

## LE DEVOIR DE LOYAUTÉ : CONTRAINTE OU OPPORTUNITÉ ?

**Mots-clés** : action en concurrence déloyale, action en contrefaçon, affectio societatis, bonne foi, Code civil, Code de commerce, Code des impôts, Code monétaire et financier, Code pénal, contrainte, Droit des contrats, Droit des sociétés, Droit de la concurrence, Droit de la consommation, Droit du travail, intuitu personae, loyauté, opportunité, transparence dans les relations contractuelles.

**Si à l'origine, la loyauté est une qualité psychologique, une vertu morale, elle est aujourd'hui un principe juridique reconnu pour la sécurisation des échanges. C'est sur la base de la bonne foi, de la loyauté, que le juge s'appuiera pour analyser l'équilibre d'un contrat. Mais la loyauté est plus que cela puisqu'elle conditionne le bon fonctionnement de l'économie de marché. Ce devoir de loyauté, présent dans le droit des contrats mais qui s'étend également aux rapports extracontractuels, devient un instrument de la stratégie de communication des entreprises qui trouvent intérêt à présenter une image conforme à la morale.**

Cicéron rapporte le débat entre Diogène et Antipater qui s'interrogeaient sur l'obligation du vendeur de dire les défauts de sa marchandise. Pour Antipater, « *le vendeur doit dire tout ce qu'il sait de la marchandise, que l'acheteur n'ignore rien de ce qu'il sait lui-même* ». Pour Diogène, il suffit que « *le vendeur fasse connaître les défauts de la marchandise comme l'ordonne le droit civil et ne pas user d'artifice pour le reste* ».

Dès l'Antiquité, s'est donc posé le problème de la contradiction entre la manière profitable d'agir et la manière loyale.

Dans son sens étymologique, la *loyauté* exprime la conformité à la loi. C'est le sens qui prévaut dans l'expression « *qualité saine, loyale et marchande* » d'un bien qui signifie que la marchandise correspond à la norme légale et aux usages commerciaux. La loyauté se définit alors comme la droiture, la sincérité contractuelle.

Mais la loyauté n'exprime pas seulement la conformité aux règles légales, elle traduit également « *la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur, de la probité* ». Elle se confond avec la notion d'*honnêteté* qui, elle-même, se définit comme étant « *la qualité de quelqu'un qui est de bonne foi, qui est loyal* » et, c'est pourquoi, de nombreux auteurs, dont J. Ghestin, professeur contemporain de droit français et auteur du « *Traité de droit civil : La formation du contrat* », paru en 1993, considèrent que la *loyauté* et la *bonne foi* sont des termes quasi-équivalents et qu'il est, par conséquent, possible de les employer indifféremment.

Pour Y. Picod, Professeur de droit privé et des sciences économiques et auteur du livre « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », le devoir de loyauté est un moyen de faire pénétrer la règle morale dans les contrats. De fait, aujourd'hui, la jurisprudence impose une obligation de loyauté des dirigeants sociaux à l'égard des associés qui les ont mandatés, des salariés à l'égard de leur entreprise ou bien encore, de l'entreprise envers ses fournisseurs, ses clients ou ses concurrents.

Agir loyalement, c'est donc agir sans tricher et, dans les relations contractuelles, c'est agir à « *armes égales* ». Cependant, le terme *loyauté* n'a pas de fondement juridique

clairement précisé et, de fait, il n'est mentionné nulle part dans le Code civil. Dans la législation française, il apparaît à l'article L.134-4, alinéa 2, du Code de commerce relatif au contrat d'agent commercial qui précise que : « *Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information.* ». Un arrêt de la Cour de cassation vient illustrer la mise en œuvre de ces principes (Cass. com., 6 novembre 2012, n° 11-20582). Il figure également à l'article L.143-15 dudit Code, alinéa 2, qui stipule que : « *L'adjudicataire est tenu, au-delà de son prix d'adjudication, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat (...).* ».

Il n'en reste pas moins que la loyauté est pourtant un devoir, une obligation pour celui qui contracte. L'article 1103 du Code civil fait référence à la *force obligatoire des contrats* et stipule que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* ».

La liberté contractuelle, qui repose sur *l'autonomie de la volonté*, pourrait aboutir à des abus découlant des excès éventuels de l'individualisme et, c'est pourquoi, même si les volontés qui s'expriment sont libres et égales, le droit et le juge sont là pour rétablir un équilibre nécessaire entre des parties qui pourraient être soumises à des conditions économiques ou techniques inégales. C'est pourquoi, l'article 1171 du Code civil prévoit que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* ».

L'article 1104 du Code civil, quant à lui, érige au rang de principe l'idée que : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.* ». Ainsi, en référence aux articles 1194 et 1103, on peut en déduire que, « *c'est parce que les contrats ont la même force que la loi, qu'ils doivent être exécutés de bonne foi.* ».

Les manifestations de la bonne foi se retrouvent également dans l'article 1194 dudit Code qui énonce que : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.* ». De cette exigence de bonne foi, définie comme « *la croyance qu'a une personne de se trouver dans une situation conforme au droit, et la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui* », les tribunaux ont déduit une obligation de loyauté dans l'exécution du contrat.

En examinant les rapports existant entre l'entreprise et les tiers, le fondement n'est pas toujours contractuel. En effet, la publicité mensongère ou la concurrence déloyale n'ont pas une origine contractuelle mais elles sont fondées sur la nécessaire honnêteté des marchés.

K. Arrow, en 1974, avait démontré que « *sans confiance, aucun marché ne pouvait fonctionner et que, de ce fait, la confiance était à l'origine même des marchés.* ».

I. Kirzner, économiste américain contemporain, exprime l'idée que « *c'est sa supériorité éthique qui fait le succès de l'économie de marché ! L'entrepreneur doit exercer sa vigilance pour rechercher les informations qui lui permettront de connaître le marché et de satisfaire au mieux les besoins.* ».

La loyauté s'oppose à la liberté. J. Attali, économiste et écrivain contemporain, va jusqu'à dire que « *la liberté détruit la loyauté, la liberté donnant le droit de ne pas être fidèle à un choix.* ». La déloyauté peut apparaître alors comme un excès de liberté.

Pourtant, on peut dire qu'aujourd'hui, il existe une prise de conscience d'un besoin de loyauté dans la vie économique. L'entreprise place l'éthique et la responsabilité sociale au centre de ses préoccupations. La loyauté peut alors être un moyen de fidéliser les salariés, les clients ou les actionnaires. Elle n'est plus une simple contrainte imposée par le droit, elle devient une opportunité pour les entreprises.

Une *contrainte* est une exigence, une obligation, une pression exercée sur quelqu'un pour obtenir quelque chose. Elle est une règle formelle qu'une personne s'astreint à suivre d'elle-même ou qui peut lui être imposée par les autorités de l'Etat. La contrainte étatique désigne le pouvoir de contraindre appartenant au pouvoir public. M. Weber, économiste et sociologue du 19<sup>ème</sup> siècle, disait : « *L'Etat a le monopole de la légitime violence, il exerce*

*son pouvoir de coercition via l'impôt.* » pour souligner le pouvoir de contrainte exercé par l'Etat souverain qui peut agir par la force.

Une *opportunité* est un phénomène nouveau dans l'environnement de l'entreprise susceptible de l'aider à atteindre ses objectifs. Toute occasion favorable, revêtant par là-même un caractère opportun, constitue une opportunité que l'entreprise doit s'empresser de saisir.

Dans le vocabulaire juridique, une *opportunité* correspond, par opposition à la légalité, « à l'ensemble des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à faire tel acte ou à donner telle solution à une affaire dont elle est saisie ».

Dès lors, il est possible de se poser la question suivante :

**Le devoir de loyauté doit-il être considéré par l'entreprise uniquement sous l'angle de la contrainte étatique ou bien doit-il être vu comme une occasion favorable lui permettant d'atteindre plus facilement ses objectifs ?**

L'obligation de loyauté, une contrainte étatique...(I) ...qui se révèle être également une opportunité pour l'entreprise (II).

