) were uninformed as to the intrinsic value of the Company; and (3) given these circumstances, at a minimum, were grossly negligent in approving the "sale" of the Company upon two hours' consideration, without prior notice, and without the exigency of a crisis or emergency⁴⁷⁹.

In re Walt Disney Derivative Litigation⁴⁸⁰

En l'espèce, M. avait été embauché pour 5 ans par la société Walt Disney. Son contrat stipulait que s'il était renvoyé sans juste motif avant la fin du contrat, il continuerait néanmoins à toucher son salaire ainsi qu'une importante indemnité de départ. Le contrat avait été approuvé par un comité et par le conseil d'administration. Avant la fin de son contrat il a été renvoyé sans justes motifs et la société a dû payer à M. 130 millions de dollars. Les actionnaires ont alors recherché la responsabilité des administrateurs.

La Cour Suprême de l'Etat du Delaware explique :

Because no duty of loyalty claim was asserted against the Disney defendants, the only way to rebut the business judgment rule presumptions would be to show that the Disney defendants had either breached their duty of care or had not acted in good faith.

La Cour indique par ailleurs que :

There had been many discussions about that need and about potential candidates who could fill that role even before Eisner decided to try to recruit Ovitz. Before the September 26 board meeting Eisner had individually discussed with each director the possibility of hiring Ovitz, and Ovitz's background and qualifications. The directors thus knew of Ovitz's skills, reputation and experience, all of which they believed would be highly valuable to the Company. The directors also knew that to accept a position at Disney, Ovitz would have to walk away from a very successful business—a reality that would lead a reasonable person to believe that Ovitz would likely succeed in similar pursuits elsewhere in the industry. The directors also knew of the public's highly positive reaction to the Ovitz announcement, and that Eisner and senior management had supported the Ovitz hiring. Indeed, Eisner, who had long desired to bring Ovitz within the Disney fold, consistently vouched for Ovitz's qualifications and told the directors that he could work well with Ovitz. The board was also informed of the key terms of the OEA (including Ovitz's salary, bonus and options).

Elle conclut donc que

we uphold the Chancellor's conclusion that, when electing Ovitz to the Disney presidency the remaining Disney directors were fully informed of all material facts, and that the appellants failed to establish any lack of due care on the directors' part.

Annexe 7

Jurisprudence comparée de la violation du devoir de diligence

⁴⁷⁹ Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, (1985).

⁴⁸⁰ In re Walt Disney Derivative Litigation, 907 A 2d 693 (2005).

Actes contraire à l'intérêt social

Un dirigeant qui ne justifie d'aucune recherche sérieuse d'un candidat plus offrant, ni d'aucune méthode de détermination du prix et qui de ce fait cède un actif de la société à un prix inférieur au marché engage sa responsabilité⁴⁸¹.

Un président qui emploie fictivement une personne commet des fautes de gestion en manquant au devoir de loyauté envers la société et en agissant à l'encontre de son intérêt social⁴⁸².

This record indicates clearly that these defendants, as the controlling directors and officers, wasted and dissipated Manganese' assets. Their actions constituted negligence such as was inimical to the corporation and the other stockholders of this corporation. Whether their conduct as directors and officers be measured by the yardstick provided in § 408 of the Business Corporation Law, supra, or by common law, their conduct offended their fiduciary relationship to this corporation in such manner as to justify the imposition upon them of personal liability for such conduct⁴⁸³.

⁴⁸¹ CA Paris, Pôle 5, chambre 3, 19 Février 2014, RG n° 12/00315.

⁴⁸² Com. 5 avril 2018, pourvoi n°16-23365.

⁴⁸³ Selheimer v. Manganese Corp. of America, 423 Pa. 563, 224 A.2d 634 (1966).

Défaut de contrôle et d'informations

La responsabilité des administrateurs peut être recherchée lorsqu'ils n'ont exercé aucune surveillance sur la tenue des comptes sociaux ou qu'ils s'en sont purement et simplement remis aux décisions du président-directeur général qu'ils se sont pendant un certain nombre d'années contentés d'entériner⁴⁸⁴

Chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe est responsable, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision. En conséquence, des administrateurs qui approuvent des comptes infidèles engagent leur responsabilité⁴⁸⁵.

As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged.(...) Because directors are bound to exercise ordinary care, they cannot set up as a defense lack of the knowledge needed to exercise the requisite degree of care. If one "feels that he has not had sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act"⁴⁸⁶.

The president, who, beside being a large depositor, was habitually at the bank, in control of its affairs, with immediate access to the depositors' ledger, and who had received certain warnings that the bookkeeper was living fast and dealing in stocks, was guilty of negligence in failing to make an examination⁴⁸⁷

L'obligation d'information est toutefois allégée pour les administrateurs bénévoles :
That directors, serving gratuitously, who were without knowledge of the cashier's negligence or of the possibility of such a fraud, and who had assurance from the president, as from the bank examiners' reports, were not negligent in accepting the cashier's statements of liabilities, like his statements of assets, which always were correct, and were not bound to inspect the depositors' ledger or call in the pass-books and compare them with it, although there was a bylaw, nearly obsolete, calling for examinations by a committee semiannually⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ CA Paris, 4 févr. 1994: Bull. July 1994. 403, note Pariente.

⁴⁸⁵ Com. 30 mars 2010, pourvoi n°08-17841, JCP ed E 2010, 1416, note A. Couret ; Dr. Sociétés 2010, n°117, note M. Roussille ; RJDA 7/2010, n°760 ; Rev. Sociétés 2010, p.304, note P. Le Cannu.

⁴⁸⁶ Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981).

⁴⁸⁷ Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920).

⁴⁸⁸ Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920).

Violation de la loi

En cas de violation d'une loi en vigueur, la responsabilité du dirigeant peut être engagée pour simple négligence⁴⁸⁹.

The fact that shareholders are within the class for whose protection the statute was enacted gives force to the argument that the alleged breach of that statute should give rise to cause of action in those shareholders to force the return to the corporation of illegally contributed funds. Since political contributions by corporations can be checked and shareholder control over the political use of general corporate funds effectuated only if directors are restrained from causing the corporation to violate the statute, such a violation seems a particularly appropriate basis for finding breach of the defendant directors' fiduciary duty to the corporation. Under such circumstances, the directors cannot be insulated from liability on the ground that the contribution was made in the exercise of sound business judgment⁴⁹⁰.

As we understand the facts and the law, the payment was not simply a transaction ultra vires in nature, but rather a transaction mala prohibita or mala in se (...) For reasons of public policy, we are clearly of the opinion that payments of corporate funds for such purposes as those disclosed in this case must be condemned, and officers of a corporation making them held to a strict accountability and be compelled to refund the amounts so wasted, for the benefit of stockholders⁴⁹¹.

Violation des statuts

Lorsque les statuts stipulent que, dans les rapports entre ou avec les associés, les pouvoirs des gérants sont limités aux affaires courantes ne présentant aucun caractère exceptionnel, un gérant outrepassa ses pouvoirs et commet une faute de gestion en concluant au nom de la société un contrat d'acquisition d'un terrain d'une valeur de plus de 2,5 millions de francs (380 000 euros environ) pour y implanter une usine nécessitant un investissement supérieur à 6 millions de francs (900 000 euros environ)⁴⁹².

⁴⁸⁹ CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 11 Février 2014 – n° 12/22425.

⁴⁹⁰ Miller v. American Tel. & Tel Co., 507 F.2d 759 (3rd Cir. 1974).

⁴⁹¹ Roth v. Robertson, 64 Misc. 343, 118 N.Y.S. 351 (Sup.Ct.1909).

⁴⁹² CA Paris 4-2-2000 : RJDA 6/00 n° 674.

