Application aux sociétés de la prohibition des conflits d'intérêts contractuels (C. civ., nouv. art. 1161)

par

Renaud MORTIER, Professeur agrégé de droit privé - Président de la Fédération nationale droit du patrimoine (FNDP) - Directeur du Centre de droit des affaires de Rennes (CDA)

et Anne-Françoise ZATTARA-GROS, Maître de conférences à l'Université de La Réunion, Co-Responsable du Master 2 Droit du patrimoine.

L'article 1161 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, et applicable depuis le 1^{er} octobre 2016, bouleverse le droit de la représentation en consacrant la théorie dite des conflits d'intérêts, ces derniers étant sanctionnés par la nullité relative du contrat. Le nouveau dispositif doit être articulé avec le droit des sociétés, lequel régit déjà les conflits d'intérêts. En cas de conflits de règles Le droit des sociétés doit prévaloir au titre des dispositions spéciales

Parmi de nombreuses autres dispositions, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, institue un nouvel article 1161 : « **Art. 1161. – Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié** ».

Ce texte consacre la théorie dite des « conflits d'intérêts »¹, en prohibant à peine de nullité, d'une part, le contrat dit « *avec soi-même* » (le représentant est celui qui contracte avec le représenté), et, d'autre part, la « *double représentation* » (les deux parties au contrat sont représentées par la même personne).

¹ Le rapport au président de la République, paru au JO du 11 février 2016 précise : « L'article 1161 clarifie enfin les règles applicables en cas de conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté ou le tiers ». Voir B. Dondero, La réforme du droit des contrats. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : JCP E 2016, 1283, n° 55 ; R. Mortier, Conflits d'intérêts : pourquoi et comment appliquer aux sociétés le nouvel article 1161 du Code civil, Dr. sociétés 2016, Etude 11.

La Fédération Nationale Droit du Patrimoine considère que l'article 1161 du Code civil s'applique de principe à la représentation des sociétés (**1°**), mais de manière très résiduelle (**2°**). Malgré cette restriction, l'insécurité juridique résultant du nouveau dispositif est telle que la FNDP propose d'amender l'article 1161 afin d'exclure de son champ d'application la représentation des personnes morales (**3°**).

1° L'application de principe de l'article 1161 à la représentation des sociétés

Silence de la loi. - L'article 1161 du Code civil s'applique-t-il aux sociétés représentées ? Les rédacteurs de l'ordonnance n'ont rien précisé à ce sujet. Ce silence n'est pas une originalité de notre droit : la plupart des dispositifs qui ont inspiré la rédaction du nouveau texte, qu'il s'agisse du Code civil allemand, ou encore de certains projets européens, n'abordent pas davantage la question². Seuls les Principes d'UNIDROIT, dans la partie commentaire, font ressortir expressément que le conflit d'intérêt et la nullité du contrat en résultant, peuvent découler de la représentation de la société par l'un de ses dirigeants³.

Esprit et lettre du nouveau dispositif. - Tant l'esprit (protection du représenté) que la lettre du texte inclinent à penser que le représentant visé englobe les différents types listés à l'article 1153 nouveau, à savoir « *le représentant légal, judiciaire ou conventionnel* », de sorte que les représentants légaux des sociétés peuvent être inclus dans son champ sans tergiverser.

Vocation générale de l'article 1161. - L'article 1105 nouveau, alinéa 1er du Code civil, prévoit que « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* ». Nul doute que la formule inclut les contrats conclus tant par les personnes physiques que par les personnes morales. L'article 1161 ne pose lui-même aucune réserve quant à son application : « *un représentant ne peut agir...* ».

Ubi lex non distinguit... - Là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de

² Le rapport au président de la République se réfère en effet expressément au Code civil allemand, lequel contient déjà une disposition (*BGB, § 181*) prohibant l'« acte juridique avec soi-même », ainsi qu'aux « projets européens », lesquels réglementent tous en effet les conflits d'intérêts nés du mécanisme de la représentation, qu'il s'agisse des Principes du droit européen des contrats (*art. 3 : 206*), des Principes d'UNIDROIT (*art. 2.2.7*), ou encore du Code européen des contrats (*art. 68*).