## **I – L'obligation de loyauté, une contrainte étatique...**

La loyauté s'impose entre les membres de l'entreprise (A) de la même manière qu'elle s'impose à l'entreprise vis-à-vis de ses partenaires et de ses concurrents (B).

### **A/ L'obligation de loyauté entre les membres de l'entreprise**

#### **1. La loyauté dans les relations entre associés**

*« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. ».* (article 1832 du Code civil)

Le choix de la forme juridique de la société est conditionné, en partie, par la plus ou moins grande importance accordée à la personnalité des individus. Le créateur d'entreprise peut, soit penser qu'il n'est guère important qu'un inconnu détienne une part de son entreprise ou bien, au contraire, considérer qu'il est essentiel que seules, les personnes qu'il a choisies en fonction de leurs qualités intrinsèques, puissent en détenir une part.

Si la considération de l'associé (*l'intuitu personae*) revêt un caractère fondamental pour le créateur d'entreprise, celui-ci privilégiera la création d'une société de personnes (SNC, SCS) ou d'une SARL (société hybride). Dans ce type de sociétés, la confiance mutuelle, basée sur des relations contractuelles honnêtes et loyales, revêt un caractère d'autant plus primordial, que les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes de la société.

Dès la formation et durant toute la vie de la société, les associés ont des droits et des obligations qui ont pour fondement *l'affectio societatis*, élément caractéristique de la société dont l'intensité varie selon les types et les formes de sociétés. La Cour de cassation le définit comme « *la volonté implicite ou explicite des associés de collaborer sur un pied d'égalité à la poursuite de leur intérêt commun* » (Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118). Dès lors que « *collaborer* » signifie « *travailler de concert avec quelqu'un d'autres, l'aider dans ses fonctions, participer avec un ou plusieurs autres à une œuvre*

*commune* », il apparaît comme une évidence que la collaboration entre associés ne peut être efficace que si elle repose sur une relation loyale et honnête.

Dans le droit des sociétés, lorsque des apports en nature sont envisagés à l'occasion de la constitution d'une société ou bien à l'occasion d'une augmentation de capital, la loi prévoit l'intervention d'un commissaire aux apports. Ce professionnel est chargé d'apprécier, sous sa responsabilité, la valeur d'un bien apporté en nature, la valeur d'un service ou celle d'un avantage. Les associés sont ensuite libres de retenir ou non l'évaluation établie par le commissaire aux apports mais, si leur propre évaluation diffère de celle réalisée par ce dernier, les associés engagent solidairement leur responsabilité pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée auxdits apports. (articles L.223-9, L.225-8 et L.225-147 du code de commerce). Cette évaluation détermine le nombre de parts sociales ou d'actions qu'en contrepartie de cet apport, l'associé se verra attribuer.

Même si la présence du commissaire aux comptes a pour objectif premier de protéger les créanciers pour qui le capital représente un gage, il n'en demeure pas moins que sa désignation, par décision unanime des associés, ainsi que son intervention, contribuent à garantir une distribution équitable des titres de la société, et par-là même, du revenu qui en résulte, sous la forme de bénéfices ou de dividendes. Cette pratique favorise, de ce fait, l'instauration d'une relation loyale entre les associés.

## 2. La loyauté dans les relations entre dirigeants et associés

*L'article 1984 du Code civil stipule que : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. ».*

L'obligation de loyauté du dirigeant constitue l'un des principes sur lesquels repose la gouvernance d'entreprise. La Cour de cassation l'a consacrée en 1996 dans l'arrêt *Vilgrain*, vis-à-vis des associés, à propos de la cession de titres de la société : *« Le devoir de loyauté et de fidélité s'impose à tout dirigeant de société et s'inscrit dans un contexte de moralisation de la vie des affaires. Il vise à la création d'une certaine éthique de la gouvernance d'entreprise avec, pour finalité, de renforcer la sécurité juridique dans les activités industrielles et commerciales. ».*

L'obligation d'information qu'ont les dirigeants à l'égard des associés, a été étendue, au fil des années, à différents domaines et à divers types de sociétés permettant ainsi à tout associé/actionnaire de disposer du droit à l'information, du droit de participer aux décisions collectives, du droit aux bénéfices sociaux, du droit de contracter avec la société et du droit de défendre ses intérêts.

C'est ainsi que, en matière d'informations comptables et financières, la loi de sécurité financière, du 1er août 2003 (LSF) est venue renforcer les obligations du dirigeant d'entreprise ainsi que celles qui incombent au commissaire aux comptes.

Le Code de commerce prévoit, en effet, la présence obligatoire d'un commissaire aux comptes dans les SA, les SCA et les SE et, dès lors qu'au moins deux sur les trois seuils concernant le bilan, le chiffre d'affaires et l'effectif sont dépassés, il impose également leur présence dans les SARL, les SNC, les SAS et les SCS.

Celui-ci a pour rôle de contrôler la sincérité et la régularité des comptes annuels établis par une société. Il dispose d'un devoir d'alerte pour le cas où il constaterait des irrégularités dans la gestion de l'entreprise. Investi d'une mission d'intérêt général au profit de toutes les personnes (créanciers, fournisseurs, bailleurs de fonds...) qui ont à apprécier la situation d'une entreprise et qui doivent donc pouvoir se fier à ses documents comptables et financiers, il contribue, via la certification des comptes, à la diffusion d'une information financière et comptable à la fois loyale et transparente.

La procédure de conventions réglementées est destinée à contrôler les conventions passées entre la société et certains de ses membres (Présidents et dirigeants de SAS,

gérants de SARL, gérants et membres du conseil de surveillance de SCA, membres du conseil de surveillance, du directoire, du conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs délégués de SA et de SE ainsi que les associés et actionnaires de SA, SAS et SCA qui détiennent plus de 10 % des droits de vote). Elle nécessite d'être soumise à l'approbation des associés et ce, afin de prévenir les situations de conflits d'intérêts. Cette procédure s'applique également lorsqu'il s'agit de conventions interentreprises ou intragroupes.

Les procédures réglementées sont soumises à une procédure particulière dont le contenu dépend de la forme juridique de l'entreprise concernée. Ainsi, si l'on prend pour exemple le cas de la SA, ces conventions doivent, préalablement à leur conclusion, être autorisées par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, puis approuvées par l'assemblée générale annuelle des actionnaires sur rapport spécial du commissaire aux comptes (Loi NRE de 2001, article L.225-38 et suivants du Code de commerce et ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 réformant le régime des conventions réglementées dans les sociétés anonymes).

Mais, qu'il s'agisse d'une SA, d'une SE, d'une SCA ou d'une SAS, et c'est également le cas pour la SARL s'il en existe un, toutes ont l'obligation d'informer le commissaire aux comptes. En ce qui concerne les EURL et les SASU, elles bénéficient toutes deux d'une procédure ultra simplifiée.

D'autres conventions sont purement et simplement interdites par la loi et, à titre d'exemple, on peut, à nouveau, citer le cas des sociétés anonymes (art. L225-43 du Code de commerce) où il est fait interdiction aux administrateurs, personnes physiques, au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs, de contracter des emprunts sous n'importe quelle forme auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ou bien encore de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Les mandataires sociaux (gérants de SNC ou de SARL, directeurs de SA, présidents de SAS...) sont investis des pouvoirs de gestion au nom et dans l'intérêt de la société. Ils doivent faire preuve de loyauté envers les associés/actionnaires en agissant dans un sens qui sert leurs intérêts mais aussi ceux des différentes parties prenantes. L'intérêt des associés doit servir de règle de conduite aux dirigeants et la violation de cette règle est punie tant en droit civil, en application des articles 1382 et 1843-5 du Code civil, qu'en droit pénal. Ainsi, le dirigeant sera sanctionné pénalement en cas d'abus de biens sociaux, de distribution de dividendes fictifs, de délit d'initié etc... (articles 425-4 et 437-3 du code pénal). Si le dirigeant est reconnu responsable des difficultés que rencontre l'entreprise, des sanctions peuvent être prises à son encontre (articles L 653-1 à L 653-11 et L 654-1 et suivant du Code de commerce) et, le cas échéant, l'Assemblée générale des associés, ou actionnaires, peut prononcer sa révocation.