Annexe 8

Jurisprudence comparée de la violation du devoir de loyauté

<i>Actes dans l'intérêt personnel du dirigeant</i>	
<p>Une opération qui sert l'intérêt personnel du dirigeant au détriment de celui de la société constitue une faute de gestion, qu'il en est ainsi de la cession de participation a un prix anormalement bas⁴⁹³.</p>	<p><i>The law stringently and rigorously forbids to them (directors) the use or disposition of the funds or assets of the corporation for their individual enterprises or acquisition, and for any misfeasance or breach of duty or trust resulting in damage to the corporation they are subject to be called to account by the corporation in the appropriate action⁴⁹⁴.</i></p> <p>Il en est notamment ainsi lorsque les dirigeants ont détourné à leur avantage une procédure d'échanges d'actions.</p> <p><i>The use of corporate funds by directors to purchase stock for themselves and for the corporation to obtain control is a breach of fiduciary duty⁴⁹⁵.</i></p> <p><i>It is a breach of this duty, wholly apart from any consideration of pre-emptive rights, for directors to make use of the issuance of shares to accomplish an improper purpose, such as to enable a particular person or group to maintain or obtain voting control, against the objection of shareholders from whom control is thereby wrested⁴⁹⁶</i></p>

⁴⁹³ CA Lyon, 3e chambre A, 14 Novembre 2013, RG n° 12/03968.

⁴⁹⁴ *Pollitz v. Wabash R.R. Co*, Court of Appeals of the State of New York Dec 31, 1912 100 N.E. 721 (N.Y. 1912).

⁴⁹⁵ *Bennett v. Propp*, Del., 187 A.2d 405 (Del 1962), and *Yasik v. Wachtel*, 25 Del.Ch. 247, 17 A.2d 309.

⁴⁹⁶ *Condec Corporation v. Lunkenheimer Company*, 230 A.2d 769 (Del. Ch. 1967) : « As stated in *Yasik v. Wachtel*, 25 Del. Ch. 247, 17 A.2d 309.

Annexe 9

Jurisprudence comparée sur l'absence de contrôle du juge de l'opportunité des décisions prises

<i>L'absence de contrôle par le juge, de l'opportunité des décisions prises</i>	
<p>Les tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité des décisions de gestion. Par conséquent, les fautes éventuelles commises par le président du conseil d'administration doivent s'apprécier en fonction de la régularité du processus qui a conduit à leur adoption, de leur caractère non anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute société et du contrôle incombant au conseil d'administration⁴⁹⁷.</p> <p>Le choix de conserver des activités diversifiées ne peut être considéré comme une faute de gestion, dès lors qu'il s'agit d'un choix stratégique dont la mise en œuvre n'a pas démontré qu'il ait été manifestement malheureux ni contraire aux intérêts de la société⁴⁹⁸</p>	<p><i>(The business judgment rule) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company</i>⁴⁹⁹</p> <p><i>Hart caused the corporation to pay \$125,000 to a consultant for the design of a new logo and packaging. On what possible basis might a corporate officer or director be put to the expense of defending such a claim? Nothing is alleged except that an expenditure of corporate funds for a corporate purpose was made. Whether that expenditure was wise or foolish, low risk or high risk is of no concern to this Court</i>⁵⁰⁰</p> <p><i>Questions of policy of management, expediency of contracts or action, adequacy of consideration, lawful appropriation of corporate funds to advance corporate interests, are left solely to their honest and unselfish decision, for their powers therein are without limitation and free from restraint, and the exercise of them for the common and general interests of the corporation may not be questioned, although the results show that what they did was unwise or inexpedient</i>⁵⁰¹.</p> <p><i>An application of the traditional business judgment rule places the burden on the "party challenging the [board's] decision to establish facts rebutting the presumption »</i>⁵⁰²</p>

⁴⁹⁷ CA Versailles, 17 mars 1998: Rev. sociétés 1998. 828, obs. Guyon; RJ com. 1999. 331, obs. Maury.

⁴⁹⁸ Com. 21 septembre 2004, pourvoi n° 02-17.559 ; Rev. sociétés 2005. 363, note Saintourens ; RJDA 2005, n° 47; Bull. Joly 2004. 1480, note Dondero.

⁴⁹⁹ Aronson v. Lewis, Del.Supr., 473 A.2d 805, 812 (1984).

⁵⁰⁰ Gagliardi v. Trifoods International, Inc. 683 A.2d 1049 (1996).

⁵⁰¹ Pollitz v Wabash R. R. Co., 207 N.Y. 113 (1912).

⁵⁰² MM Companies, Inc. v. Liquid Audio, Inc., 813 A.2d 1118 (Del. 2003), citant Unitrin, Inc. v. American Gen. Corp., 651 A.2d at 1373 quoting Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 811 (Del.1984).

Annexe 10

Dispositions sur les sanctions en cas de responsabilité des administrateurs

<p>Article L.225-251 du code de commerce : « les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».</p>	<p>Article 8.31 du MBCA <i>(b) The party seeking to hold the director liable:</i></p> <p><i>(1)for money damages, shall also have the burden of establishing that:</i></p> <p><i>(i) harm to the corporation or its shareholders has been suffered, and</i></p> <p><i>(ii) the harm suffered was proximately caused by the director's challenged conduct; or</i></p> <p><i>(2)for other money payment under a legal remedy, such as compensation for the unauthorized use of corporate assets, shall also have whatever persuasion burden may be called for to establish that the payment sought is appropriate in the circumstances; or</i></p> <p><i>(3)for other money payment under an equitable remedy, such as profit recovery by or disgorgement to the corporation, shall also have whatever persuasion burden may be called for to establish that the equitable remedy sought is appropriate in the circumstances.</i></p>
---	--

Annexe 11

Jurisprudence comparée sur les sanctions

Dommmages-intérêts	
<p>« DIT que Thierry, Bruno et René N. ont violé les dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes et ont commis des fautes de gestion engageant leur responsabilité,</p> <p>CONDAMNE, in solidum, Thierry N., René N., Benoit et Ségolène N. (venant aux droits de Bruno N.) à payer à la société A., venant aux droits de la société N. S.A:</p> <p>>la somme de 327 680 € au titre du préjudice résultant du redressement fiscal subi,</p> <p>>celle de 1 378 304 € au titre du préjudice résultant de la cession à prix bas »⁵⁰³</p>	<p><i>On remand, the Court of Chancery shall conduct an evidentiary hearing to determine the fair value of the shares represented by the plaintiffs' class, based on the intrinsic value of Trans Union on September 20, 1980. Such valuation shall be made in accordance with Weinberger v. UOP, Inc., supra at 712-715. Thereafter, an award of damages may be entered to the extent that the fair value of Trans Union exceeds \$55 per share⁵⁰⁴.</i></p> <p><i>For these reasons we find the plaintiff entitled to a judgment directing the defendant Robertson to pay into the treasury of the defendant corporation the sum of \$800⁵⁰⁵.</i></p> <p>Il s'agissait d'une somme qui avait été versée afin d'empêcher des personnes de reporter des actions illégales réalisées par la société.</p>

⁵⁰³ Cour d'appel, Lyon, 3e chambre A, 14 Novembre 2013, RGn°12/03968.

⁵⁰⁴ Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985).

⁵⁰⁵ Roth v. Robertson, 64 Misc. 343, 118 N.Y.S. 351 (Sup.Ct.1909).

Annexe 12

Dispositions législatives sur l'action ut singuli

<p>Article L225-252 du code de commerce : Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués.</p> <p>Article L225-253 du code de commerce Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.</p> <p>Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.</p> <p>R225-169 du code de commerce S'ils représentent au moins le vingtième du capital social, des actionnaires peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais, un ou plusieurs d'entre eux de les représenter, pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale soit contre les administrateurs, soit contre le directeur général, soit contre les membres du directoire.</p> <p>Toutefois, lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 Euros, le montant du capital à représenter en application de l'alinéa précédent est, selon l'importance de ce capital, réduit ainsi qu'il suit :</p> <ul style="list-style-type: none">a) 4 % pour les 750 000 premiers euros ;b) 2,50 % pour la tranche de capital comprise entre 750 000 et 7 500 000 euros ;c) 1 % pour la tranche de capital comprise entre 7 500 000 et 15 000 000 euros ;	<p>Article 7.40 du MBCA <i>In this subchapter:</i> “Derivative proceeding” means a civil suit in the right of a domestic corporation or, to the extent provided in section 7.47, in the right of a foreign corporation.</p> <p>“Shareholder” means a record shareholder, a beneficial shareholder, and an unrestricted voting trust beneficial owner.</p> <p>§7.41 <i>A shareholder may not commence or maintain a derivative proceeding unless the shareholder (i) was a shareholder of the corporation at the time of the act or omission complained of or became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time and (ii) fairly and adequately represents the interests of the corporation in enforcing the right of the corporation.</i></p> <p>§7.42 <i>No shareholder may commence a derivative proceeding until (i) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action and (ii) 90 days have expired from the date delivery of the demand was made unless the shareholder has earlier been notified that the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90-day period.</i></p> <p>§7.43 <i>If the corporation commences an inquiry into the allegations made in the demand or complaint, the court may stay any derivative proceeding for such period as the court deems appropriate.</i></p> <p>§7.44 <i>(a) A derivative proceeding shall be dismissed by the court on motion by the</i></p>
--	--

d) 0,50 % pour le surplus du capital.

