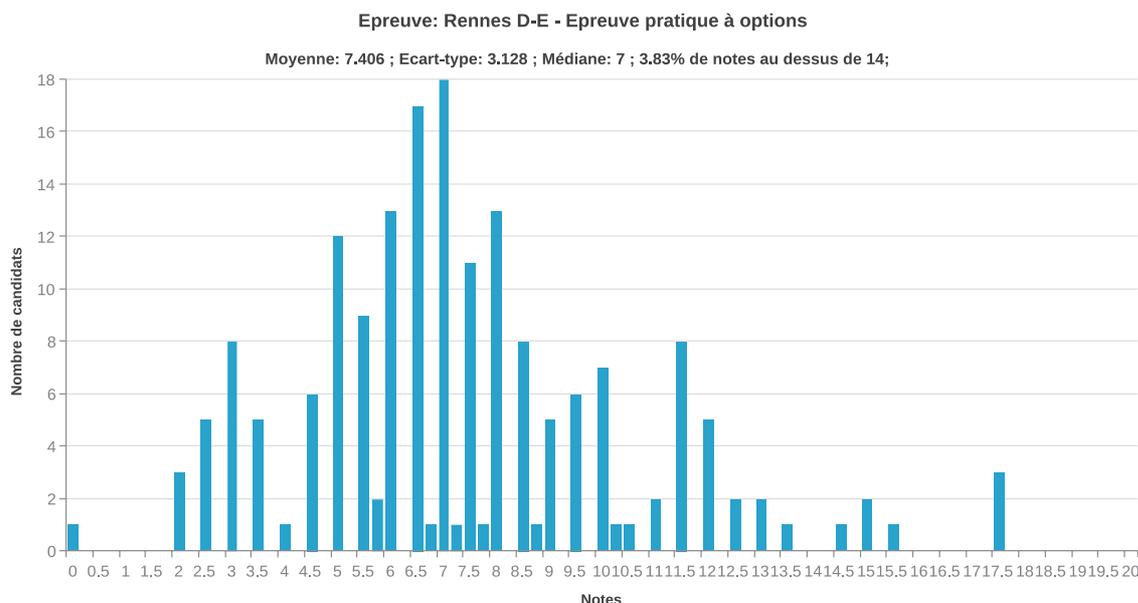


Rapport de jury

Épreuve à options : droit commercial

I – Statistiques



II - Rapport

NB : compte tenu du changement de technique de rédaction adopté par la Cour de cassation, le format de l'épreuve va être modifié afin de prendre en considération l'allègement du travail à fournir dans l'introduction analytique du commentaire. Nous invitons, de la sorte, à consulter la notice qui figure sur le site de l'ENS Rennes dans la rubrique « admission » : <http://www.ens-rennes.fr/concours-d-e/>

Préambule

L'arrêt proposé cette année à l'épreuve de droit commercial permettait, à partir de la problématique du conflit entre deux notions au contenu prétorien, de fournir un cadre extrêmement riche pour le commentaire. En règle générale, les attentes du jury ont été satisfaites sur ce point, d'autant qu'une légère évolution de la qualité des problématiques est à noter, au regard de la baisse constante de niveau constatée les dernières années. Nous invitons donc à poursuivre dans cette direction, d'autant que les concours de la fonction publiques sont tous intransigeants sur ce point technique.

Au rang des progrès constatés, notons également qu'hormis de rarissimes exceptions, la technique du commentaire d'arrêt est parfaitement maîtrisée, quelle que soit l'ordre adopté dans l'introduction analytique. Mieux encore, même dans les copies les plus légères, c'est-à-dire ne comportant qu'une introduction, les candidat-e-s font preuve, sinon de talent, tout de moins de rigueur, ce qui prouve le sérieux de leur formation.

Certaines copies, par ailleurs, sont exceptionnelles.

A propos des plans, nous suggèrerons de ne pas se reposer sur des plans types sans contenu (par exemple : une notion ouverte/ une notion contrainte ; les textes/la jurisprudence, etc.). En effet, il est impossible de commenter l'arrêt sur ces bases logiques car l'arrêt commande le plan. L'annonce de plan qui est adoptée dans la proposition de corrigé qui suit peut fournir un guide utile des attentes du jury. Il convient à ce titre de se méfier des plans d'idée(s) qui, immanquablement font sortir le raisonnement du cadre de l'arrêt.

