UNIVERSITE PARIS I - PANTHEON SORBONNE
FACULTE DE DROIT
ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE
ECOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVE
INSTITUT DE RECHERCHE JURIDIQUE DE LA SORBONNE

Doctorat en Droit
Droit privé

Thèse

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
L'essai sur les sources de la règle

par

Justyna Angelika SOBCZYK

sous la direction de

Monsieur le Professeur Bruno DONDERO

Présentée et soutenue publiquement le 16 octobre 2015

Jury

Monsieur le Professeur Bruno DONDERO
Monsieur le Professeur Arnaud REYGROBELLET
Monsieur le Professeur David ROBINE

MAMUSI

A MAMAN

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier vivement mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Bruno DONDERO, pour avoir accepté de diriger cette thèse de doctorat, pour sa confiance, ses conseils, son avis, son temps et ses qualités humaines.

Je tiens également à remercier chaleureusement, Monsieur le Professeur Paul LE CANNU, mon professeur de licence, de maîtrise et de master dans le cadre du Magistère de Droit des Activités Economiques à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et mon premier directeur de thèse, pour son accord de m'avoir acceptée en thèse de droit sous sa direction, pour sa compréhension et son soutien.

Je tiens à remercier vivement Monsieur le Professeur Arnaud REYGROBELLET pour son accord d'être rapporter et membre de jury de soutenance.

Je tiens à remercier vivement Monsieur le Professeur David ROBINE pour avoir accepté d'être rapporteur et membre du jury de soutenance.

Je tiens à remercier de tout mon cœur tous qui ont contribué à ce que cette thèse de doctorat soit achevée.

SOMMAIRE GÉNÉRAL

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

À la recherche de la *business judgment rule* dans la jurisprudence

Titre I — La genèse de la *business judgment rule* (1742-1945)

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise (1742-1945)

Section 1 — L'analyse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* (1742-1945)

Section 2 — La synthèse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* (1742-1945)

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1825-1945)

Section 1 — La *business judgment rule* dans la *common law* fédérale générale

Section 2 — La *business judgment rule* dans la *common law* (*common law* et *equity*) des Etats

Titre II — Le développement de la *business judgment rule* (1945-2013)

Chapitre 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans la jurisprudence du Delaware (1945-1982)

Section 1 — L'analyse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982)

Section 2 — La synthèse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982)

Chapitre 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans la jurisprudence du Delaware (1980-2013)

Section 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte traditionnel (1980-2013)

Section 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte spécial (1985-2013)

SECONDE PARTIE

À la recherche de la *business judgment rule* dans les codifications

Titre I — La *business judgment rule* dans le droit incitatif (*Soft Law*)

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Bar Association* (*ABA*)

Section 1 — La *business judgment rule* dans les *Model Business Corporation Acts*

Section 2 — La *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook*

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Law Institute* (*ALI*)

Section 1 — Le devoir de conduite dans les *Principles of Corporate Governance*

Section 2 — La *business judgment rule* dans les *Principles of Corporate Governance*

Titre II — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*Hard Law*)

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*Hard Law*) aux Etats-Unis

Section 1 — La *business judgment rule* explicite dans le titre et le contenu des dispositions

Section 2 — La *business judgment rule* implicite

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie et en Allemagne

Section 1 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie

Section 2 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Allemagne

CONCLUSION GÉNÉRALE

ANNEXES

INTRODUCTION

1. Influence. — La *business judgment rule* influence le droit des sociétés anonymes (*corporations*) aux Etats-Unis[1].
Son influence s'étend à de nombreux pays[2], y compris à la France[3].

2. Genre. — Dans la doctrine de langue française, on peut retrouver l'expression la *business judgment rule* précédée soit par le genre masculin, c'est-à-dire le *business judgment rule*[4], soit par le genre féminin, c'est-à-dire la *business judgment rule*[5]. L'utilisation du genre masculin vient peut-être de la traduction du terme *judgment* par « jugement », nom masculin. Cependant, les termes *business* et *judgment* ne sont qu'adjoints au terme *rule*. Or, le terme *rule* est traduit par « règle », nom féminin[6]. On

[1] V. en langue anglaise : W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations* (Wolters Kluwer 2009), 8.4.1, pp. 253-254: « Upon reflection, the so-called business judgment rule comes to seem a bit more mysterious than it first appears. More precisely there are three mysteries. » ; V. en langue française : A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes* (Economica 1985), n°77, p. 137 : « Peut-être les Principles parviendront-ils à apporter à la matière la clarté désirable et à bien délimiter son domaine. »

[2] Nos recherches concernaient les notions de la *business judgment rule* dans les droits des pays de la tradition de *common law*, par exemple, au Royaume-Uni, aux Etats-Unis, au Canada, en Australie et dans les droits des pays de la tradition romano-germanique, par exemple, en Allemagne, en Suisse et en France.