Le retrait en cours d'instance d'un ou plusieurs des actionnaires mentionnés à l'alinéa précédent, soit qu'ils aient perdu la qualité d'actionnaire, soit qu'ils se soient volontairement désistés, est sans effet sur la poursuite de l'instance.

Article R225-170 du code de commerce :

Lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs actionnaires, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 225-169, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

Le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux.

corporation if one of the groups specified in subsection § 7.44(b) or subsection § 7.44(e) has determined in good faith, after conducting a reasonable inquiry upon which its conclusions are based, that the maintenance of the derivative proceeding is not in the best interests of the corporation.

(b) Unless a panel is appointed pursuant to subsection § 7.44(e), the determination in subsection

§ 7.44(a) shall be made by:

(1) a majority vote of qualified directors present at a meeting of the board of directors if the qualified directors constitute a quorum; or

(2) a majority vote of a committee consisting of two or more qualified directors appointed by majority vote of qualified directors present at a meeting of the board of directors, regardless of whether such qualified directors constitute a quorum.

(c) If a derivative proceeding is commenced after a determination has been made rejecting a demand by a shareholder, the complaint shall allege with particularity facts establishing either (1) that a majority of the board of directors did not consist of qualified directors at the time the determination was made or (2) that the requirements of subsection § 7.44(a) have not been met

(d) If a majority of the board of directors consisted of qualified directors at the time the determination was made, the plaintiff shall have the burden of proving that the requirements of subsection § 7.44(a) have not been met; if not, the corporation shall have the burden of proving that the requirements of subsection § 7.44(a) have been met.

(e) Upon motion by the corporation, the court may appoint a panel of one or more individuals to make a determination whether the maintenance of the derivative proceeding is in the best interests of the corporation. In such case, the plaintiff shall have the burden of proving that the requirements of subsection § 7.44(a) have not been met.

§7.45

A derivative proceeding may not be discontinued or settled without the court's approval. If the court determines that a proposed discontinuance or settlement will substantially affect the interests of the corporation's shareholders or a class or series of shareholders, the court shall direct that notice be given to the shareholders affected.

§7.46

On termination of the derivative proceeding the court may:

(1) order the corporation to pay the plaintiff's expenses incurred in the proceeding if it finds that the proceeding has resulted in a substantial benefit to the corporation;

(2) order the plaintiff to pay any defendant's expenses incurred in defending the proceeding if it finds that the proceeding was commenced or maintained without reasonable cause or for an improper purpose; or

(3) order a party to pay an opposing party's expenses incurred because of the filing of a pleading, motion or other paper, if it finds that the pleading, motion or other paper (i) was not well grounded in fact, after reasonable inquiry, or warranted by existing law or a good faith argument for the extension, modification or reversal of existing law or (ii) was interposed for an improper purpose, such as to harass or cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation.

§7.47

In any derivative proceeding in the right of a foreign corporation, the matters covered by this subchapter shall be governed by the laws of the jurisdiction of incorporation of the foreign corporation except for sections 7.43, 7.45, and 7.46.

Annexe 13

Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984)

Cet arrêt répond à une question laissée en suspens dans l'arrêt Zapata : celle de savoir quand un actionnaire peut s'exempter de saisir la société avant de saisir le juge.

In the wake of Zapata Corp. v. Maldonado, Del.Supr., 430 A.2d 779 (1981), this Court left a crucial issue unanswered: when is a stockholder's demand upon a board of directors, to redress an alleged wrong to the corporation, excused as futile prior to the filing of a derivative suit?

La Cour suprême de l'Etat du Delaware répond à cette question en expliquant qu'un actionnaire ne peut saisir directement le juge que s'il peut avancer des faits qui permettent légitimement de douter de l'impartialité ou de la bonne foi des administrateurs.

In our view demand can only be excused where facts are alleged with particularity which create a reasonable doubt that the directors' action was entitled to the protections of the business judgment rule.

Plus précisément en l'espèce, le conseil d'administration avait octroyé plusieurs avantages financiers à un actionnaire fondateur âgé de 75 ans et possédant 47% des actions. Ces avantages financiers comprenaient notamment un contrat de travail généreusement rémunéré, un bonus et un prêt sans intérêt.

On January 1, 1981, the defendants approved an employment agreement between Meyers and Fink for a five year term with provision for automatic renewal each year thereafter, indefinitely. Meyers agreed to pay Fink \$150,000 per year, plus a bonus of 5% of its pre-tax profits over \$2,400,000. Fink could terminate the contract at any time, but Meyers could do so only upon six months' notice. At termination, Fink was to become a consultant to Meyers and be paid \$150,000 per year for the first three years, \$125,000 for the next three years, and \$100,000 thereafter for life. Death benefits were also included. Fink agreed to devote his best efforts and substantially his entire business time to advancing Meyers' interests. The agreement also provided that Fink's compensation was not to be affected by any inability to perform services on Meyers' behalf. Fink was 75 years old when his employment agreement with Meyers was approved by the directors (...) Additionally, the Meyers board approved and made interest-free loans to Fink totalling \$225,000.

Un actionnaire saisit alors le juge au motif que les différentes transactions n'avaient aucun intérêt pour la société :

The complaint charges that these transactions had "no valid business purpose", and were a "waste of corporate assets" because the amounts to be paid are "grossly excessive", that Fink performs "no or little services", and because of his "advanced age" cannot be "expected to perform any such services". The plaintiff also charges that the existence of the Prudential consulting agreement with Fink prevents him from providing his "best efforts" on Meyers' behalf. Finally, it is alleged that the loans to Fink were in reality "additional compensation" without any "consideration" or "benefit" to Meyers.

Cet actionnaire n'avait pas saisi la société avant de saisir le juge car il avait assigné tous les administrateurs puisque ces derniers avaient approuvés les transactions en cause :

The complaint alleged that no demand had been made on the Meyers board because:

13. ... such attempt would be futile for the following reasons: (a) All of the directors in office are named as defendants herein and they have participated in, expressly approved and/or acquiesced in, and are personally liable for, the wrongs complained of herein. (b) Defendant Fink, having selected each director, controls and dominates every member of the Board and every officer of Meyers. (c) Institution of this action by present directors would require the defendant-directors

La Cour suprême de l'Etat du Delaware estime que la réponse à la question posée, à savoir quand un actionnaire peut s'exempter de saisir la société avant de saisir le juge, doit se fonder sur la règle du jugement commercial (*Business Judgment Rule*). En conséquence, il appartient au demandeur de prouver que les administrateurs ne doivent pas profiter de cette protection :

In our view the entire question of demand futility is inextricably bound to issues of business judgment and the standards of that doctrine's applicability (...) It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. (...) Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption (...).

Plus exactement, la Cour suprême explique que le juge doit se poser deux questions afin de déterminer si la demande est inutile :

Our view is that in determining demand futility the Court of Chancery in the proper exercise of its discretion must decide whether, under the particularized facts alleged, a reasonable doubt is created that: (1) the directors are disinterested and independent and (2) the challenged transaction was otherwise the product of a valid exercise of business judgment.