Sur le fond, il s'avère que la majorité des copies proposaient des raisonnements assez bien articulés concernant le devoir de loyauté mais que le traitement de l'intérêt social faisait défaut la plupart du temps. Voilà, qui a pu sembler assez paradoxal au jury compte tenu de la plus grande facilité à traiter la seconde notion que la première.

Rappelons, enfin, que l'étalage de connaissances hors cadre est inutile dans l'exercice du commentaire d'arrêt. Réserver, par exemple, la moitié du commentaire à la notion de groupe de sociétés, même de façon brillante, constitue un hors sujet et une perte de temps considérable. En tout état de cause, le commentaire ne doit pas être abordé comme le serait une dissertation.

Proposition de corrigé

Commentaire d'arrêt de : Cass. com. 22 mai 2019, n° pourvoi 17-13 5656

« *L'intérêt est un langage que les hommes apprennent sans grammaire* », cette formule de Napoléon¹ pourrait illustrer toute la portée de l'arrêt (Cass com. 22 mai 2019 n° pourvoi 17-13 5656) qui nous est donné à commenter. Il y était en effet question du conflit, non encore résolu en droit, et qui se présentait à des administrateurs, tenus de choisir entre leur devoir de loyauté envers leur société et le respect de l'intérêt social d'une filiale.

Deux sociétés par actions simplifiées : la SAFA dont les actionnaires principaux sont MM Y et V. B et la CIMCHAUX contrôlent conjointement trois autres sociétés, dites CSA, CESA et la Dordognoise. Le 27 juin 2014, le conseil d'administration de la SAFA dont font « *notamment* » partie les consorts O décide, à la majorité, que MM Y et V B présenteraient leur candidature à la présidence et à la direction générale des trois sociétés filiales précitées. Lors des conseils d'administration de ces dernières, les consorts O s'opposent toutefois à cette nomination et seront élus à leur place.

Les consorts O sont alors, selon toute vraisemblance, poursuivis en dommages-intérêts pour manquement à leur devoir de loyauté devant le Tribunal de commerce (on ignore si c'est la société ou leurs associés qui les poursuivent). On ne connaît pas le sens du jugement de première instance mais on sait que l'affaire est portée devant la Cour d'appel de Poitiers. Cette dernière ayant retenu un manquement au devoir de loyauté, les consorts O forment un pourvoi en cassation composé d'un moyen unique dont le juge du droit n'examinera que la première branche, cassant, *in fine*, l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers.

On ignore quelles sont les thèses soutenues en première instance ainsi qu'en appel sauf qu'elles portent, incidemment, sur l'appréciation du manquement au devoir de loyauté. Il en va de même du contenu du pourvoi qui n'est pas rapporté dans l'arrêt.

On connaît en revanche la solution retenue par le juge d'appel, telle que rapportée par la chambre commerciale : le vote des consorts O constitue un manquement à leur devoir de loyauté à l'égard de la société SAFA, les administrateurs étant tenus au respect des décisions collectives prises régulièrement et non entachées d'abus de droit.

Le juge du droit répondra toutefois, à l'appui d'un attendu de principe, que si l'administrateur exerce librement son droit de vote dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel il est tenu l'oblige néanmoins, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale. Il n'y est toutefois pas contraint si cette décision est contraire à l'intérêt social de ladite filiale.

Se posait ainsi, au juge du droit, la question de déterminer si le devoir de loyauté que l'administrateur doit à sa société prime ou, au contraire, s'efface devant la protection de l'intérêt social de la filiale. L'arrêt est ici d'importance car il est conduit à conférer une hiérarchie à deux notions au contenu prétorien.

¹ Les maximes et pensées (1769-1821)

Le devoir de loyauté, en effet est un standard au contours incertain car il s'appuie sur **différentes sources textuelles qui sont fonction du bénéficiaire du devoir de loyauté (I)**. L'intérêt social, lui, s'appuie sur des sources textuelles stables mais c'est le contenu de la notion qui, en revanche, n'a pas été défini. **Son respect l'emporte toutefois sur le devoir de loyauté, essentiellement, nous semble-t-il, en raison de la nécessité de protéger l'intérêt des tiers (II)**.