[3] Cf. n°8 ci-après.

[4] Pour le *business judgment rule* v., par exemple, (1) S. MESSAI-BAHRI, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, Thèse Paris I, dir. P. LE CANNU, IRJS (2009), n°165, p. 67 ; (2) M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *Questions actuelles sur la responsabilité des dirigeants de société en Allemagne et en France*, Droit des sociétés n°6, Juin 2006, étude 12, n°8.

[5] Pour la *business judgment rule* v., par exemple, (1) K. HOFMAN, *La resposanbilité des dirigeants d'entreprise des deux côtés de l'Atlantique. La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans le débat public américain*, Petites Affiches, 13 décembre 2007, n°249, p. 54 ; (2) S. ROUSSEAU, *L'encadrement des conflits d'intérêts dans le droit nord-américains : le rôle des règles et des normes de conduite*, RTD com. 2013, p. 611.

[6] Cependant, il existe une différence entre la *legal rule* de droit américain et la règle de droit français.

utilisera, par conséquent, l'expression la *business judgment rule*, c'est-à-dire cette expression considérée au genre féminin.

3. Traduction. — Dans la doctrine de langue française, on peut distinguer deux types de traduction de l'expression la *business judgment rule*, à savoir la traduction *lato sensu* et la traduction *stricto sensu*.

La traduction *lato sensu* ne se limite pas aux trois termes composant l'expression la *business judgment rule*, c'est-à-dire ne se limite pas aux traductions des termes (1) règle (*rule*) ; (2) jugement (*judgment*) et (3) affaires (*business*).

Les exemples de ce type de traduction sont notamment les suivants :

(1) « le principe de respect par les tribunaux des décisions prises par les dirigeants de la société […] »[7] ;

(2) « la règle du respect du jugement d'affaires »[8] ;

(3) « la règle du bon sens commercial »[9] ;

(4) « la règle du meilleur critère commercial »[10] ;

(5) « le respect du jugement du bon commerçant »[11].

La traduction *stricto sensu* se limite aux trois termes composant l'expression la *business judgment rule*, c'est-à-dire se limite aux traductions des termes (1) règle (*rule*); (2) jugement (*judgment*) et (3) affaires (*business*).

---

[7] V. A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, n°77.

[8] V. E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, Droit français et anglais*, Thèse Paris I, dir. A. TUNC, L.G.D.J (1998), n°358, p. 209.

[9] V. J. RIGGS, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit américain*, Gazette du Palais, 5 décembre 2000, n°340, p. 62, en particulier, 1.2 – La « règle de bon sens commercial » (*business judgment rule*), cet auteur est cité, par exemple, par A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, Thèse Paris I, dir. J.-J. DAIGRE, Dalloz (2010), n°240, p. 180, note 24, et par J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilié des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, Thèse Paris II, dir. M. GERMAIN, LGDJ (2010), n°90, p. 54.

[10] V. M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, Revue des sociétés 2003, p. 195.

[11] K. HOFMAN, *La resposanbilité des dirigeants d'entreprise des deux côtés de l'Atlantique. La responsabilité des dirigeants d'entreprise dans le débat public américain*, *op. cit.*, n°249, p. 54.

Les exemples de ce type de traduction sont notamment les suivants :
(1) « la règle dite « du jugement des affaires »[12] ;
(2) « la règle du jugement d'affaire »[13].

Aussi, on propose d'employer une traduction mixte. Tout en se limitant aux traductions de ces trois termes composant l'expression la *business judgment rule*, ce troisième type de traduction utilise une préposition « sur » (au lieu des prépositions « d' » ou « des ») qui permet d'accentuer davantage le sens de la règle.
Il peut s'agir des exemples suivants:
(1) la règle du jugement sur l'affaire ;
(2) la règle du jugement sur les affaires.