En l'espèce les juges considèrent que l'actionnaire n'a pas réussi à prouver que les administrateurs n'étaient pas indépendants. Par conséquent, il devait saisir la société avant de pouvoir saisir le juge :

Here, plaintiff has not alleged any facts sufficient to support a claim of control. The personal-selection-of-directors allegation stands alone, unsupported. At best it is a conclusion devoid of factual support. The causal link between Fink's control and approval of the employment agreement is alluded to, but nowhere specified. The director's approval, alone, does not establish control, even in the face of Fink's 47% stock ownership. (...) The claim that Fink is unlikely to perform any services under the agreement, because of his age, and his conflicting consultant work with Prudential, adds nothing to the control claim. Therefore, we cannot conclude that the complaint factually particularizes any circumstances of control and domination to overcome the presumption of board independence, and thus render the demand futile.

*Auerbach. In Auerbach v. Bennett*⁵⁰⁶

En l'espèce, les dirigeants de la société avait commandé une enquête afin de déterminer si la société avait eu des pratiques illégales afin d'obtenir des marchés à l'étranger. L'enquête avait révélé que la société avait versé plus de 11 millions de pot de vins et que certains administrateurs étaient personnellement impliqués dans les transactions. Suite à ces révélations, un actionnaire, Monsieur Auerbach, voulu engager une action *ut singuli*. Le conseil d'administration forma alors un comité spécial :

"for the purpose of establishing a point of contact between the Board of Directors and the Corporation's General Counsel concerning the position to be taken by the Corporation in certain litigation involving shareholder derivative claims on behalf of the Corporation against certain of its directors and officers" and authorizing that committee "to take such steps from time to time as it deems necessary to pursue its objectives including the retention of special outside counsel."

Le comité qui était notamment composé de trois administrateurs qui n'étaient pas en fonction au moment des faits concernés, estima qu'il n'était pas dans l'intérêt de la société d'engagé une action :

The committee determined that it would not be in the best interests of the corporation for the present derivative action to proceed, and, exercising the authority delegated to it, directed the corporation's general counsel to take that position in the present litigation as well as in pending comparable shareholders' derivative actions.

L'actionnaire engage néanmoins l'action et la société demande à ce que l'action soit déclarée irrecevable. Les juges de la Cour Suprême de l'Etat de New York posent ainsi le problème :

As all parties and both courts below recognize, the disposition of this case on the merits turns on the proper application of the business judgment doctrine, in particular to the decision of a specially appointed committee of disinterested directors acting on behalf of the board to terminate a shareholders' derivative action.

La Cour Suprême estime que les juges n'ont pas le pouvoir de vérifier l'opportunité ou la justesse des décisions prises par le comité :

Derivative claims against corporate directors belong to the corporation itself. As with other questions of corporate policy and management, the decision whether and to what extent to explore and prosecute such claims lies within the judgment and control of the corporation's board of directors. Necessarily such decision must be predicated on the weighing and balancing of a variety of disparate considerations to reach a considered conclusion as to what course of action or inaction is best calculated to protect and advance the interests of the corporation. This is the essence of the responsibility and role of the board of directors, and courts may not intrude to interfere.

Les juges ajoutent toutefois que que le comité doit être indépendant :

The business judgment rule does not foreclose inquiry by the courts into the disinterested independence of those members of the board chosen by it to make the corporate decision on its behalf — here the members of the special litigation committee. Indeed the rule shields the deliberations and conclusions of the chosen representatives of the board only if they possess a disinterested independence and do not stand in a dual relation which prevents an unprejudicial exercise of judgment.

⁵⁰⁶ Auerbach. In Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 393 N.E.2d 994, 419 N.Y.S.2d 920 (1979)

Et que la décision doit avoir été prise de bonne foi :

Thus, absent evidence of bad faith or fraud (of which there is none here) the courts must and properly should respect their determinations.

Zapata. In Zapata Corp. v. Maldonado⁵⁰⁷

Dans cet arrêt, un actionnaire, Monsieur Maldonado, engage une action au nom de la société afin de voir la responsabilité de certains administrateurs retenue car il estime que ces derniers n'ont pas respecté leurs obligations. Monsieur Maldonado n'a pas préalablement informé la société de son action car il estime que sa demande est inutile puisqu'elle impliquait tous les administrateurs. Plus tard, le conseil d'administration de la société crée un « comité d'investigation indépendant » composé de deux administrateurs qui avaient été nommés après les faits invoqués par l'actionnaire. La mission de ce comité précisait que :

The Committee's determination was stated to be "final, . . . not . . . subject to review by the Board of Directors and . . . in all respects . . . binding upon the Corporation."

Après une enquête, le comité considéra que l'action était contraire à l'intérêt de la société et qu'en conséquence qu'elle devait être arrêtée :

Following an investigation, the Committee concluded, in September, 1979, that each action should "be dismissed forthwith as their continued maintenance is inimical to the Company's best interests... "

La société demanda alors notamment que l'action soit déclarée irrecevable. Ainsi que la Cour Suprême de l'Etat du Delaware l'explique :

The question to be decided becomes: When, if at all, should an authorized board committee be permitted to cause litigation, properly initiated by a derivative stockholder in his own right, to be dismissed?

Les juges estiment toutefois que la création d'un comité ne doit pas permettre de proscrire toutes les actions ut singuli :

At the risk of stating the obvious, the problem is relatively simple. If, on the one hand, corporations can consistently wrest bona fide derivative actions away from well-meaning derivative plaintiffs through the use of the committee mechanism, the derivative suit will lose much, if not all, of its generally-recognized effectiveness as an intra-corporate means of policing boards of directors.

Pour répondre plus précisément à la question, la Cour Suprême estime que les juges doivent procéder en deux temps. Ils doivent d'abord rechercher si le comité est indépendant, s'il a mené une véritable enquête et enfin s'il a pris sa décision de bonne foi. La preuve incombant à la société :

First, the Court should inquire into the independence and good faith of the committee and the bases supporting its conclusions. (...) The corporation should have the burden of proving independence, good faith and a reasonable investigation, rather than presuming independence, good faith and reasonableness.

Concernant l'indépendance du comité, les juges considèrent que le seul fait que les administrateurs ne soient pas indépendants ne rend pas nécessairement le comité que ces derniers ont constitué partial :

⁵⁰⁷ Zapata. In Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779 (Del.1981).

We do not think that the interest taint of the board majority is per se a legal bar to the delegation of the board's power to an independent committee composed of disinterested board members. The committee can properly act for the corporation to move to dismiss derivative litigation that is believed to be detrimental to the corporation's best interest.

La Cour est toutefois consciente de l'entresoi qui peut exister au sein des conseils d'administration et qui peut remettre en question l'indépendance des administrateurs :

(...)notwithstanding our conviction that Delaware law entrusts the corporate power to a properly authorized committee, we must be mindful that directors are passing judgment on fellow directors in the same corporation and fellow directors, in this instance, who designated them to serve both as directors and committee members. The question naturally arises whether a "there but for the grace of God go I" empathy might not play a role.

En l'espèce, la Cour conclut que le comité était indépendant. Cependant, elle explique que cette indépendance n'empêche pas les juges de remettre en cause la décision du comité :

The Court should determine, applying its own independent business judgment, whether the motion should be granted (...)

Afin de déterminer si la demande de l'actionnaire doit effectivement être rejetée, les juges devront rechercher l'intérêt de la société mais ils devront également prendre en considération le droit et la politique publique.

The Court of Chancery should, when appropriate, give special consideration to matters of law and public policy in addition to the corporation's best interests.

La Cour justifie ainsi cette intrusion du juge dans les affaires de la société :

The second step provides, we believe, the essential key in striking the balance between legitimate corporate claims as expressed in a derivative stockholder suit and a corporation's best interests as expressed by an independent investigating committee.