³ Illustration n° 4 du commentaire n° 1 de l'article 2.2.7 : « A, Président directeur général de la société B, a le pouvoir de nommer un avocat en cas d'action en justice intentée par ou contre B. A se nomme lui-même avocat de B. B peut annuler le contrat ».

distinguer⁴. Ce sont d'ailleurs toutes les personnes morales qu'embrasse généralement le nouvel article 1161. Ainsi, ce n'est pas seulement la représentation des sociétés qui est exposée au feu de l'article 1161 du Code civil, mais aussi celle de tous les groupements dotés de la personnalité morale, qu'ils soient privés (GIE, associations, fondations...) ou publics (collectivités territoriales de type communes, régions, départements ; établissements publics...).

Exposition renforcée des personnes morales aux conflits d'intérêts. - Sans doute les personnes physiques sont-elles exposées aux risques de conflits d'intérêts en la personne du représentant, mais les personnes morales le sont bien davantage. Contrairement aux personnes physiques, les personnes morales n'ont d'autre choix que d'être représentées. Parce qu'elles sont désincarnées, elles n'ont le loisir de s'exprimer que par l'intermédiaire d'une personne physique qui leur prête corps et esprit, et elles ne peuvent résister à ce représentant : leur intérêt y est naturellement soumis. Dès lors, la tentation est forte, pour le représentant, de faire prévaloir son intérêt personnel, chaque fois qu'il entre en opposition avec celui de la personne morale qu'il représente. Les personnes morales sont donc la terre d'élection des conflits d'intérêts. Le droit britannique et le droit américain des sociétés l'illustrent bien, eux qui intègrent de longue date d'importantes dispositions destinées à lutter contre les conflits d'intérêts dans les sociétés et dans les trusts⁵.

Conflits d'intérêts directs et conflits d'intérêts indirects. - Les conventions en question sont celles visées par l'article 1161, c'est-à-dire celles qui constituent un contrat dit « avec soi-même » (le représentant est celui qui contracte avec le représenté), et de la « double représentation » (les deux parties au contrat sont représentées par la même personne). Ces hypothèses sont bien connues en droit des sociétés. Elles sont parfaitement identifiées comme telles par les droits anglais et américain, sous les noms de « conflit d'intérêts direct » (« *direct conflict-of-interest* ») pour les premières, et de « conflit d'intérêts indirect » (« *indirect conflict-of-interest* ») pour les secondes⁶. Les hypothèses englobent ainsi respectivement le contrat conclu entre la société et son dirigeant, d'une part, et entre deux sociétés dont le dirigeant est commun, d'autre part. Il reste à savoir dans quelle mesure de

⁴ *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

⁵ Pour le droit britannique, V. *Gower & Davies, Principles of modern company law, ninth edition, by Paul L. Davies and Sarah Worthington, pp. 560 et s.* Pour le droit des USA, V. *Franklin A. Gevurtz, Corporation Law, 2nd edition, pp. 371 et s.*

Il existe dans ces pays un véritable devoir d'éviter les conflits d'intérêts (« *duty to avoid conflicts of interests* »).

⁶ Pour le droit britannique, *Gower & Davies, op. cit., p. 560* et pour le droit des USA, *Franklin A. Gevurtz, op. cit., p. 371.*

tels conflits ne sont pas déjà régis par le droit des sociétés, pour que prévale le droit commun des contrats et donc l'article 1161 du Code civil. Ce dernier texte ne s'applique en effet à la représentation des sociétés que de manière résiduelle.