Cependant, dans cette thèse on ne traduira pas l'expression la *business judgment rule* (*BJR*).

4. Variabilité. — Il n'y a pas de formulation unique de ce qu'on doit entendre par la *business judgment rule*. Plusieurs formulations sont présentées.

Aux Etats-Unis, la *business judgment rule* est présentée notamment de la façon suivante :

(1) « The business judgment rule is a common-law standard of judicial review designed to protect the wide latitude conferred on a board of directors in handling the affairs of the corporate enterprise. »[14];

---

[12] D. WEBER-REY, L.L.M., Rechtsanwältin/ Attorney at Law (NY), Clifford Chance, Francfort-sur-le-Main, W. RICHTER, M.P.A., Rechtsanwalt, Clifford Chance, Francfort-sur-le-Main, *Encadrement des actionnaires minoritaires en Allemagne: les propositions d'amendements à la loi sur les sociétés anonymes*, Receuil Dalloz 2004, p. 1882.

[13] V. MAGNIER, *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent »* ?, Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2012, p. 75, Note 4.

[14] W. M. FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations* (2012), disponible sur *Westlaw International* (FLTR-CYC), § 1036 (notes en bas de pages omises).

(2) « The rule presumes that business decisions are made by disinterested and independent directors on an informed basis and with good faith belief that the decision will serve the best interests of the corporation. »[15];

(3) « [The Business Judgment Rule] […] is a presumption that courts will not interfere with, or second-guess, business decisions made by directors. »[16];

(4) « [T]he business judgment rule is the doctrinal technique used by courts to protect directors from the risks they would face were juries permitted to answer the question: « did this director when he approved this loss making transaction act as a reasonable person in the same or similar circumstances would have acted? »[17].

En France, la *business judgment rule* américaine est présentée notamment de façon suivante :

(1) « Afin d'éviter toute immixtion du juge dans les décisions de gestion, le droit américain a introduit une présomption simple au profit des dirigeants. Selon celle-ci, « les dirigeants sont réputés prendre leurs décisions en utilisant leur meilleur critère commercial ». Il s'agit de la règle du *business judgment rule*. La responsabilité civile du dirigeant ne sera engagée que si le demandeur renverse cette présomption, en établissant la fraude, l'illégalité, le conflit d'intérêts, l'absence d'objectif commercial rationnel appréciée au moment de la prise de décision en cause, l'absence de contre-prestation, une omission (strictement entendue comme l'absence délibérée d'action) ou encore la faute grave du dirigeant. »[18] ;

---

[15] D. J. BLOCK, N. BARTON, S. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers* (Aspen Law & Business 5th ed. 1998), p. 5.

[16] D.A. OESTERLE, *Mergers and Acquisitions in a Nutshell* (Thomson West Second Edition 2006), Chapter 9, § 39, p. 230.

[17] W. T. ALLEN, *Modern Corporate Governance and the Erosion of the Business Judgment Rule in Delaware Corporate Law*, March 12, 2008 CLPE Research Paper N°06/2008, disponible sur SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105591, p. 11.

[18] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°165, p. 67.

(2) « Conformément à la règle du *business judgment rule*, le juge écarte la responsabilité du dirigeant dès lors que ce dernier a pris les précautions nécessaires pour prendre la bonne décision. Ces précautions prises (par exemple en s'informant, en consultant d'autres organes sociaux ou des prestataires externes), l'erreur sera admise et le dirigeant sera exempté de toute responsabilité. Autrement dit, il s'agit d'apprécier davantage le processus ayant conduit à la décision elle-même que la décision elle-même. »[19] ;

(3) « La règle du *business judgment rule* joue donc comme une présomption de bonne foi et de diligence en faveur des dirigeants sociaux, excluant toute responsabilité de leur part, sous réserve que leurs décisions n'aient pas été prises à la légère sans réflexion préalable. Ainsi, si le dirigeant démontre avoir pris les précautions nécessaires avant l'adoption de la décision préjudiciable pour l'intérêt de la société, sa responsabilité devrait à notre sens être écartée. »[20] ;