Annexe 14

Jurisprudence comparée sur l'action ut singuli

Subsidiarité de l'action ut singuli	
<p>L'action de la société en recherche de responsabilité d'un administrateur ou d'un dirigeant est exclusive en principe de toute l'action <i>ut singuli</i>.</p> <p>« L'existence de l'action sociale ouverte aux associés par l'article L. 223-22 du Code de commerce ne peut priver la société, ayant subi un préjudice résultant d'agissements fautifs de son ancien gérant, de son droit propre à agir en responsabilité »⁵⁰⁸</p> <p>Toutefois</p> <p>La Cour de cassation a jugé que :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la seule intervention des représentants légaux de la société ne pouvait priver les actionnaires de leur droit propre de présenter des demandes au profit de celle-ci⁵⁰⁹. En l'espèce, la société n'émettait aucune critique, à l'égard du dirigeant mis en cause et n'invoquait l'existence d'aucun préjudice - outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, l'associé d'une société civile est en droit d'intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants, peu important que la société exerce ultérieurement elle-même cette action⁵¹⁰ 	<p><i>The common law tailored the derivative action to be a “justifiable, but limited, intrusion upon the general authority of the directors to manage the business affairs of the corporation.”</i>⁵¹¹.</p> <p><i>By their very nature, shareholder derivative actions infringe upon the managerial discretion of corporate boards (...) Consequently, we have historically been reluctant to permit shareholder derivative suits, noting that the power of courts to direct the management of a corporation’s affairs should be “exercised with restraint”</i>⁵¹².</p>
La nécessité d'être actionnaire	
<p>En cédant ses titres, Fouilly a cessé de courir les risques et chances de la société, qu'il a transmis à son cessionnaire le droit attaché à ces titres d'exercer l'action sociale, et que sa demande postérieure à cette cession est ainsi irrecevable⁵¹³.</p>	<p><i>Once a derivative plaintiff sells its stock, it no longer has standing to prosecute the derivative claims on behalf of the remaining shareholders</i>⁵¹⁴.</p>

⁵⁰⁸ Com. 14 décembre 2001, pourvoi n°01-11059.

⁵⁰⁹ Crim. 16 décembre 2009, pourvoi n°08-88305.

⁵¹⁰ Com. 17 septembre 2017, pourvoi n°15-28835.

⁵¹¹ Boland v. Boland 31 A.3d 529, 548 (Md. 2011)

⁵¹² Marx v. Akers, 666 N.E. 2d 1034, 1037 (N.Y. 1996).

⁵¹³ Com. 26 janvier 1970, pourvoi n°67-14787

⁵¹⁴ Heckmann v. Ahmanson (1985) 168 Cal.App.3d 119

Action ut singuli ou action individuelle

« L'action individuelle en responsabilité dont disposent les associés à l'encontre des dirigeants de la société ne peut tendre qu'à la réparation d'un préjudice personnel distinct de celui causé à la personne morale ». Or « la ruine de l'entreprise, la perte quasi-totale de la valeur des parts sociales » ne cause pas à l'associé « un préjudice personnel distinct du préjudice social »⁵¹⁵.

A distinction must be made between the right of a shareholder to bring suit in an individual capacity as the sole party injured, and his right to sue derivatively on behalf of the corporation alleged to be injured (...). Generally, individual stockholders cannot sue the officers at law for damages on the theory that they are entitled to damages because mismanagement has rendered their stock of less value, since the injury is generally not to the shareholder individually, but to the corporation to the shareholders collectively (...) it is, however, well settled that if the injury is one to the plaintiff as a stockholder, and to him individually, and not to the corporation, as where an alleged fraud perpetrated by the corporation has affected the plaintiff directly, the cause of action is personal and individual⁵¹⁶.

In order for a shareholder to bring a direct or personal action against the corporation or other shareholders, that shareholder must show an injury that is separate and distinct from that suffered by any other shareholder or by the corporation⁵¹⁷.

Partie à l'action

L'obligation de mettre en cause la société, qui, selon l'article R. 225-170 du code de commerce, s'impose à l'actionnaire exerçant l'action sociale, ne s'applique que devant les juridictions de jugement et non devant la chambre de l'instruction⁵¹⁸.

Les associés d'une société exerçant ut singuli une action sociale en responsabilité contre le dirigeant de celle-ci, ne peuvent faire pratiquer, en leur nom, une saisie conservatoire au préjudice de ce dernier⁵¹⁹.

The use of a nominal plaintiff in a derivative action makes it an unusual procedural device by reason of its dual nature in that it consists of the basic cause of action, which pertains to the corporation and on which the corporation might have sued, and the derivative cause of action, based upon the fact that the corporation will not or cannot sue for its own protection⁵²⁰.

⁵¹⁵ Com. 19 avril 2005, pourvoi n°02-10256, RJDA 2005, n°813, Bull. Joly 2005, 1252, note Messaï-Bahri.

⁵¹⁶ Yanow v. Teal Industries, Inc., 178 Conn. 262, 281-82, 422 A.2d 311 (1979).

⁵¹⁷ Smith v. Snyder, 267 Conn. 456, 839 A.2d 589 (2004).

⁵¹⁸ Crim. 3 octobre 2007, pourvoi n°06-87849.

⁵¹⁹ Civ. 2^{ème}, 14 septembre 2006, pourvoi n°05-16266, BRDA 19/2006, p.2.

⁵²⁰ Barrett v. Southern Connecticut Gas Co., 172 Conn. 362, A.2d 1051 (1977).

Annexe 15

Dispositions législatives sur la délégation de pouvoir

France	Etats-Unis
Pas de dispositions législatives spécifiques	<p>§ 8.30 Standards of Conduct for Directors</p> <p><i>(d) In discharging board or board committee duties, a director who does not have knowledge that makes reliance unwarranted is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (f)(1) or subsection (f)(3) to whom the board may have delegated, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's functions that are delegable under applicable law.</i></p> <p>§ 8.01 Requirement for and Functions of Board of Directors</p> <p><i>(b) Except as may be provided in an agreement authorized under section 7.32⁵²¹, and subject to any limitation in the articles of incorporation permitted by section 2.02(b), all corporate powers shall be exercised by or under the authority of the board of directors, and the business and affairs of the corporation shall be managed by or under the direction, and subject to the oversight, of the board of directors.</i></p>

⁵²¹ (a) An agreement among the shareholders of a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:
 (1) eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;

Annexe 16

Jurisprudence comparée relative à la délégation de pouvoir

Validité de la délégation	
<p>« Le chef d'entreprise ne peut être exonéré de toute responsabilité pénale que si les juges du fond constatent expressément au préalable, soit que celui-ci avait délégué la direction du chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la loi »⁵²²</p> <p>« La juridiction du second degré a souverainement apprécié qu'il n'était pas établi que la direction du chantier eût été déléguée à un préposé investi par l'employeur et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions édictées pour assurer la sécurité des travailleurs »⁵²³.</p> <p>Le dirigeant ne peut pas vider ses fonctions de toute substance en transférant l'intégralité de ses pouvoirs.</p> <p>En France, les delegations cumulative sont interdites :</p> <p>« il (le chef d'entreprise) ne peut (...) déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégués »⁵²⁴</p>	<p>Cet arrêt a reconnu aux administrateurs le pouvoir de déléguer leur pouvoir :</p> <p>« <i>The directors convened as a board are the primary possessors of all the powers which the charter confers, and like private principals they may delegate to agents of their own appointment the performance of any acts which they themselves can perform</i> »⁵²⁵.</p> <p>« <i>Courts are usually flexible and accommodating in allowing boards to delegate authority as necessary or expedient. But certain powers cannot be delegated generally. Certain transactions require specific authorization by the board in order to be valid</i> »⁵²⁶.</p> <p><i>The board of directors of a corporation cannot delegate total control of the corporation to an individual officer</i>⁵²⁷.</p> <p><i>The board of directors cannot delegate authority which is so broad that it enables the officer to bind the corporation to extraordinary commitments or significantly to encumber the principal asset or function of the corporation</i>⁵²⁸.</p> <p><i>The length of time during which the agreement was to operate likewise indicated that not only managerial powers were delegated, but the entire policy of the casualty company business was to be fixed and determined by appellant. No other conclusion can be drawn from this agreement and the evidence than that the casualty company was to be merely an instrumentality through which</i></p>

⁵²² Crim. 18 janvier 1973, pourvoi n°72-90893.

⁵²³ Crim. 2 février 1993 pourvoi n° 92-80672, RJDA 12/93 n° 1036.