Une décision de la Cour de cassation, Chambre Commerciale, du 18 décembre 2012, n° 11-24.305, est venue renforcer la portée du devoir de loyauté du dirigeant social. L'article L.225-251 du Code de commerce stipule que, s'agissant des sociétés anonymes : *« 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. »*. L'article L.227-8 du Code de commerce dispose, quant à lui, que : *« Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée. »*.

En se référant à ces articles, et en écartant délibérément les articles 1382 et 1134 alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation a montré, par sa décision, sa volonté de lier le devoir de loyauté à la fonction même de dirigeant et non pas à la pure application des règles de la responsabilité civile.

### 3. La loyauté dans les relations entre employeurs et salariés

*La notion de loyauté dans les relations employeurs/salariés est inscrite dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002. Elle intervient dans le cadre de la procédure de recrutement du salarié, pendant la durée du contrat de travail et après la rupture du contrat de travail notamment avec la clause de non concurrence.*

Le contrat de travail est un contrat synallagmatique qui impose des obligations aux deux co-contractants. Tandis que l'employeur s'engage à fournir un travail et à verser une rémunération convenue, le salarié a l'obligation d'exécuter correctement le travail dans le cadre des directives données par l'employeur. Il s'agit là des obligations principales, cependant, d'autres peuvent être prévues dans le cadre de clauses spécifiques. Mais en plus, et conformément à l'article L.1222-1 du Code du travail : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* » ce qui implique, de la part du salarié et de l'employeur, qu'ils adoptent respectivement « *des règles de conduite qui exigent, de leur part, une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* ».

De même, et comme pour toute convention, les dispositions du Code civil s'appliquent au contrat de travail. Il est de plus en plus fréquent que les tribunaux motivent leurs décisions par référence aux dispositions du Code civil et notamment par référence à l'article 1134.

Cette obligation de loyauté s'impose dès la conclusion du contrat de travail. La Chambre sociale de la Cour de Cassation a rendu, le 16 février 1999, un arrêt de cassation, (n° 96-45.565) aux motifs « *qu'une indication imprécise relative à une expérience professionnelle dans un curriculum vitae était, certes, susceptible d'une interprétation erronée, mais n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse de la part du salarié qui n'avait pas, en conséquence, manqué à son obligation de loyauté* ».

Il ressort de cette décision rendue par les juges du droit que la Cour de cassation a bel et bien recherché un éventuel manquement du salarié à l'obligation de loyauté lors de la conclusion du contrat et, si elle en avait conclu que tel avait été le cas, elle aurait rejeté le pourvoi et aurait rendu un arrêt de rejet confirmant l'arrêt de la Cour d'appel.

L'obligation de loyauté, ou l'interdiction de l'acte de concurrence déloyale, du salarié envers son employeur est applicable pendant l'activité professionnelle du salarié et, dans certains cas, également pendant son inactivité, notamment pour cause de maladie.

Pendant l'activité du salarié, l'obligation de loyauté du salarié vis à vis de son employeur lui impose de s'abstenir d'accomplir certaines activités pendant toute la durée du contrat de travail. Ainsi, cette obligation empêche le salarié d'exercer une activité concurrente à celle de son employeur, indépendamment de toute clause de non concurrence pouvant exister dans le contrat, une telle clause n'intervenant qu'après la rupture dudit contrat.

Il ressort de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation que : « *Le salarié ayant, alors qu'il était au service de son employeur et sans l'en informer, créé une société dont l'activité était directement concurrente de la sienne, avait manqué à son obligation de loyauté [...] ces faits sont constitutifs d'une faute grave.* » (Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-12.423).

En revanche, durant un arrêt maladie, un salarié peut, sous certaines conditions, exercer une activité professionnelle rémunérée sans pour autant faire preuve de déloyauté envers son employeur. C'est ainsi que, dans un arrêt rendu le 16 octobre 2013, n° 12-15.638, la Cour de cassation affirme que : « *L'exercice d'une activité professionnelle pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté [...], pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise.* ».

De fait, le comportement du salarié durant l'arrêt maladie justifie son licenciement, pour faute grave ou lourde, seulement lorsqu'il traduit une intention nuisible à l'entreprise, considérée comme un manquement à son obligation de loyauté. Un salarié avait été

licencié pour faute lourde au motif d'avoir refusé de communiquer son mot de passe informatique. La Cour d'appel avait considéré le licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Haute juridiction a censuré la Cour d'appel en précisant que : « *La Cour aurait dû rechercher si l'employeur avait la possibilité d'avoir communication du mot de passe sans recourir à la salariée.* ». Elle retient que : « *Le salarié n'est pas dispensé de communiquer à l'employeur qui en fait la demande, les informations détenues par lui et qui sont nécessaires à la poursuite de l'activité.* ». La Cour de Cassation a jugé que : « *Si le salarié n'est pas tenu de poursuivre une collaboration avec l'employeur durant la suspension de l'exécution du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident, l'obligation de loyauté subsiste durant cette période. Le salarié doit s'abstenir pendant la suspension du contrat de travail d'adopter un comportement déloyal mais il doit également restituer à la demande de l'employeur, les documents et matériels nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise.* » (Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343) .

De la même façon, le cadre qui entretient des relations avec une société concurrente ou qui utilise, en vue de les détourner ultérieurement à son profit personnel, ses relations professionnelles avec les fournisseurs et les clients de l'entreprise, commet des actes de concurrence déloyale.

Les cadres sont confrontés de plus en plus à des « *dilemmes éthiques* » tiraillés entre leur déontologie, voire entre les principes édictés par l'entreprise elle-même dans le cadre de chartes éthiques ou de codes de conduite et les pressions de la hiérarchie pour comprimer les délais, les effectifs et les budgets. L'obligation de loyauté leur impose de dénoncer les pratiques illicites. Le *dispositif d'alerte professionnelle* est un système qui permet à un salarié de dénoncer des actes réputés répréhensibles commis par ses collègues en interne (Loi de Sécurité Financière, 1<sup>er</sup> août 2003). Une entreprise souhaitant s'en doter doit s'engager auprès de la CNIL à respecter le cadre fixé par celle-ci (délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005, Journal Officiel du 4 janvier 2006). Les sociétés qui mettent en place ce système d'alerte sont, soit celles qui y sont légalement obligées (secteur financier, bancaire...) soit, majoritairement, les filiales françaises de sociétés américaines cotées, obligées depuis 2002 (loi Sarbanes-Oxley), d'instaurer ce dispositif.

De l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, la jurisprudence a tiré une obligation de loyauté due à l'entreprise qui interdit au salarié de décrire, de manière négative, son métier ou son entreprise faisant ainsi, de l'abus du droit d'expression, un élément constitutif d'une faute grave (Cass. Soc., 19 février 2014, n° 12-29.458).

Le salarié doit respecter le secret de fabrique et le secret professionnel. L'article L.432-7 du Code du travail dispose que : « *Les membres du comité d'entreprise et les délégués syndicaux sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. En outre, les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise ou son représentant.* ». On peut alors aisément imaginer la situation cornélienne dans laquelle un membre du Comité d'entreprise risque de se retrouver, tiraillé entre son devoir de loyauté à l'égard de l'employeur et son devoir de loyauté à l'égard des salariés qu'il représente !

Par ailleurs et de manière générale, tous les salariés, au nom de l'obligation générale de bonne foi du contrat de travail, sont soumis à une obligation de confidentialité sur les informations dont ils peuvent avoir connaissance dans le cadre de l'exécution de leur contrat de travail (Cass. Soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322).

Le non-respect d'une clause de confidentialité et ce, même après la rupture du contrat de travail, peut être constitutif d'une faute du salarié justifiant la mise en cause de sa responsabilité civile (Cass. Soc., 12 Février 2014, n° 11-27.899).

La clause de non-concurrence s'applique après la rupture du contrat de travail. Elle interdit au salarié d'exercer une activité concurrente, salariée ou non, portant atteinte aux intérêts de son ancien employeur (Cass. Com., 24 février 1998, n° 96-12.638).