(4) « La règle de l'arrêt Weinberger prend toute sa signification l'année suivante, en 1984, lorsque le Delaware adopte la « règle du respect du jugement d'affaires par les tribunaux » (*business judgment rule*). Cette règle qui constitue un principe de base du droit américain des sociétés, est en réalité l'inverse de la règle du mobile d'affaire légitime puisqu'elle oblige le juge à respecter le jugement d'affaires des dirigeants et des contrôlaires, leur interdisant de contrôler l'opération litigieuse.
En d'autres termes, la règle du respect du jugement d'affaires présume le bien fondé et la bonne foi des décisions par les organes sociaux et vise à préserver les dirigeants et contrôlaires d'actions en justice intempestives.
[…] [La] *business judgment rule* […], présumant le bien-fondé d'une décision, interdit au juge de s'immiscer dans la gestion de la société […] »[21] ;

---

[19] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°913, p. 302.

[20] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°914, p. 303.

[21] A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, *op. cit.*, n°240 et s., p. 179.

(5) « La règle du *Business judgment* n'est pas une conception moderne de direction de l'entreprise, mais elle est directement héritée de la *Common law* anglaise. La règle du *Business judgment* est alors définie comme une application du devoir de diligence imposée aux dirigeants. Ces derniers devront accomplir toutes les investigations nécessaires avant de prendre leur décision, qui doit bénéficier en principe à la société. Ces précautions prises, l'erreur sera admise et les dirigeants seront exemptés de toute responsabilité. La doctrine, généralement, définit la règle du *Business Judgment* comme une présomption de bonne foi et de diligence en faveur des dirigeants d'entreprise. »[22] ;

(6) La « *business judgment rule* [permettant] aux conseils d'administration de résister ou non à l'OPA en prenant en compte the best interests of the corporation. »[23] ;

(7) « Il est intéressant de rappeler que le *business judgment rule* établit en droit américain une présomption selon laquelle les dirigeants, en exerçant leurs fonctions agissent de bonne foi, en toute loyauté et avec la diligence requise. Il incombe donc au demandeur de présenter dans sa demande des faits précis démontrant qu'une décision n'a pas été prise dans de telles conditions avant que le tribunal n'examine la question de l'éventuelle responsabilité des dirigeants. Le demandeur peut ainsi démontrer que la décision a été prise sans faire preuve de la prudence nécessaire, puisque les informations nécessaires n'ont pas été recherchées par les dirigeants. À défaut, sa demande n'est pas recevable pour le motif qu'il n'a pas réussi à renverser la présomption de régularité accordée par le business judgment rule »[24] ;

(8) La « pratique judiciaire outre-Atlantique a sécrété une présomption (refragable) au profit des dirigeants, aux termes de laquelle les dirigeants sont réputés

---

[22] E. CHAMY, *Transposition du Corporate Governance anglo-saxon en droit français*, LPA, 9 juin 1997, n°69, p. 4.

[23] A. COURET, *Les bons d'offre*, Dalloz 2006, p. 1372.

[24] M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *Questions actuelles sur la responsabilité des dirigeants de société en Allemagne et en France*, *op. cit.*, n°8.

prendre leurs décisions en utilisant leur meilleur critère commercial. Cette présomption est connue sous le nom de la *business judgment rule*. La présomption opère à deux niveaux. Elle protège les dirigeants sociaux contre la mise en cause de leur responsabilité personnelle, d'une part, et elle protège les décisions prises par ces dirigeants contre leur remise en cause systématique, d'autre part. […] Pour arriver à prouver qu'il y a eu une violation du devoir de diligence de la part d'un dirigeant social, le demandeur doit arriver à renverser la présomption en faveur des décisions prises par le dirigeant par la business judgment rule. A ces fins, le demandeur doit apporter la preuve de l'existence d'un (ou plusieurs) des éléments suivants : fraude; illégalité (par exemple du fait d'une violation des règles réprimant la corruption des fonctionnaires étrangers, ou des règles d'ordre public relatif aux droits sociaux); conflit d'intérêts; absence d'un objectif commercial rationnel (rational business purpose) appréciée au moment de la prise de la décision en cause; absence de contre-prestation (corporate waste); omission; faute grave. »[25] ;

(9) *Business « judgment rule* : le juge ne peut se prononcer sur l'opportunité d'une décision prise par un dirigeant. »[26] ;

« Il reste que les juges ne se reconnaissent pas le droit de juger de l'opportunité des décisions des dirigeants : c'est la *business judgment rule* ; le juge n'est pas un homme d'affaire si compétent qu'il puisse prétendre substituer son jugement aux leurs sur ce qu'il convenait de faire dans une situation d'affaires donnée. »[27]

« Le devoir de diligence connaît une limite plus importante encore que le droit à la confiance : c'est le refus des tribunaux de porter un jugement d'affaires sur une décision des dirigeants (*business judgment rule*). Un juge peut apprécier, en quelque

[25] J. M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, *op. cit.*, p. 195.