2° L'application résiduelle de l'article 1161 à la représentation des sociétés

Les dispositifs anti-conflits d'intérêts issus du droit des sociétés. - Le droit des sociétés connaît d'assez longue date des dispositifs destinés à neutraliser les conflits d'intérêts issus de la représentation. Les conventions les plus dangereuses sont ainsi interdites (conventions dites « interdites ») ; d'autres sont soumises à contrôle (conventions dites « réglementées ») ; d'autres enfin sont purement et simplement laissées hors de ces champs, et ne font ainsi l'objet d'aucune procédure spécifique, sans pour autant être à proprement parler « autorisées » par la loi, parce que le risque qu'elles portent a paru inexistant ou mineur au législateur (conventions dites « libres », dont font notamment partie les fameuses « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales »). Encore faut-il préciser que ces dispositifs sont purement et simplement absents des règles applicables à certaines sociétés (sociétés en nom collectif (SNC), sociétés en commandite simple (SCS), sociétés civiles n'ayant pas une « activité économique » au sens de l'article L. 612-5 du Code de commerce).

Concurrence avec l'article 1161 du Code civil. - L'article 1161 emprunte aux trois dispositifs : il pose une interdiction (« *ne peut* ») sanctionnée par la nullité (« *est nul* ») ; il permet au représenté de la lever, ou plus exactement, ce qui est assez curieux, d'en lever la sanction (« *à moins que (...) le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié* ») ; enfin il laisse ouverte la voie de conventions qui, bien que porteuses du conflit d'intérêt, ne pourraient cependant pas être annulées, et ce parce que « *la loi (...) l'autorise* ». Même si, techniquement, le champ des conventions réglementées englobe la convention conclue avec la société indépendamment de l'identité de son représentant, et comprend ainsi de nombreuses conventions passées avec une autre personne que le représentant de la société (un associé ou actionnaire, un administrateur, une personne interposée...), c'est toujours avec cette même idée que la convention est conclue avec un cocontractant en conflit d'intérêts et qui exerce au sein de la société un pouvoir décisif. C'est dire que, même si les domaines respectifs des deux corps de règles ont chacun un domaine propre qui ne se recoupe que pour partie, se pose un problème de concurrence entre elles, concurrence qu'il faudra nécessairement arbitrer.

Specialia generalibus derogant. – Ce qui est spécial déroge à ce qui est

général (*Specialia generalibus derogant*). Cette règle d'interprétation bien connue aboutit en premier lieu à conférer la primauté aux règles du droit des sociétés destinées à neutraliser le conflit d'intérêts. Ces règles spéciales priment la règle générale posée par l'article 1161 du Code civil ^{Note 6}, et ce quand bien même l'édiction de la règle générale est postérieure à celle de la règle spéciale, ce qui est le cas en l'espèce : *Generalia specialibus non derogant*. L'article 1105 nouveau du Code civil s'alimente à la source de cette logique élémentaire est classique : « *Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux* » (C. civ., art. 1105 nouveau, al. 2) ; « *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* » (C. civ., art. 1105 nouveau, al. 3). C'est dire que la règle générale posée par l'article 1161 nouveau du Code civil s'applique aux contrats passés par une société sous réserve des règles particulières qui régissent les conflits d'intérêts résultant de tels actes.

Les deux thèses en présence. - À partir de là, deux thèses différentes s'affrontent : – soit l'on estime (interprétation amplifiante) que le droit commun des contrats et donc l'article 1161, tout spécialement au regard de son objectif de protection, a vocation à s'appliquer partout où le droit des sociétés a laissé des lacunes⁷ ; – soit l'on estime (interprétation réductrice) que le droit commun des contrats, et donc l'article 1161 du Code civil, « *n'a pas vocation à s'appliquer là où il existe une réglementation en droit des sociétés, le silence du législateur sur certains points devant être interprété comme une volonté délibérée de ne pas imposer des règles et de laisser, le cas échéant, place à la liberté contractuelle* »⁸. Les deux interprétations forment à n'en pas douter une alternative à deux branches : droit commun et protection *versus* droit spécial et liberté.