## **B/ L'obligation de loyauté à l'égard des partenaires et des concurrents**

### 1. La loyauté envers les clients et les fournisseurs

Avant même la conclusion du contrat, l'obligation de bonne foi s'impose aux co-contractants. En effet, en application de l'article 1112 du Code civil, « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* ».

Pendant la période des pourparlers, bien que les parties soient dans une phase de négociation de leurs engagements réciproques et qu'elles ne soient pas encore contractuellement engagées, pour autant, la rupture de ces pourparlers, dès lors qu'elle est considérée comme étant abusive, peut donner droit à une indemnisation. En effet, la liberté de négociation ne doit pas dégénérer en abus de droit sous peine, pour le partenaire malhonnête, d'engager sa responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil. (Cass. Com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629).

L'obligation de contracter de bonne foi nécessite un consentement non vicié par le dol, la violence ou l'erreur. Le dol correspond à une manœuvre frauduleuse, une tromperie, en vue d'amener une personne à contracter. Il suppose à la fois, de la part de l'auteur des manœuvres, une volonté de nuire et, pour la personne qui en a été l'objet, un résultat qui lui a été préjudiciable et qui justifie qu'elle obtienne l'annulation du contrat fondée sur le fait que son consentement a été vicié (article 1137 du Code civil). Le juge prononcera la nullité relative du contrat si le dol est avéré (articles 1178 et suivants dudit Code).

La réglementation de la vente impose au vendeur de garantir la chose contre les vices cachés. L'article 1641 du Code civil stipule que : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus.* ».

L'article L.221-1 du Code de la consommation énonce que : « *Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes.* ».

Le vendeur a également l'obligation de garantir la chose contre le risque d'éviction. Il doit garantir la possession paisible de la chose vendue (article 1626 du Code civil).

L'économiste américain J.K. Galbraith affirmait, il y a déjà de nombreuses années, qu' « *il n'est plus à démontrer que le conditionnement des consommateurs par le producteur est total, en ce sens que ce dernier parvient à conformer la conduite du consommateur à ses propres besoins et intentions* ». Le législateur, conscient de l'inégalité entre le vendeur professionnel et le consommateur, est intervenu à de nombreuses reprises pour protéger ce dernier. Les principaux textes ont été regroupés en 1993 dans le Code de la consommation.

La vérité due au consommateur interdit le recours à des pratiques commerciales trompeuses. L'article L.121-1 du Code de la consommation, modifié par la loi du 17 mars 2014, énonce que : « *Une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent, lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, sur le prix, sur le service après-vente (...).* ».

Ceci fait référence à la *théorie de la reliance* selon laquelle « *la promesse oblige parce que quelqu'un a légitimement cru qu'elle serait tenue* » (Loterie publicitaire, Société Maison française de distribution/Mme X– Cour de Cassation, Chambre civile, 10 mai 2005, n° 01-01.697).

L'article L.213-1 du Code de la consommation relatif à la répression des fraudes et falsifications stipule que : « *Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque,*



*qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers, soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises, soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat, soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. ».*

L'obligation d'information et de conseil fait également partie de l'obligation de loyauté du vendeur professionnel vis-à-vis du consommateur. Elle prend différentes formes telles que l'étiquetage obligatoire pour un grand nombre de produits, l'emploi obligatoire de la langue française pour les notices d'utilisation et les conditions de garantie et une réglementation stricte sur la publicité des prix de vente. Certaines ventes sont réglementées telles que la vente à domicile, la vente à distance et une réglementation spécifique au crédit à la consommation s'impose à l'organisme prêteur comme le respect d'un délai de rétractation. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon » renforce le droit à la protection et à l'information du consommateur face à l'entreprise en facilitant la résiliation des contrats à tacite reconduction (contrats d'assurance...) et en réglementant le coût de certains crédits.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), du 21 juin 2004, fixe le cadre légal d'exercice des activités de commerce électronique, des services en ligne et des prestataires internet. Ce faisant, elle favorise l'existence de relations loyales pour l'ensemble des activités commerciales nouées entre deux entreprises (B to B) et pour celles qui unissent les entreprises et les consommateurs (B to C).

Les pratiques discriminatoires ou abusives, telles que la rupture brutale des relations commerciales, des prix imposés ou bien encore, la vente forcée, parce qu'elles créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, engagent la responsabilité de leurs auteurs qui doivent réparer le préjudice causé (Loi Hamon du 17 mars 2014 et article L.442-6 du Code de commerce).

La loyauté envers les clients interdit aux entreprises de s'adonner à des pratiques anticoncurrentielles, sous la forme d'ententes ou d'abus de position dominante, qui conduiraient à une augmentation artificielle des prix préjudiciable aux consommateurs et à l'économie générale (Jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris, janvier 2012, affaire Bottin Cartographes/ Google France).

## 2. La loyauté envers l'Etat

Dans une économie mondialisée, la libre circulation des capitaux facilite la transgression de la réglementation interne dans le domaine de la fiscalité, et par conséquent, favorise l'évasion fiscale. C'est ainsi que des sociétés multinationales, par un simple jeu d'écriture, peuvent transférer une partie des profits réalisés dans des filiales situées en France dans des filiales implantées dans des pays où la fiscalité est plus avantageuse.

Lorsque l'entreprise a recours à des moyens légaux qui visent l'optimisation fiscale ((régimes dérogatoires, niches fiscales de types crédits d'impôt, réductions d'impôt, exonérations...), l'évasion fiscale n'est pas considérée comme illégale mais elle est, pour le moins, considérée comme immorale car elle consiste, pour l'entreprise, à élaborer une stratégie d'évitement de l'impôt qui génère un manque à gagner pour l'Etat évalué, en 2013, entre 60 et 80 milliards d'euros pour la France.

Par ailleurs, l'évasion fiscale peut rapidement s'apparenter à une pratique illicite qualifiée d'*abus de droit* car elle sert parfois à dissimuler une fraude dont le seul but est celui d'éluder l'impôt. L'utilisation de moyens, à priori légaux, peut alors servir de paravent à un schéma de fraude.

La fraude fiscale, définie comme « *une infraction à la loi commise dans le but d'échapper à l'imposition ou d'en réduire le montant* », est, quant à elle, une pratique illicite qui

consiste, pour l'entreprise qui la pratique, à utiliser des moyens illégaux pour se soustraire à l'impôt : paradis fiscaux, trusts, sociétés écrans emboîtées les unes dans les autres...

Les entreprises, selon leur forme juridique, sont soumises, soit à l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP), soit à l'impôt sur les sociétés (IS) et, lorsqu'elles emploient des salariés, elles sont également soumises au paiement des charges sociales destinées à financer les administrations de sécurité sociale.

L'administration fiscale attend des sociétés qu'elles adoptent un comportement loyal en ce sens que leurs déclarations de revenus doivent être conformes à la réalité de leurs affaires. Le Code des impôts n'a pas expressément donné de définitions légales de ce que sont la fraude et l'évasion fiscales. Le délit de fraude fiscale fait l'objet de dispositions spécifiques qui sont contenues dans le Code général des impôts aux articles 1741 et suivants dudit Code. En plus des sanctions fiscales qui sont appliquées directement par l'administration, le législateur a édicté des sanctions pénales qui visent plusieurs délits de nature fiscale, le plus important étant le délit général de fraude fiscale.

En avril 2015, la banque HSBC était mise en examen pour « blanchiment de fraude fiscale ». Accusée d'avoir, dans les années 2000, aidé bon nombre de ses clients à se soustraire à l'impôt en facilitant leur évasion fiscale, elle est aujourd'hui rattrapée par la justice qui dispose, depuis la parution de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, d'un arsenal juridique qui renforce la répression de ce délit.

### 3. La loyauté envers les concurrents

*« Attendu que, si la libre concurrence est permise au commerce, cela ne peut s'entendre que d'une concurrence loyale et non de celle qui tendrait à nuire à l'industrie des autres par des moyens que réprouveraient la délicatesse et la probité commerciale. »* Cet extrait, d'un arrêt du 8 avril 1842 de la Cour d'appel de Paris, souligne la permanence de la recherche de la probité dans les affaires.