⁵²⁴ Crim, 6 juin 1989, pourvoi n°88-82266.

⁵²⁵ Hoyt v. Thompson's Executor (1859) 19 N.Y. 207.

⁵²⁶ Boston Athletic Association v. International Marathons, 392 Mass. 356 (1984), 467 N.E.2d 58

⁵²⁷ Boston Athletic Association v. International Marathons, 392 Mass. 356 (1984), 467 N.E.2d 58

⁵²⁸ Bloomberg v. Greylock Broadcasting Co., 342 Mass. 542, 548 (1961).

	<p><i>appellant was to conduct a casualty insurance business in the state of Indiana. The agreement which accomplished this result transcends the spirit and theory upon which corporate franchises are based, and is void</i>⁵²⁹</p>
--	--

⁵²⁹ Sherman & Ellis v. Indiana Mutual Casualty Co. (1930) 41 F. (2d) 588.

Annexe 17

Dispositions législatives relatives au respect des procédures

<p>Article L225-38 du code de commerce⁵³⁰</p> <p>Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.</p> <p>Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.</p> <p>Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.</p> <p>(...)</p> <p>Article L225-39 du code de commerce⁵³¹</p> <p>Les dispositions de l'article L. 225-38 ne sont applicables ni aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ni aux conventions conclues entre deux sociétés dont l'une détient, directement ou indirectement, la totalité du capital de l'autre, le cas échéant déduction faite du nombre minimum d'actions requis pour satisfaire aux exigences de l'article 1832 du code civil ou des articles L. 225-1 et L. 226-1 du présent code.</p>	<p>Article 8.60 du MBCA</p> <p><i>“Director’s conflicting interest transaction” means a transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by an entity controlled by the corporation)</i></p> <p>(i) <i>to which, at the relevant time, the director is a party;</i></p> <p>(ii) <i>respecting which, at the relevant time, the director had knowledge and a material financial interest known to the director; or</i></p> <p>(iii) <i>respecting which, at the relevant time, the director knew that a related person was a party or had a material financial interest.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>“Material financial interest” means a financial interest in a transaction that would reasonably be expected to impair the objectivity of the director’s judgment when participating in action on the authorization of the transaction.</i></p> <p>(...)</p> <p><i>“Related person” means:</i></p> <p>(iv) <i>the individual’s spouse;</i></p> <p>(v) <i>a child, stepchild, grandchild, parent, step parent, grandparent, sibling, step sibling, half sibling, aunt, uncle, niece or nephew (or spouse of any such person) of the individual or of the individual’s spouse;</i></p> <p>(vi) <i>a natural person living in the same home as the individual;</i></p> <p>(vii) <i>an entity (other than the corporation or an entity controlled by the corporation) controlled by the individual or any person specified above in this definition;</i></p> <p>(viii) <i>a domestic or foreign (A) business or nonprofit corporation (other than the corporation or an entity controlled by the corporation) of which the individual is a director, (B) unincorporated entity of which the individual is a general partner or a</i></p>
--	---

⁵³⁰ Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l’article L225-86 du code de commerce.

⁵³¹ Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l’article L225-87 du code de commerce.

	<p><i>member of the governing body, or (C) individual, trust or estate for whom or of which the individual is a trustee, guardian, personal representative or like fiduciary; or</i></p> <p><i>(ix) a person that is, or an entity that is controlled by, an employer of the individual.</i></p>
--	--

Annexe 18

Jurisprudence comparée sur les conflits d'intérêts

Définition du conflit d'intérêt	
<p>« L'arrêt retient que M. X... avait négocié directement et individuellement avec un client de la société Lector Consulting et associés le versement d'un avantage supplémentaire sans avoir expressément informé M. Y... ni du montant de la réduction obtenue, revenant à acheter deux appartements pour le prix d'un, ni du protocole d'accord signé le 6 septembre 2011, prévoyant l'achat de deux appartements et le versement, à son profit personnel, d'une commission de 225 000 euros à titre d'apporteur d'affaires pour une transaction pourtant traitée par l'intermédiaire de la société Lector Consulting et associés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a pu déduire que M. X... avait méconnu l'obligation de loyauté et de fidélité à laquelle il était tenu en sa qualité de gérant »⁵³².</p>	<p><i>Classic examples of director self-interest in a business transaction involve either a director appearing on both sides of a transaction or a director receiving a personal benefit from a transaction not received by the shareholders generally</i>⁵³³.</p>

⁵³² Com. 16 mai 2018, pourvoi n°15-16284.

⁵³³ A. Inc., Cede & Co. v. Technicolor, 634 2d 345, 362 (Del. 1993).

Conflits d'intérêt indirect

Est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration, la convention conclue entre une société anonyme et une SARL dont les associés sont les enfants du Président de la SA⁵³⁴.

C'est en vain que les appelants se prévalent d'une absence de dirigeant commun entre la S.A. Clinique de Champagne et la Sarl ELS alors que la convention litigieuse a été conclue entre la S.A. Clinique de Champagne, dont le président directeur général était alors M. Mézerette, et la Sarl ELS, dont le gérant était certes M. C..., mais qui était détenue, à raison de 12.897 parts sur 12.900, par la S.A.S. Cfiste dont le président était M. Mézerette ; que la convention par laquelle la S.A. Clinique de Champagne a confié en 1999 à la Sarl ELS le stockage de ses archives entre donc dans les prévisions de l'article L. 225-38 du code de commerce⁵³⁵.

Un directeur délégué d'une société anonyme qui loue un immeuble à une SCI dont il est associé est susceptible d'être indirectement intéressé à la conclusion du contrat de bail⁵³⁶. En conséquence, la procédure relative aux conventions réglementées doit s'appliquer.

The company's president was Defendant Robert Gately (Robert), who is Stephanie's son. (...)

The disputed transaction was a proposal by Stephanie, made in her capacity as a director, to award a bonus to Robert in the form of company stock and cash valued at \$1.2 million "to compensate him for past service to the company and to prevent him from resigning."(...)

It was, (...) a "consensual bilateral arrangement" (...) that can be reviewed under the safe harbor provision⁵³⁷.

On May 4, 1988, Tad's sold its restaurant business to the Riese organization (the "Asset Sale"). On May 5, 1988, the following day, Tad's effected a "cash-out" going-private merger into Tad's Interim Co. ("Newco"), a vehicle formed to carry out that transaction (the "Merger"). Newco was owned by two of Tad's three directors, Donald and Neal Townsend ("the Townsends"), who also were Tad's founders and its controlling shareholders (...) The defendants concede that the Merger was a self-dealing transaction (...) Normally this Court will defer to a decision involving the business judgment of a corporation's directors, because our law presumes that in making a decision of that kind, the directors acted with due care and in good faith to advance the best interests of shareholders. However, that presumption vanishes in cases where the minority shareholders are compelled to forfeit their shares in return for a value that is "determined as a result of a bargaining process in which the controlling shareholder [is] in a position to influence both bargaining parties."⁵³⁸

⁵³⁴ Com. 23 octobre 1990, pourvoi n°89-14950.

⁵³⁵ CA Reims, 19 novembre 2007, RG n°06/1933.

⁵³⁶ Com. 16 mai 2018 N° de pourvoi: 16-18183.

⁵³⁷ Warren v Campbell Farming Corporation, Supreme Court of Montana, No. OP 10-0493, 30 décembre 2011.

⁵³⁸ Ryan v. Tad's Enterprises, Inc., 709 A.2d 682 (1996).