L'insécurité contractuelle découlant du nouvel article 1161 du Code civil. - Il est impossible de dire avec certitude laquelle des deux thèses l'emporterait devant une juridiction. Si l'interprétation réductrice devait l'emporter, seules les conventions passées par les SNC, les SCS et les sociétés civiles encourraient la nullité fulminée par le nouvel article 1161 du Code civil. Si l'interprétation amplifiante triomphait, l'article 1161 déferlerait sur toutes les sociétés (SNC, sociétés civiles...), en ce comprises les SARL, les SA, les SAS et les SCA, déjà cependant largement dotées de mécanismes anti conflits d'intérêts. C'est cette dernière hypothèse qui est généralement retenue par la doctrine, et qui apparaît la plus probable à la FNDP. Deux raisons plaident en ce sens : la *ratio legis* de l'article 1161 du Code civil, qui est de protéger le représenté ; la difficulté à établir que le seul fait qu'existe dans une société un dispositif spécial exclut, en dehors même du champ de ce dispositif spécial, le dispositif de droit commun.

⁷A. Charvériat, Gestion des conflits d'intérêts : le paradoxe des conventions réputées libres : BRDA 9/2016.

⁸ Comment articuler le nouveau droit des contrats avec le droit des sociétés ? : BRDA 9/2016.

Champ d'application résiduel de l'article 1161 du Code civil aux sociétés. – Si devait prévaloir en pratique l'interprétation amplifiante, ce ne serait que dans les interstices laissés par le droit spécial des conventions interdites et des conventions réglementées que l'article 1161 pourrait s'immiscer. Quels sont les interstices dans lesquels risque de se glisser l'article 1161 du Code civil ? Dans les SNC, ainsi que dans les sociétés civiles n'ayant pas d'activité économique, la réponse est simple : faute de dispositifs spéciaux toute convention conclue par leur représentant est susceptible d'entrer dans le champ de l'article 1161. Pour les autres sociétés, seules les conventions hors champ des conventions réglementées sont susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition de l'article 1161, pour peu que les conditions en soient par ailleurs remplies (double représentation, ou représentant légal de la société concluant un contrat avec lui-même). On songe en tout premier lieu aux conventions qui, entrant dans le champ des conventions réglementées, sont dispensées du régime desdites conventions réglementées (conventions simplement courantes et conclues à des conditions normales⁹, ou courantes et conclues à des conditions normales et n'étant significatives pour aucune des parties en raison de leur objet ou leurs implications financières¹⁰, ou encore conventions conclues entre une SA ou une SCA et une autre société dont l'une détient directement ou indirectement la totalité du capital de l'autre, déduction faite le cas échéant du nombre minimal d'actions pour satisfaire aux exigences du nombre minimal d'actionnaires¹¹, voire conventions passées entre le représentant d'une SASU et celle-ci¹²). **Cependant, la FNDP considère que ces conventions sont bien dans le champ des conventions réglementées, mais exonérées expressément de leur régime contraignant. Elles échappent ainsi à l'interdiction du conflit d'intérêts posée par l'article 1161 tout en étant dispensées de la procédure de contrôle du conflit d'intérêts posée par le droit spécial des sociétés¹³.** Mais il serait aussi possible de soutenir, au regard de la lettre de l'article L. 225-39 comme de l'article L. 225-86, qu'elles sont hors champ de ces conventions : « 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 ».

⁹ C. com., art. L. 223-20 dans les SARL ; C. com., art. L. 225-39 ou L. 225-87 dans les SA, et dans les SCA ; sur renvoi C. com., art. L. 226-10, et L. 227-11 dans les SAS

¹⁰ C. com., art. L. 612-5, al. 6, pour les sociétés civiles ayant une activité économique.

¹¹ Cette hypothèse, dite des filiales à 100 %, est en effet désormais hors champ des conventions réglementées : C. com., art. L. 225-39 ou L. 225-87 pour les SA, dispositif applicable dans les SCA sur renvoi de l'article L. 226-10.

¹² C. com., art. L. 227-10, al. 4. Comp. C. com., art. L. 223-19, al. 3.