La liberté de la concurrence est un principe nécessaire et évident des rapports commerciaux. Toutefois, la concurrence doit être loyale ce qui implique que les entreprises ne peuvent pas vendre leurs produits et services en utilisant n'importe quels procédés. Fidéliser sa clientèle ou conquérir de nouveaux clients doit se faire avec des moyens loyaux, c'est-à-dire non contraires aux usages du commerce et aux lois relatives à l'activité commerciale. Dans le cas contraire, l'entreprise engagera sa responsabilité civile car toute pratique déloyale constitue une faute qui peut entraîner un préjudice et donner lieu à réparation sur la base des articles 1382 du Code civil : *« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »* et 1383 du Code civil : *« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence. »*. Ainsi, le droit sanctionne les pratiques de concurrence déloyales telles que les pratiques restrictives de concurrence ou bien encore les pratiques anticoncurrentielles.

Sont considérés comme étant des pratiques restrictives pouvant faire l'objet d'une *action en concurrence déloyale* auprès du Tribunal de commerce, la revente à perte, l'imitation, le dénigrement, le parasitisme, la désorganisation... (article L.442-2 du Code de commerce) ou bien encore la contrefaçon.

C'est ainsi, qu'en avril 2012, le Tribunal de commerce de Paris, sur la base de l'article L.121-1 du Code de la consommation, a condamné NRJ à verser un million d'euros de dommages et intérêts à Skyrock pour pratique concurrentielle déloyale. Les juges ont estimé que NRJ, pour avoir présenté comme « *concerts NRJ* » des manifestations ayant Skyrock comme partenaire, avait porté préjudice à sa concurrente en se rendant coupable de parasitisme.

La loi française considère la contrefaçon comme un délit portant atteinte au droit de propriété intellectuelle. Cette infraction, qui peut faire l'objet d'une *action en contrefaçon*,

est réprimée par le Code de la propriété intellectuelle en vue de protéger le titulaire d'une marque, d'un dessin, d'un modèle, d'une invention ou d'une œuvre artistique (articles L.335-2 et suivants du CPI). La loi du 11 mars 2014 vient renforcer la lutte contre la contrefaçon en apportant, à la loi du 29 octobre 2007, des améliorations et des clarifications de nature à permettre une meilleure indemnisation du préjudice de la victime. La contrefaçon expose aussi à des sanctions pénales prononcées par le Tribunal correctionnel qui peuvent comprendre, en plus de l'amende et/ou de l'emprisonnement, la fermeture totale ou partielle de l'établissement ayant servi à commettre la contrefaçon. Sont considérés comme étant des pratiques anticoncurrentielles, les ententes illicites (article L.420-1 du Code de commerce et article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et les abus de position dominante (article L.420-2 du Code de commerce et article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). C'est pourquoi, en 2014, l'Autorité de la concurrence, après examen du rachat de la société Dia France SAS par la société Carrefour, a exigé de cette dernière qu'elle se sépare de 56 magasins sur les 800 points de vente rachetés et ce, « *afin d'assurer le maintien d'une situation concurrentielle équilibrée* ».

*La liberté du commerce et de l'industrie, établie par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, est composée de trois libertés : la liberté d'entreprendre, la liberté d'exploiter et la liberté de concurrence. L'ordre public, en encadrant ces libertés, contraint les entreprises en les obligeant à adopter une conduite loyale dans les affaires, contrainte qui, pour autant, peut devenir, pour elles, un véritable atout.*

## **II - ...Qui se révèle être également une opportunité pour l'entreprise**

La loyauté, un élément essentiel de fidélisation des acteurs internes à l'entreprise (A) et des parties prenantes externes à l'entreprise (B).

### **A/ Les enjeux de la loyauté entre les acteurs internes**

#### 1. La confiance des associés à l'égard des dirigeants

*F. Reichheld, auteur de l'ouvrage « L'effet loyauté : Réussir en fidélisant ses clients, ses salariés et ses actionnaires » paru en 1996, observe, qu'en moyenne, 50 % des entreprises américaines perdent la moitié de leurs salariés en 4 ans, la moitié de leurs clients en 5 ans et la moitié de leurs investisseurs en moins d'un an.*

Ce constat, plutôt inquiétant, traduit les comportements opportunistes des individus qui résultent des asymétries d'informations présentes dans le cadre d'une relation d'agence, celle-là même qui unit les associés et les dirigeants (la théorie de l'agence-W.H. Meckling et M.C. Jansen). L'agent (le dirigeant) peut être tenté de saisir l'opportunité de tirer profit de l'information qu'il détient pour servir ses propres intérêts même si son comportement dessert les intérêts du principal (l'associé) qui lui ne détient pas la même information que l'agent. Le principal devra alors contrôler l'action de l'agent afin de s'assurer que celui-ci n'adopte pas un comportement opportuniste qui, ex-post, se traduit par l'aléa moral. De même, les jeux de pouvoirs et la présence de zones d'incertitude (M. Crozier et E. Friedberg) permettent au dirigeant de s'écarter, souvent de manière significative, du rôle qu'il est censé jouer au sein de l'entreprise. Ainsi, parmi l'équipe managériale, certains dirigeants peuvent être tentés de profiter de certaines failles dans les règles, de certaines défaillances techniques pour adopter un comportement déviant nuisible à l'entreprise et aux actionnaires.

Ce comportement opportuniste est à l'origine du scandale Volkswagen, en septembre 2015, de l'aveu même d'un haut dirigeant du groupe qui reconnaissait que « *l'entreprise avait fait preuve de malhonnêteté en équipant 11 millions de ses véhicules, à travers le monde, de logiciels de truchage aux tests anti-pollution permettant ainsi de déjouer les contrôles* ». Les actionnaires n'ont pas tardé à sanctionner fortement le manque de loyauté des dirigeants, sanction qui s'est traduite par la chute immédiate du cours de l'action Volkswagen entraînant, à son tour, une décapitalisation boursière estimée à plusieurs milliards d'euros.

Les actionnaires sont des parties prenantes essentielles à la survie de l'entreprise puisque ce sont eux qui apportent les capitaux dont l'entreprise a besoin pour financer ses investissements. Ces derniers, détenteurs de titres sociaux qui leur confèrent des droits, exigent, dans le cadre de la répartition de la valeur ajoutée, de percevoir de gros dividendes et ils fixent comme objectif au dirigeant de créer de la valeur actionnariale.

Des profits conséquents, une croissance profitable, une rentabilité actionnariale acceptable, la protection des investissements financiers mais aussi la diffusion d'une information exacte et sincère imposée par le devoir de loyauté et de fidélité du dirigeant à l'égard des actionnaires, rassurent ces derniers quant au fait que le dirigeant agit dans le sens de leurs intérêts.

Ceci explique que, bien que la loi de modernisation de l'économie (loi LME) du 4 août 2008 supprime l'obligation pour les SAS et les SARL, dès lors qu'elles ne dépassent pas deux des trois seuils fixés par décret relatifs au bilan, au chiffre d'affaires et à l'effectif, de nommer un commissaire aux comptes, pour autant, certaines d'entre elles peuvent décider volontairement de s'y soumettre, procurant, par là-même, un moyen, pour les dirigeants, de prouver leur loyauté envers les investisseurs en rendant l'information comptable et financière toujours plus transparente.

Une réduction des asymétries d'information et l'annonce de bons résultats constituent indéniablement des moyens efficaces pour pérenniser la relation entre les apporteurs de capitaux et les dirigeants car la confiance qu'ils génèrent se traduit par l'amélioration du financement de l'entreprise à travers l'émission d'actions mais aussi via la réduction de son coût du capital et celle des risques d'initiés. C'est pourquoi, *l'effet loyauté* est la stratégie que les dirigeants doivent adopter s'ils veulent éviter le non renouvellement de leur mandat et être reconduits dans leurs fonctions, reconduction qui dépend, si l'on prend pour exemple le cas de la SA, du vote du Conseil d'administration.