Annexe 19

Dispositions législatives relatives aux procédures à respecter pour les conventions conclues avec la société

<p>Article L225-38 alinéa 4 du code de commerce⁵³⁹</p> <p>L'autorisation préalable du conseil d'administration est motivée en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société, notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées.</p> <p>Article L225-40 du code de commerce⁵⁴⁰</p> <p>L'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable. Il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée.</p> <p>Le président du conseil d'administration donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et conclues et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale.</p> <p>Les commissaires aux comptes présentent, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée, qui statue sur ce rapport.</p> <p>L'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.</p> <p>Article L225-41 du code de commerce⁵⁴¹</p> <p>Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.</p> <p>Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et,</p>	<p>Article 8.61 du MBCA</p> <p><i>(a) A transaction effected or proposed to be effected by the corporation (or by an entity controlled by the corporation) may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other sanctions against a director of the corporation, in a proceeding by a shareholder or by or in the right of the corporation, on the ground that the director has an interest respecting the transaction, if it is not a director's conflicting interest transaction.</i></p> <p><i>(b) A director's conflicting interest transaction may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other sanctions against a director of the corporation, in a proceeding by a shareholder or by or in the right of the corporation, on the ground that the director has an interest respecting the transaction, if:</i></p> <p><i>(2) directors' action respecting the transaction was taken in compliance with section 8.62 at any time; or</i></p> <p><i>(3) shareholders' action respecting the transaction was taken in compliance with section 8.63 at any time; or</i></p> <p><i>(4) the transaction, judged according to the circumstances at the relevant time, is established to have been fair to the corporation.</i></p> <p>Article 8.62 du MBCA</p> <p><i>(a) Directors' action respecting a director's conflicting interest transaction is effective for purposes of section § 8.61(b)(1) if the transaction has been authorized by the affirmative vote of a majority (but no fewer than two) of the qualified directors who voted</i></p>
--	--

⁵³⁹ Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l'article L225-86 du code de commerce.

⁵⁴⁰ Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l'article L225-88 du code de commerce.

⁵⁴¹ Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l'article L225-89 du code de commerce.

éventuellement, des autres membres du conseil d'administration.

Article L225-42 du code de commerce

Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

(...)

La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 225-40 sont applicables.

Article L225-43 du code de commerce⁵⁴²

A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs 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.

Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également au conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée.

on the transaction, after required disclosure by the conflicted director of information not already known by such qualified directors, or after modified disclosure in compliance with subsection (b), provided that:

(1) the qualified directors have deliberated and voted outside the presence of and without the participation by any other director; and

(2) where the action has been taken by a board committee, all members of the committee were qualified directors, and either (i) the committee was composed of all the qualified directors on the board of directors or (ii) the members of the committee were appointed by the affirmative vote of a majority of the qualified directors on the board of directors.

(b) Notwithstanding subsection (a), when a transaction is a director's conflicting interest transaction only because a related person described in clause (v) or (vi) of the definition of "related person" in section 8.60 is a party to or has a material financial interest in the transaction, the conflicted director is not obligated to make required disclosure to the extent that the director reasonably believes that doing so would violate a duty imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule, provided that the conflicted director discloses to the qualified directors voting on the transaction:

(1) all information required to be disclosed that is not so violative,

(2) the existence and nature of the director's conflicting interest, and

(3) the nature of the conflicted director's duty not to disclose the confidential information.

(c) A majority (but no fewer than two) of all the qualified directors on the board of directors, or on the board committee, constitutes a quorum for purposes of action that complies with this section.

(d) Where directors' action under this section does not satisfy a quorum or voting requirement applicable to the authorization of

⁵⁴² Pour les sociétés anonymes avec directoire ces obligations découlent de l'article L225-91 du code de commerce.

the transaction by reason of the articles of incorporation or bylaws or a provision of law, independent action to satisfy those authorization requirements shall be taken by the board of directors or a board committee, in which action directors who are not qualified directors may participate.

Article 8.63 du MBCA

Shareholders' action respecting a director's conflicting interest transaction is effective for purposes of section § 8.61(b)(2) if a majority of the votes cast by the holders of all qualified shares are in favor of the transaction after (i) notice to shareholders describing the action to be taken respecting the transaction, (ii) provision to the corporation of the information referred to in subsection (b), and (iii) communication to the shareholders entitled to vote on the transaction of the information that is the subject of required disclosure, to the extent the information is not known by them. In the case of shareholders' action at a meeting, the shareholders entitled to vote shall be determined as of the record date for notice of the meeting.

(a) A director who has a conflicting interest respecting the transaction shall, before the shareholders' vote, inform the secretary or other officer or agent of the corporation authorized to tabulate votes, in writing, of the number of shares that the director knows are not qualified shares under subsection (c), and the identity of the holders of those shares.

(b) For purposes of this section: (i) "holder" means and "held by" refers to shares held by a record shareholder, a beneficial shareholder, and an unrestricted voting trust beneficial owner; and (ii) "qualified shares" means all shares entitled to be voted with respect to the transaction except for shares that the secretary or other officer or agent of the corporation authorized to tabulate votes either knows, or under subsection (b) is notified, are held by (A) a director who has a conflicting interest respecting the transaction or (B) a related person of the director (excluding a person

described in clause (vi) of the definition of “related person” in section 8.60).

(c) A majority of the votes entitled to be cast by the holders of all qualified shares constitutes a quorum for purposes of compliance with this section. Subject to the provisions of subsection

§ 8.63(e), shareholders’ action that otherwise complies with this section is not affected by the presence of holders, or by the voting, of shares that are not qualified shares.

(d) If a shareholders’ vote does not comply with subsection (a) solely because of a director’s failure to comply with subsection (b), and if the director establishes that the failure was not intended to influence and did not in fact determine the outcome of the vote, the court may take such action respecting the transaction and the director, and may give such effect, if any, to the shareholders’ vote, as the court considers appropriate in the circumstances.

(e) Where shareholders’ action under this section does not satisfy a quorum or voting requirement applicable to the authorization of the transaction by reason of the articles of incorporation or the bylaws or a provision of law, independent action to satisfy those authorization requirements shall be taken by the shareholders, in which action shares that are not qualified shares may participate.

Article 8.60

“Fair to the corporation” means, for purposes of section § 8.61(b)(3), that the transaction as a whole was beneficial to the corporation, taking into appropriate account whether it was (i) fair in terms of the director’s dealings with the corporation, and (ii) comparable to what might have been obtainable in an arm’s length transaction, given the consideration paid or received by the corporation.

Annexe 20

Jurisprudence comparée sur les procédures d'autorisation

Procédure d'autorisation	
<p>« La résiliation d'un commun accord, aussi bien que la conclusion et la modification de conventions qui entrent dans le champ d'application de l'article L. 225-38, doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration »⁵⁴³.</p>	<p><i>Although it appears that the Delaware courts endorse less formal means of corporate ratification, we believe that when the taint is at the board level ratification must occur at the shareholder (...) Indeed, following Delaware common law, only the disinterested shareholders are capable of "freshen [ing]" the atmosphere after corporate self dealing⁵⁴⁴.</i></p>

Administrateurs prenant part au vote	
<p>« Force est toutefois de constater que les administrateurs intéressés ne pouvaient pas plus prendre part au vote d'autorisation, sauf à vider de son sens et de sa portée l'article L 225-40 alinéa 1 du code de commerce »⁵⁴⁵.</p>	<p><i>« Independence is a fact-specific determination made in the context of a particular case. The court must make that determination by answering the inquiries: independent from whom and independent for what purpose? »⁵⁴⁷.</i></p> <p><i>We have generally defined a director as being independent only when the director's decision is based entirely on the corporate merits of the transaction and is not influenced by personal or extraneous considerations⁵⁴⁸.</i></p>
<p>« Les appelants sont bien fondés à soutenir que Monsieur Claude Y..., époux de Madame B. ne pouvait prendre part aux votes dès lors qu'il était lui-même intéressé aux conventions profitant à son épouse »⁵⁴⁶</p>	<p><i>« In our view, the Special Committee established to negotiate the purchase of the block of NL stock did not function independently. All three directors had previous affiliations with Simmons or companies which he controlled and, as a result, received significant financial</i></p>

⁵⁴³ Com., 27 févr. 1996, n° 94-12.454 : Bull. civ. IV, n° 69 ; BJS 1996, p. 492, note P. Le Cannu.

⁵⁴⁴ Robert A. Wachslar, Inc., a Connecticut Corporation v. Florafax International, Inc., 778 F.2d 547 (10th Cir. 1985).

⁵⁴⁵ CA Grenoble 29 mai 2008, RG n°08/00312.

⁵⁴⁶ CA Versailles 22 novembre 2007, RG n°06/06969.

⁵⁴⁷ Beam v. Stewart, 845 A.2d 1040 (Del. 2004)

⁵⁴⁸ Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 363 (Del. 1993).