I / Les bases textuelles du devoir de loyauté

Le socle textuel de l'arrêt repose apparemment sur la **faute de gestion (A)**, toutefois, il ne s'agit là que d'un support normatif, utilisé pour développer une **jurisprudence audacieuse qui a érigé le devoir de loyauté (B)** au rang de principe s'imposant aux dirigeants.

A / L'encadrement légal du comportement des dirigeants

Prima facie, le visa de l'arrêt pose les bases textuelles de cette décision d'importance pour les groupes de société. De façon liminaire, rappel est d'abord fait aux dispositions de l'article L 227-8 du Code de commerce qui transpose les règles de la responsabilité des membres du conseil d'administration et directoire, des sociétés anonymes (SA), aux dirigeants des sociétés par actions simplifiées (SAS). S'agissant ensuite des premiers, l'article L225-251 alinéa 1° du même code établit, en son alinéa 1°, que les administrateurs sont responsables envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.

En l'espèce, faute d'éléments portés à notre connaissance quant à l'existence de clauses statutaires imposant un comportement particulier aux administrateurs et que ; par ailleurs, il n'était pas constaté d'infraction aux règles applicables aux sociétés (SA et SAS) ; force est de constater que le texte porté au visa laisse supposer que la décision du juge du droit en référerait à la faute de gestion. Or, ladite faute n'a jamais fait l'objet de définition dans le Code de commerce. C'est donc le juge du droit qui a dû en préciser les contours ce qu'il fait, le plus souvent, en s'appuyant sur cette formulation : « *Les dirigeants ont pour obligation de gérer la société de façon compétente, diligente et dans le respect de l'intérêt social, en écartant tout intérêt personnel* ». En pratique, toutefois, l'essentiel de cette atteinte est mesuré à l'aune de l'intérêt social.

Est-ce à dire que c'est ce type de manquement qui était en jeu en l'espèce ? La question est plus subtile car le premier attendu, rédigé en la forme d'attendu de principe, opère, dès la deuxième ligne, un glissement sémantique dans sa référence explicite au devoir de loyauté. Le fondement textuel de l'arrêt apparaît donc, d'emblée constituer un cadre excessivement large qui sert de support au développement de cette notion prétorienne dégagée il y a une vingtaine d'années.

B / Les fondements successifs du devoir de loyauté

Ce concept, découvert à l'occasion de l'arrêt Vilgrain du 27 février 1996, « *qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé* » reposait originellement sur les dispositions de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil. Le choix de ce fondement a toutefois rapidement varié puisque très rapidement un autre arrêt de la Chambre commerciale du 12 mai 2004² évoquera cette fois le devoir de loyauté au visa de l'article 1382 (désormais 1240) du Code civil, le renvoyant de la sorte dans le champ de la responsabilité extracontractuelle.

Un autre arrêt enfin, en date du **15 novembre 2011**, **s'écartant des solutions retenues par ses devanciers, placera, lui, la notion loyauté du dirigeant sous l'égide de l'article L. 223-22 du Code de commerce** qui dispose, dans son premier alinéa, que « *Les gérants 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 à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

On relèvera immédiatement que cette rédaction dédiée aux SARL est la même que celle qui s'applique aux SA en vertu de l'article L225-251 alinéa 1° précité. Il s'en déduit, par suite, que l'articulation, suggérée par le visa surplombant notre arrêt, entre faute de gestion et déloyauté, doit être prise en considération. Cela nous conduit logiquement à apprécier ce devoir au regard de l'intérêt social, substrat de la faute de gestion.

² Cass. com., 12 mai 2004, précité.

II / Le conflit d'espèce entre deux notions jurisprudentielles

Voici tout l'intérêt de l'arrêt : établir une hiérarchie entre deux notions dont les contenus, prétoriens, sont toutes entachées d'imprécision (A). Le juge du droit, cependant, tranche ici nettement en faveur de la prédominance de l'intérêt social dans un contexte de groupe de sociétés (B).