## 2. L'implication et la motivation des salariés

*« Quand vous cherchez des gens à recruter, vous devez rechercher trois qualités : l'intégrité, l'intelligence et l'énergie. Et s'ils ne possèdent pas la première, les deux autres vous tueront. ».* Warren Buffett

La « *bonne foi* » joue un rôle essentiel en Droit du travail car elle permet l'instauration d'un climat de confiance mutuelle propice à une collaboration entre les contractants, à la fois utile et fructueuse. C'est ainsi que, si le salarié a l'obligation d'adopter un comportement loyal envers son entreprise, il appartient également au dirigeant d'agir de manière honnête envers ses collaborateurs, condition incontournable si l'entreprise veut pleinement tirer profit de ses ressources humaines car, comme le souligne G. Simmel : « *La confiance se donne, elle ne peut pas être exigée, elle peut, au mieux être suscitée dans une situation où elle peut émerger.* ».

La loyauté vis-à-vis des salariés s'exprime à travers le respect du Droit du travail qui protège le salarié, partie la plus faible au contrat, d'éventuels abus de pouvoirs dont pourrait faire preuve l'employeur qui occupe une position dominante dans la relation contractuelle via les pouvoirs dont il dispose : pouvoir de direction, pouvoir règlementaire et pouvoir disciplinaire.

On peut citer, à titre d'exemples, l'obligation pour le dirigeant de se conformer à la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations qui modifie bon nombre d'articles du Code du travail relatifs aux libertés individuelles tel que l'article L.1121-1 qui stipule que : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* » ou bien les articles L.1132-1 à L.1132-4 et L.1142-1 à L.1142-3 qui interdisent les pratiques discriminatoires en matière d'embauche, d'accès à un stage ou une période de formation en entreprise (...) ou encore les articles L.1232-1 à L.1232-4 et L.1332-2 qui imposent à l'employeur qui veut licencier un salarié de respecter la procédure de licenciement.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Lyon, le 8 mars 2012, n° 11/01367, une entreprise a été condamnée pour avoir licencié une salariée en ayant recours à des procédés déloyaux. La Cour d'appel a jugé le *licenciement vexatoire* aux motifs que : « *Feindre avec la plus insigne perfidie de prendre intérêt à la santé de la salariée et à celle de son enfant dont l'employeur savait que l'état médical était à l'origine du congé parental, et ce, afin de mettre en œuvre son éviction, constitue une manœuvre bassement déloyale ainsi qu'une atteinte intolérable à la dignité de l'intéressée.* ».

Cet exemple d'un licenciement abusif et vexatoire montre que les infractions à la législation du travail engagent la responsabilité pénale de la société, personne morale et, le cas échéant, du dirigeant, personne physique, les violations pouvant également concerner la durée légale du travail, le repos des salariés, la rémunération, le non-respect des règles d'hygiène et de sécurité, les atteintes à la représentation du personnel ou bien encore celles portées à l'intégrité physique et/ou morale des salariés résultant d'une maladresse, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement.

Cependant, outre le respect du Droit du travail, gage d'honnêteté et de probité dans les relations de travail, la mise en place de pratiques managériales, basées sur des valeurs telles que la loyauté et la bonne foi, va contribuer à renforcer le sentiment de confiance ressenti par les salariés à l'égard de l'équipe de direction. Car, comme le souligne A. Kydd : « *La loyauté a pour but de générer la confiance qui elle-même se définit comme la croyance dans la loyauté du partenaire.* ».

Il en résulte que la loyauté dans la communication interne est essentielle pour protéger l'entreprise et ses collaborateurs de la pression des médias, des clients et autres parties prenantes et notamment en période de crise où elle devient un élément essentiel de la stratégie de l'entreprise qui, par la diffusion d'une communication sincère et honnête, réussira mieux à faire taire les rumeurs et ainsi pourra mieux gérer la crise en interne.

La confiance dans le dirigeant dont l'intégrité, la moralité mais aussi les compétences sont reconnues par tous, va entraîner une acceptation de sa légitimité, elle-même considérée comme un facteur de performances dès lors qu'elle contribue à renforcer l'adhésion et la mobilisation des salariés aux objectifs de l'entreprise. Les conditions, propices à une augmentation de la productivité du travail et donc à une utilisation optimale de la main d'œuvre, principal facteur clé de réussite de l'entreprise, seront alors réunies.

## **B/ La loyauté, gage de fidélisation des parties prenantes externes**

### 1. L'impact de la loyauté sur les parties prenantes de premier rang

Le rôle du droit contractuel est de réduire les coûts liés à la formation, à l'exécution et à la rupture des contrats notamment lorsque celle-ci est due à une inexécution totale ou partielle ou à une mauvaise exécution d'une ou plusieurs obligations contractuelles obligeant les parties à avoir recours aux tribunaux pour régler le litige qui les oppose.

La bonne foi et la loyauté jouent un rôle déterminant dans le droit contractuel car elles permettent d'éviter les comportements opportunistes qui nécessitent, pour s'en protéger, que les co-contractants aient à supporter des coûts de transactions.

Pour R. Coase, auteur de « *La nature de la firme* » en 1937, il existe des coûts de transaction qui sont des coûts de recours au marché. En effet, le recours au marché n'est pas gratuit et il engendre un certain nombre de coûts. Les coûts de transaction correspondent à tous les coûts qu'implique une transaction marchande au-delà du prix de vente ou d'achat d'un bien ou d'un service. Ils comprennent les coûts de recherche de l'information sur les partenaires, sur les caractéristiques et sur les prix des produits, les coûts liés à la rédaction du contrat et au contrôle de la bonne exécution du contrat notamment lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution successive car il est difficile de prévoir toutes les contingences d'un contrat qui se déroule dans le temps. Ces coûts sont générés par l'incertitude, celle-ci pouvant aller parfois jusqu'à faire renoncer à la formation du contrat dès lors que le risque semble trop important.

La confiance mutuelle que se font les co-contractants, résultat de l'obligation de loyauté imposée par l'article 1134 du Code civil, va permettre de réduire les précautions que chacun d'entre eux serait incité à prendre en l'absence de confiance. La loyauté, en facilitant la gestion du caractère incomplet des contrats, va permettre d'éviter des gaspillages de ressources grâce à l'abaissement des coûts de transaction. Elle aura également comme avantage, celui d'augmenter le nombre de contrats conclus et de surcroît, elle évitera, pour chacun des co-contractants de devoir engager sa responsabilité civile contractuelle, conséquence d'un comportement déloyal ayant entraîné un dommage pour l'autre partie qui, de ce fait, réclame une indemnisation en réparation du préjudice subi.

#### *a) Les relations entre l'entreprise et les consommateurs*

Dans le cadre d'une relation qui unit l'entreprise et les consommateurs (B to C), la loyauté génère de la création de valeur pour le client puisqu'elle crée chez lui un sentiment de confiance. Certains articles du Code civil ainsi que ceux du Code de la consommation ont été édictés dans le but de rassurer les consommateurs et de provoquer cette confiance dont bénéficie l'entreprise qui s'y conforme.

Le Droit de la consommation, qui répond à l'ordre public de protection, protège le consommateur, partie la plus faible au contrat, dans ses rapports avec le professionnel. L'article 1102, alinéa 2, du Code civil : « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* » ainsi que l'article 1162 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* » montrent que l'ordre public limite l'autonomie de la volonté et, par conséquent, limite la liberté contractuelle.

C'est ainsi que la contrainte juridique, et à titre d'exemple, on peut citer la loi Châtel du 28 janvier 2005 qui vient renforcer l'information du consommateur, intensifie la protection de celui-ci contre les pratiques déloyales.

La loyauté se traduit, de la part de l'entreprise vis-à-vis du consommateur, par la diffusion d'une information pertinente, fiable et sans coût concernant à la fois les caractéristiques des produits et les prix, par une offre de produits de qualité qui comprend la sécurité des produits mais aussi la protection du consommateur et également par une offre de produits et services associés (article L.111-1 du Code de la consommation).

La plus-value perçue par le client va l'inciter, à son tour, à faire preuve de loyauté envers l'entreprise et va donc le transformer en *client loyal* disposé à montrer sa fidélité à l'entreprise en renouvelant fréquemment et régulièrement ses achats.