	<p><i>compensation or influential positions on the boards of Simmons' controlled companies (...) From its inception, the Special Committee failed to operate in a manner which would create the appearance of objectivity in Tremont's decision to purchase the NL stock ⁵⁴⁹».</i></p>
--	---

⁵⁴⁹ Kahn v. Tremont Corp., 694 A.2d 422, 429 (Del. 1997).

Annexe 21

Dispositions législatives sur les opportunités d'affaires

Aucune disposition spécifique	<p>Article 8.70 du MBCA</p> <p><i>(a) If a director or officer pursues or takes advantage of a business opportunity directly, or indirectly through or on behalf of another person, that action may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other sanctions against the director, officer or other person, in a proceeding by or in the right of the corporation on the ground that the opportunity should have first been offered to the corporation, if</i></p> <p><i>(1) before the director, officer or other person becomes legally obligated respecting the opportunity the director or officer brings it to the attention of the corporation and either:</i></p> <p><i>(i) action by qualified directors disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the same procedures as are set forth in section 8.62, or shareholders' action disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the procedures set forth in section 8.63, in either case as if the decision being made concerned a director's conflicting interest transaction, except that, rather than making "required disclosure" as defined in section 8.60, the director or officer shall have made prior disclosure to those acting on behalf of the corporation of all material facts concerning the business opportunity known to the director or officer;</i></p> <p><i>or</i></p> <p><i>(2) the duty to offer the corporation the business opportunity has been limited or eliminated pursuant to a provision of the articles of incorporation adopted (and where required, made effective by action of qualified directors) in accordance with section 2.02(b)(6).</i></p> <p><i>In any proceeding seeking equitable relief or other remedies based upon an alleged improper pursuit or taking advantage of a business opportunity by a director or officer,</i></p>
-------------------------------	--

	<p><i>directly, or indirectly through or on behalf of another person, the fact that the director or officer did not employ the procedure described in subsection (a)(1)(i) or (ii) before pursuing or taking advantage of the opportunity shall not create an implication that the opportunity should have been first presented to the corporation or alter the burden of proof otherwise applicable to establish that the director or officer breached a duty to the corporation in the circumstances.</i></p>
--	---

Annexe 22

Jurisprudence comparée sur les opportunités d'affaires

Opportunités d'affaires	
<p>Le gérant démissionnaire qui crée une société concurrente dont il commence l'exploitation avant l'expiration de son préavis manque à son obligation de loyauté et de fidélité à l'égard de la société dont il était le gérant⁵⁵⁰.</p> <p>L'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité⁵⁵¹</p> <p>M. B..., dirigeant de la société CEPS, avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux⁵⁵²</p> <p>Toutefois</p> <p>« qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il n'était pas contesté que M. X... avait, dès le mois de décembre 1991, engagé avec la société Galvanoplast des négociations qui avaient conduit à l'adoption d'un projet, non agréé par le conseil d'administration de la société Somogal, par lequel M. André X... cédait à la société Galvanoplast la majorité des actions de la société Somogal au prix unitaire de 682,50 francs, et sans rechercher si M. André X... n'avait pas caché aux cédants l'existence ou les conditions de ces négociations et ainsi manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à</p>	<p><i>Gust and Bakal's failure to offer the opportunity to represent Apple to Markal before taking it for G/B was a breach of their fiduciary duties because the Apple business was reasonably incident to "Markal's prospective operations"⁵⁵⁴.</i></p> <p><i>Upon a consideration of all the facts and circumstances as disclosed we are convinced that the opportunity to acquire the Pepsi-Cola trademark and formula, goodwill and business belonged to the complainant, and that Guth, as its President, had no right to appropriate the opportunity to himself⁵⁵⁵.</i></p> <p>Toutefois</p> <p><i>« In this case, it is clear that the opportunity was one in which the corporation had an interest. Despite this fact, CERBCO would never be able to undertake the opportunity to sell its EAST shares. Every economically viable CERBCO sale of stock could have been blocked by the Eriksons under 271. Since the corporation was not able to take advantage of the opportunity, the transaction was not one which, considering all the relevant facts, fairly belonged to the corporation »⁵⁵⁶.</i></p> <p><i>« Presentation of a purported corporate opportunity to a board of directors, and the</i></p>

⁵⁵⁰ Ccom., 12 févr. 2002, Bull. Joly 2002, § 137, p. 617, note B. Saintourens ; JCP 2002, éd. E, 851, n° 3, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

⁵⁵¹ Com 15 novembre 2001, pourvoi n°10-15949.

⁵⁵² Com 18 décembre 2012, pourvoi n°11-24305.

⁵⁵⁴ Levy v. Markal Sales Corp., 643 N.E.2d 1206, 1214 -15 (Ill. App. Ct. 1994).

⁵⁵⁵ Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, Del. Supreme Court (1939)

⁵⁵⁶ Thorpe v. CERBCO, Inc. Delaware Supreme Court, 676 A.2d 436 (1996).

l'égard de tout associé en leur dissimulant une information de nature à influencer sur leur consentement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »⁵⁵³.

board's refusal thereof, creates a safe harbor for an interested director »⁵⁵⁷

⁵⁵³ Com., 22 février 2005, pourvoi n° 01-13.642.

⁵⁵⁷ *Texlon Corp. v. Meyerson*, 802 A.2d 257, 263 (Del. 2002)

Annexe 23

Dispositions législatives sur les clauses exonératoires de responsabilité

	Etats-Unis
<p>Article L225-253 du code de commerce :</p> <p>Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action.</p> <p>Aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.</p>	<p>§ 2.02 Articles of Incorporation</p> <p><i>(a) The articles of incorporation may set forth:</i></p> <p><i>(4) a provision eliminating or limiting the liability of a director to the corporation or its shareholders for money damages for any action taken, or any failure to take any action, as a director, except liability for (i) the amount of a financial benefit received by a director to which the director is not entitled; (ii) an intentional infliction of harm on the corporation or the shareholders; (iii) a violation of section 8.32; or (iv) an intentional violation of criminal law;.</i></p> <p><i>(6) a provision limiting or eliminating any duty of a director or any other person to offer the corporation the right to have or participate in any, or one or more classes or categories of, business opportunities, before the pursuit or taking of the opportunity by the director or other person; provided that any application of such a provision to an officer or a related person of that officer (i) also requires approval of that application by the board of directors, subsequent to the effective date of the provision, by action of qualified directors taken in compliance with the same procedures as are set forth in section 8.62, and (ii) may be limited by the authorizing action of the board.</i></p>

Annexe 24

Jurisprudence comparée sur les clauses exonératoires

Application des clauses	
<p>« L'approbation des comptes d'une société anonyme et le quitus donné aux administrateurs ne font obstacle ni à ce que soient ultérieurement rectifiées par l'assemblée générale des actionnaires des inexactitudes qu'elle n'a pas été mise en mesure de connaître, ni à ce que soit recherchée la responsabilité des administrateurs pour leur gestion »⁵⁵⁸.</p>	<p><i>Where directors are contractually or otherwise exculpated from liability for certain conduct, then a serious threat of liability may only be found to exist if the plaintiff pleads a non-exculpated claim against the directors based on particularized facts</i>⁵⁵⁹.</p> <p><i>The plaintiffs cannot sustain their complaint even by pleading facts supporting an inference of gross negligence; they must plead a nonexculpated claim</i>⁵⁶⁰</p> <p><i>Though an officer owes to the corporation identical fiduciary duties of care and loyalty as owed by directors, an officer does not benefit from the protections of a Section 102(b)(7) exculpatory provision, which are only available to directors</i>⁵⁶¹.</p>

⁵⁵⁸ Com. 15 décembre 1987 pourvoi n°86-13479.

⁵⁵⁹ Wood v. Baum, 953 A.2d 136, 141 (Del. 2008).

⁵⁶⁰ In re Lear Corp. S'holder Litig., 967 A.2d 640, 17 647-48 (Del. Ch. 2008).

561 McPadden v. Sidhu, 964 A.2d 1262 (Del. Ch. 2008).