A / L'incertitude sur les notions

Le devoir de loyauté trouve, désormais, une assise apparente sur la faute de gestion, support textuel le plus propice, comme en l'espèce, à la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants. Ainsi, même en cas de déloyauté envers les associés, c'est ce fondement qui sert de base aux sanctions, à la différence de la solution retenue par l'arrêt Vilgrain (Cass. com., 18 déc. 2012). En l'espèce, toutefois, la situation était différente pour les administrateurs de la société SAFA puisqu'on reprochait à ces derniers de ne pas avoir été loyaux envers **leur propre société** et non envers leurs associés comme dans l'arrêt Vilgrain. Pour cette raison, la déloyauté atteignant des victimes différentes, elle revêt nécessairement des aspects distincts d'autant que si, le plus souvent elle est dirigée contre les associés ou la société, il arrive qu'elle touche également des tiers. Son appréciation est donc fort complexe ; il s'agit d'une affaire de casuistique et le concept, comme celui de bonne foi, relève du standard et n'a donc pas de contenu théorique.

En regard, l'intérêt social n'est pas un standard, même s'il s'agit également d'une notion éminemment plastique. Son caractère protéiforme est attesté par la diversité des positions doctrinales. Il a ainsi pu être soutenu par M Schmidt que cet intérêt recoupe celui des associés, ce qui se conçoit pour les sociétés à responsabilité illimitée. A l'opposé MM. Cozian et Viandier, y voyaient l'intérêt de l'entreprise, solution envisageable pour les groupes de sociétés. Plus synthétiquement, M. Dom a pu soutenir avec raison que l'intérêt social était celui de la personne morale, ce qui permet d'adapter les atteintes à la forme de la société. En l'espèce, s'agissant d'une SAS, cette dernière solution convient parfaitement à l'hétérogénéité statutaire qui la caractérise.

En pratique, on perçoit, après ces précisions théoriques, que si le devoir de loyauté est liée à la faute de gestion, il s'apprécie, lorsque les administrateurs sont déloyaux envers leur société, dans le même champ que l'atteinte à l'intérêt social. Autrement dit, pour qu'il y ait déloyauté envers sa société, l'administrateur doit avoir atteint à l'intérêt de la personne morale qu'il dirige. Tout l'intérêt de l'arrêt qui nous est proposé réside dans l'introduction d'un intérêt tiers dans ce diptyque initial : l'intérêt social de la filiale, qui vient perturber cet ordonnancement logique.

B / La prédominance affirmée de l'intérêt social

En l'espèce, en effet, les associés poursuivis soutenaient qu'il convenait d'examiner si la décision prise au sein du conseil d'administration de la société-mère était contraire à l'intérêt social de la filiale, demande à laquelle le juge d'appel n'avait pas répondu. La chambre commerciale, pour sa part, va déplacer quelque peu le problème car elle ne s'attardera pas sur l'examen de la licéité de la délibération de la société-mère. L'aurait-elle voulu, d'ailleurs qu'elle n'aurait pu le faire, cette appréciation relevant du fait et, partant, de la seule compétence du juge du fond.

L'attendu de principe en atteste, l'appréciation de la déloyauté, replacée en droit, est subjective et s'infère de l'attitude des administrateurs. Ces derniers doivent être loyaux envers leur société et, s'agissant du contenu de ce devoir, devaient en l'espèce appliquer fidèlement les décisions prises au sein de la mère dans la filiale. Se trouve ainsi réaffirmée la force des délibérations et l'autorité des décisions de la personne morale, seule maîtresse de sa gestion.

Encore faut-il considérer l'intérêt des tiers, ce qui est tout autre chose. La filiale est une tierce personne et son intérêt social doit être apprécié distinctement de celui de la mère. Ainsi, ledit intérêt prime sur le devoir de loyauté des dirigeants envers la mère et, donc sur l'intérêt social de la mère.

Cette solution nous semble, de la sorte, rationnelle pour deux raisons : d'une part, l'écran de la personnalité morale fait de la filiale un être distinct, un tiers qu'il est nécessaire de protéger et, d'autre part, l'intérêt social est une notion qui s'appuie directement sur des bases textuelles alors que le concept de déloyauté se déduit d'un lointain rapport avec la faute de gestion. Reste à déterminer comment elle pourra s'articuler avec un autre courant jurisprudentiel, issu de l'arrêt Rozenblum du 4 février 1985, qui établit l'existence d'un intérêt du groupe, distinct de celui des filiales.