Cet « *effet de loyauté* », parce qu'il engendre et maintient un lien fort et pérenne entre le client et la firme, procure un avantage concurrentiel pour l'organisation qui peut ainsi gagner des parts de marché et espérer occuper durablement une position de leader dans son domaine d'activité.

## *b) Les relations entre l'entreprise et ses fournisseurs*

Dans la relation qui unit deux entreprises (B to B), l'une étant le donneur d'ordre, l'autre étant le preneur d'ordre, la loyauté constitue la principale valeur sur laquelle repose le partenariat qui ne peut exister que si chacun des co-contractants a confiance en l'autre et croit en son honnêteté. Par conséquent, s'il appartient au sous-traitant, en référence au Droit des contrats et à l'article 1126 du Code civil qui distingue *l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire*, d'exécuter tout ou partie des activités de production ou de service en respectant scrupuleusement le cahier des charges préétabli et validé par les deux parties, il revient au donneur d'ordre, qui obéit aux mêmes obligations, de ne pas chercher à satisfaire uniquement ses propres intérêts en substituant, par exemple, ses propres conditions générales d'achat aux conditions générales de vente du sous-traitant, comme rédiger des contrats commerciaux qui stipuleraient que : « *Les charges sont supportées par le seul sous-traitant.* », alors même que le contrat de sous-traitance avantage principalement le donneur d'ordre.

Le développement d'une véritable association, active et respectueuse, avec ceux que le donneur d'ordre doit considérer comme ses « alliés » et non pas simplement comme ses « exécuteurs » rendra les rapports qu'entretiennent les deux parties moins asymétriques. L'instauration de cette nouvelle relation permettra d'atteindre un optimum économique favorable aux deux parties à condition qu'elle repose sur une collaboration plutôt que sur un rapport de force et qu'elle s'inscrive dans le respect d'une certaine éthique.

### 2. Les effets de la loyauté sur les parties prenantes de second rang

*Les parties prenantes « secondaires » (ou de second rang) sont « les acteurs diffus situés dans l'environnement de l'entreprise mais non essentiels au fonctionnement et à la survie de l'entreprise ». (E. Freeman)*

*En se limitant à deux situations, impliquant, d'une part, un partenaire opérationnel (la banque) et, d'autre part, un acteur de la communauté sociale (l'association), il est possible d'analyser l'impact de la loyauté de l'entreprise sur deux parties prenantes externes de second rang correspondant à des entités juridiques différentes.*

#### *a) Les relations entre l'entreprise et les banques*

L'article L.533-4 du Code monétaire et financier prévoit que les banques doivent se comporter avec « *loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché* », mais aussi « *communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients* ».

Elles ont, par conséquent, un certain nombre d'obligations à respecter dont celles de ne pas trahir le secret professionnel, de ne pas s'immiscer dans la gestion de la société de leurs clients, de ne pas se faire complice de la banqueroute du débiteur en ayant accordé un financement excessif, c'est-à-dire, disproportionné par rapport à l'état financier du débiteur... En cas de violation de ces règles de bonne conduite, des litiges vont naître entre les parties, litiges qui vont engager la responsabilité civile et/ou pénale de la banque. Malheureusement, ces règles de bonne conduite sont susceptibles d'être bafouées par le monde de la finance et l'un des exemples le plus marquant de ces dernières années fut celui d'une banque d'investissement américaine soupçonnée par la SEC, « *le gendarme de la Bourse* » américain, de s'être enrichie, entre 2005 et 2009, « *sur le dos* » de ses investisseurs en les trompant de façon délibérée. Contrairement aux banques de détail, les banques d'investissement n'étaient soumises, à l'époque, à aucun mécanisme de régulation et, c'est pourquoi, le respect du devoir de loyauté se révélait d'autant plus important qu'elles échappaient à tout contrôle alors même qu'elles géraient, et qu'elles continuent de gérer, l'épargne d'une clientèle diversifiée constituée, pour partie, d'entreprises.

Pour éviter qu'une nouvelle crise financière ne se reproduise, la France a adopté, en juillet 2013, la loi de régulation et de séparation des activités bancaires qui vise à séparer les opérations spéculatives des banques de leurs activités utiles et ce, afin de limiter les risques systémiques du secteur bancaire. Cette nouvelle réglementation ainsi que la nouvelle régulation prudentielle mise en place en 2010 (Bâle III) imposent aux banques des contraintes nouvelles destinées à lutter contre les pratiques déloyales.

Si, comme le dit le proverbe : « *La plus grande vertu d'un débiteur, c'est de payer sa dette* », il en résulte que, pour l'entreprise qui emprunte, la loyauté consiste à respecter l'engagement qu'elle prend de rembourser la banque car la créance est basée sur la croyance du créancier que le débiteur le remboursera. Or, le dirigeant peut être tenté d'adopter un comportement opportuniste reposant sur des asymétries d'information pour convaincre l'organisme financier de lui accorder le prêt dont il a besoin. Il pourrait, de ce fait, être incité à commettre des malversations en présentant de faux documents comptables et financiers puis, par la suite, il pourrait se transformer en client défaillant qui n'honore pas ses dettes à leurs échéances allant même, dans certains cas extrêmes, jusqu'à organiser ou aggraver sciemment l'insolvabilité de l'entreprise en vue de la soustraire aux obligations pécuniaires résultant d'une obligation prononcée en matière pénale, délictuelle ou quasi-délictuelle (article 314-7 et suivants du Code pénal).

Si tel était le cas, l'entreprise aurait tout à y perdre car, outre les sanctions pénales et civiles auxquelles s'expose le dirigeant, entretenir de bonnes relations avec sa banque, constitue un enjeu stratégique majeur. Aucune firme, quels que soient sa taille, son âge, son métier..., ne peut envisager d'assurer son développement et sa pérennité, tout en se passant des services que lui rend ce précieux allié : solutions pour optimiser la gestion de la trésorerie, pour financer les investissements, pour faciliter les paiements, pour l'aider dans la gestion des risques, pour développer son activité à l'international et encore bien d'autres prestations diverses.

#### *b) Les relations entre l'entreprise et les associations/ONG*

L'association « UFC-Que choisir » n'a pas hésité, en 2014, à poursuivre en justice, devant le Tribunal de Grande Instance, le groupe Foncia, entreprise française d'administration de biens et de transaction immobilière, pour obtenir l'indemnisation des locataires ayant payé indûment « un service d'avis d'échéance » et ce, en parfaite violation de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs qui prévoit « *l'interdiction de faire supporter au locataire des frais de relance ou d'expédition de la quittance* ». Cette pratique, dénoncée par l'association, a occasionné un préjudice aux locataires victimes de cette manœuvre frauduleuse tandis qu'elle procurait, au groupe Foncia, un bénéfice illicite de plusieurs millions d'euros.

Au regard de cet exemple, il apparaît que le manque de loyauté dont peut se rendre coupable une entreprise, est très vite percé à jour par les associations de défense des intérêts des consommateurs, qui cherchent à protéger ces derniers contre des pratiques abusives et vont, par conséquent, agir en justice contre ladite entreprise (article 31 du Code de procédure civile).

Il en va de même lorsqu'il s'agit, pour une association de protection de l'environnement ou bien une association de défense des Droits de l'homme, de dénoncer les pratiques malhonnêtes dont se rend coupable une entreprise.

L'obéissance aux lois mais aussi le respect de la charte éthique, document de référence que possèdent aujourd'hui toutes les grandes entreprises et qui s'inscrit dans le cadre de la RSE, apparaissent alors comme des prérequis indispensables pour établir une relation pacifiée avec les contre-pouvoirs. Il apparaît également comme une évidence que la loyauté dans la communication externe, et principalement lors de situations de crise, va permettre d'atténuer l'offensive des contre-pouvoirs, rassurés quant à la capacité de l'entreprise à y faire face même dans un contexte difficile.