¹³ H. Le Nabasque, Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ?, Bull. Joly Sociétés 2016, p. 681.

Dès lors, l'article 1161 aurait vocation à s'appliquer. En définitive, la FNDP considère que seules les conventions passées par le représentant d'une **SAS**, avec une autre société qu'il représente (pour l'essentiel, **hypothèse dite des dirigeants communs**) sont au sens strict hors champ des conventions réglementées, susceptibles comme telles d'être régies par l'article 1161 du Code civil¹⁴. En effet, l'article L. 227-10 du code de commerce, texte fixant le domaine des conventions réglementées dans les SAS, omet purement et simplement de mentionner ces conventions, à l'inverse de ce qui est prévu, en des termes très larges, dans les SARL (C. com., art. L. 223-19, al. 5), SA (C. com., art. L. 225-38, al. 3 et L. 225-86, al. 3) et SCA (C. com., art. L. 226-10, al. 2).

3° Proposition d'exclusion des personnes morales du champ de l'article 1161

En conclusion, l'article 1161 nouveau du Code civil, s'il régit les personnes morales, au nombre desquelles figureront les sociétés, leur est très mal adapté. Il est bien regrettable à vrai dire que le cas des personnes morales n'ait pas été réservé. Il fallait d'évidence exclure les personnes morales du domaine de l'article 1161 ; d'une part, parce que la représentation y est omniprésente ; d'autre part, parce que les questions qu'elles posent sont pour beaucoup spécifiques, et ne peuvent s'accommoder d'un texte qui les ignore. Les rédacteurs de l'ordonnance ont ainsi totalement négligé le domaine d'application du texte, tout spécialement son articulation avec les dispositifs de lutte contre les conflits d'intérêts tirés du droit spécial des sociétés. Ils ont pareillement omis de considérer, pour ces mêmes personnes morales et sociétés, l'efficacité de la sanction fulminée : l'action en nullité sera aux mains du représentant placé au cœur du conflit d'intérêts, de sorte qu'il n'agira jamais, sauf pour lui à y trouver le moyen astucieux de se désengager d'un contrat qu'il regretterait, sauf encore à la faveur d'un changement de direction. Enfin, chaque fois que le représentant souhaitera sécuriser de parfaite bonne foi la convention porteuse du conflit d'intérêts, l'autorisation, tout comme la ratification expressément prévues à cette fin par le texte, ne seront que des précautions aux effets aléatoires (**à confirmer dans le rapport spécifiquement consacré à la question**), sauf à ce que la société soit dotée d'un autre représentant que lui-même, capable d'autoriser ou de ratifier sans contestation possible la convention. Il nous semble que le champ de

¹⁴ V. cependant H. Le Nabasque, Conventions libres et conventions réglementées : faut-il avoir peur de l'article 1161 du Code civil ?, art. précité, concluant en sens inverse lorsque la société contractante est une SARL, une SA, ou une SCA « car, en ce cas, la loi impose de dérouler la procédure au moins dans la société contractante (C. com., art. L. 223-19, al. 5 pour la SARL ; C. com., art. L. 225-38, al. 3 et C. com., art. L. 225-86, al. 3 pour la SA ; C. com., art. L. 226-10, al. 2 pour la SCA) », de sorte qu'« on imagine difficilement que la nullité de la convention puisse être poursuivie par la SAS, alors que le droit applicable à sa cocontractante l'exclut si, par exemple, l'autorisation de son conseil a été obtenue ». V. également en ce sens A. Couret et A. Reygrobellet, « Le droit des sociétés menacé par le nouvel article 1161 du Code civil », D. 2016, p. 1867.

l'article 1161 aurait dû être limité aux représentants des seules personnes physiques. Une réforme immédiate en ce sens serait bienvenue. Il suffirait d'ajouter au texte actuel les 4 mots que nous soulignons ci-après en gras :
« Art. 1161. – Un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties **personnes physiques** au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté **personne physique**. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».