Parce que la loyauté impacte la réputation de l'entreprise, celle-ci, dès lors qu'elle veut pouvoir asseoir sa notoriété sur cet actif incorporel, cette ressource intangible bâtie avec le temps, doit prendre appui, pour guider ses actions et ses choix, sur des valeurs telles que l'authenticité, l'honnêteté, la responsabilité et l'intégrité. Plutôt que d'entretenir des relations conflictuelles avec les associations et les ONG, il lui faut apprendre à nouer des relations partenariales qui serviront ses intérêts économiques et lui éviteront de courir le risque de voir son image ternie par toutes sortes d'accusations. Conscientes de cela, des entreprises comme Orange, Ikéa, Lafuma, Castorama ou Lafarge ont tissé des partenariats de coopération environnementale avec WWF tandis qu'Unilever se tournait vers l'ONG Oxfam pour réaliser un audit social dans son usine implantée au Vietnam.

En conclusion et en réponse à la question posée en introduction : « *Le devoir de loyauté doit-il être considéré par l'entreprise uniquement sous l'angle de la contrainte étatique ou bien doit-il être vu comme une occasion favorable lui permettant d'atteindre plus facilement ses objectifs ?* », il semble pertinent de penser que le devoir de loyauté doit être envisagé par l'entreprise sous ces deux aspects, à la fois comme une contrainte mais aussi comme une opportunité.

*Comme une contrainte !...*

...parce que, pour garantir la transparence dont l'économie de marché a besoin, le droit, via la réglementation, a érigé le devoir de loyauté au rang de devoir contractuel, assurant ainsi l'intégrité et la probité dans la conduite des affaires. Le droit exige également une obligation de loyauté dans les rapports non contractuels et, s'il autorise la liberté de concurrencer, celle-ci doit s'établir dans « *une relation de compétition loyale et légale entre les entreprises* ». Il s'agit avant tout pour le droit, de substituer des comportements de coopération à des comportements individualistes car, comme l'illustre le *dilemme du prisonnier* de A. Tucker, l'entreprise qui veut défendre ses propres intérêts n'est pas incitée à coopérer. De par son comportement, égocentrique, elle rend alors impossible toute possibilité d'atteindre un optimum collectif (la théorie des jeux – J. Nash). Les institutions, les règles et conventions ont également pour but de lutter contre les comportements opportunistes des co-contractants qui résultent des asymétries d'informations et conduisent à des situations économiques inefficaces.

C'est pourquoi, en cas d'infraction, le droit français prévoit des mécanismes de réparation de la déloyauté qui ont pour objectifs, d'une part, de réparer le préjudice subi par la victime et d'autre part, de tenter de dissuader l'auteur des comportements de se montrer à nouveau déloyal. Pour autant, ce deuxième objectif est difficile à atteindre car, dans le cas de la concurrence déloyale, il peut être avantageux pour une entreprise de commettre un acte déloyal dès lors que la réparation n'excèdera pas le profit retiré de l'opération.

Selon l'article 1353, alinéa 1, du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* ». Et, c'est là qu'intervient le Droit de la preuve (Code civil – Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété - Titre IV bis : De la preuve des obligations – chapitres I, II, III) qui va permettre à une personne engagée dans une procédure judiciaire de présenter l'objet de sa demande devant une juridiction car comme le dit l'adage : « *pas de preuve, pas de droit* ». Le principe de loyauté s'invite alors aussi dans la recherche de la preuve puisqu'il interdit l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes en vue de réunir des éléments de preuve.

La loyauté dans les affaires est également garantie par les Autorités administratives indépendantes qui sont des organismes de régulation des marchés dotés de certains pouvoirs dont le pouvoir de recommandation, de décision, de réglementation et de sanction. Dans cette optique, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), dont le rôle est de veiller au bon fonctionnement des marchés financiers, avait insisté, lors de sa création en 2003, sur son objectif de moralisation. Quant à la loi de sécurité financière française du

1<sup>er</sup> août 2003, elle créait le Haut conseil du Commissariat aux comptes chargé de surveiller la profession.

*Mais aussi comme une opportunité !...*

...car la loyauté peut aussi être appréhendée comme une condition de la performance de l'entreprise qui prend conscience de la nécessité d'un développement durable pour elle et pour l'économie.

La loyauté, dès lors qu'elle constitue l'une des valeurs qui guident le choix d'un mode de gouvernance qui prend en compte les intérêts de toutes les parties prenantes, rassure sur la stratégie mise en œuvre par l'entreprise et sur sa volonté d'assumer pleinement ses responsabilités économiques, sociales et sociétales. En suscitant une confiance mutuelle dans les relations entre les parties, elle produit des effets économiques positifs qui se traduisent par la multiplication des flux d'échanges commerciaux, financiers et informationnels et ce, au moindre coût.

Le respect du devoir de loyauté renforce la crédibilité du dirigeant et protège la réputation de l'entreprise qui bénéficie, de ce fait, d'une bonne image auprès de l'ensemble des acteurs internes ou externes.

*En conséquence !...*

...parce que le *devoir de loyauté* est à la fois synonyme de contrainte et d'opportunité, le dirigeant peut considérer qu'il représente uniquement une difficulté qu'il devra s'efforcer de surmonter ou bien, il peut en reconnaître le bien-fondé et considérer alors qu'il s'agit d'une opportunité dont il doit absolument se saisir pour atteindre plus facilement ses objectifs.

Tout dépendra, en réalité, de l'état d'esprit avec lequel le dirigeant abordera ce concept, d'une manière plutôt positive ou plutôt négative car, comme le disait W. Churchill : « *Un pessimiste voit la difficulté dans chaque opportunité, un optimiste voit l'opportunité dans chaque difficulté !* ».

## **Bibliographie :**

- Gazette du Palais : « *Loyauté et impartialité en droit des affaires* », 2012
- R. Loir : « *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats* », 2001-2002
- F. Reichheld : « *L'effet loyauté* », éd. Dunod, 1996
- O. Bender : « *Introduction à la fidélisation en entreprise* », 2009
- D. de la Garanderie et divers autres : « *Le devoir de loyauté en droit des affaires* », Gazette du Palais, 2000, n° 340.
- C. Vigneau : « *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail* », Droit social, juillet-août 2004
- T. Tazdaït : « *L'analyse économique de la confiance* », De Boeck, coll. Ouvertures économiques, 2008
- Y. Picod : « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », 1998

## **Sitographie :**

- Audit Conseils Travaux d'Expertise (Acte) : « *Commissaire aux apports* »  
Disponible sur : <http://www.commissaire-aux-apports-fr.com/commissaire-apports.php>
- Laurent Aynes : « *Le contrat, loi des parties* », 2005  
Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-loi-des-parties.51956.html>
- Valentin Guislain : « *La bonne foi, notion-cadre régulatrice des relations de travail* », 2014  
Disponible sur : [http://www.wk-rh.fr/preview/BeDhHIDgloCfJnJmCgHl/presse/jsl/jurisprudence\\_sociale\\_lamy\\_2014/la\\_bonne\\_foi\\_not](http://www.wk-rh.fr/preview/BeDhHIDgloCfJnJmCgHl/presse/jsl/jurisprudence_sociale_lamy_2014/la_bonne_foi_not)
- Maître Murielle-Isabelle Cahen : « *L'acte de concurrence déloyale accompli par le salarié pendant la durée de son contrat de travail* », 2011  
Disponible sur : « <http://www.village-justice.com/articles/concurrence-deloyale-accompli,397.html> »
- Avocats Picovschi : « *Concurrence déloyale par un salarié* », 2015  
Disponible sur : [http://www.avocats-picovschi.com/concurrence-deloyale-par-un-salarie\\_menu2\\_71\\_14.html](http://www.avocats-picovschi.com/concurrence-deloyale-par-un-salarie_menu2_71_14.html)
- Aurélié Vaudry : « *Les contentieux entre banques et entreprises* », 2014  
[http://www.avocats-picovschi.com/les-contentieux-entre-banques-et-entreprises\\_article\\_259.html](http://www.avocats-picovschi.com/les-contentieux-entre-banques-et-entreprises_article_259.html)
- Sabine Haddad : « *Faute de gestion du dirigeant : quelles sanctions ?* », 2013  
Disponible sur : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/faute-gestion-dirigeant-queelles-sanctions-13171.html>
- Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats  
Disponible sur : [www.justice.gouv.fr/.../j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/.../j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)