[26] A.TUNC, *La direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law Institute*, Revue internationale de droit comparé (RID comp.), 1987, pp. 947-951, p. 949.

[27] A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, n°75, p. 131.

sorte, la quantité du travail fourni par un dirigeant, non sa qualité : il ne se reconnaît pas compétent pour lui dire qu'il s'est trompé. »[28]

5. Responsabilité. — La *business judgment rule* américaine concerne le fait générateur de responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société, des actionnaires et des tiers.

6. Omniprésence. — La *business judgment rule* est omniprésente en droit des sociétés aux Etats-Unis et, en particulier, en contentieux relatifs à l'exercice des (1) pouvoirs/ compétences (*authority*)[29] et (2) des obligations/ devoirs fiduciaires (*fiduciary duties*)[30].

7. Obscurité. — Les différences dans les formulations de la *business judgment rule* américaine contribuent à l'obscurité de tous les aspects du régime de la règle, c'est-à-dire (1) à l'obscurité de la genèse de la règle ; (2) à l'obscurité de la raison d'être de la règle ; (3) à l'obscurité des conditions de la règle ; (4) à l'obscurité des effets de la règle et (5) à l'obscurité des alternatives à la règle.

8. Régime de la *business judgment rule*. — Le régime de la *business judgment rule* américaine peut être présenté de la façon suivante :

[28] A.TUNC, *ibid.*

[29] Les acquisitions (*acquisitions*), y compris (1) les fusions (*mergers*) ; (2) les ventes des biens sociaux (*sale of assets*) ; (3) les offres publiques (*tender offers*) ; le contentieux (*litigation*) ; l'assurance (*insurance*) ; l'*indemnification*, etc. Il est intéressant d'étudier la relation entre la *business judgment rule* et les pouvoirs/compétences dans la société anonyme (*corporation*).

[30] Les devoirs traditionnels (*duty of care* et *duty of loyalty*) ; le devoir oublié (*duty of obedience*) ; le devoir nouveau (*duty of disclosure*). Il est intéressant d'étudier la relation entre la *business judgment rule* et les devoirs fiduciaires dans la société anonyme (*corporation*).

I — CONDITIONS D'APPLICATION	II — EFFETS D'APPLICATION
A — Le champ **1 — Le sujet** a — Les types de sociétés b — Les organes de la société **2 — L'objet** a — La décision consciente b — La décision d'affaires	**A — Les conséquences** **1 — Les fonctions** a — La règle de la procédure commerciale b — La règle du droit des sociétés **2 — Les justifications** a — La protection de pouvoirs des dirigeants b — La promotion de gains des actionnaires
B — Les éléments **1 — Les éléments pré-constitutifs** a — L'absence de faute intentionnelle et l'absence d'illégalité b — L'absence de conflits d'intérêts **2 — Les éléments constitutifs** a — Les éléments relatifs à la présomption b — Les éléments relatifs à la substitution	**B — Les alternatives** **1 — Les autres mises en œuvre de la responsabilité des dirigeants** a — Les mécanismes judicaires aux Etats-Unis b — Les mécanismes judicaires en dehors des Etats-Unis **2 — Les autres limitations à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants** a — Les limites relatives aux conditions de responsabilité b — Les limites relatives aux effets de responsabilité

9. Sujet de la *business judgment rule.* — (1) La *business judgment rule* semble s'appliquer aux décisions des dirigeants dans tous les types de sociétés, à savoir dans les société cotées, ainsi que dans les sociétés non-cotées, dans les sociétés exerçant une activité industrielle ainsi que dans les sociétés exerçant une activité bancaire, dans les sociétés *in bonis*, ainsi que dans les sociétés en difficulté[31].

(2) La *business judgment rule* s'applique aux décisions du conseil des directeurs (*board of direcrors*)[32]. Il est majoritairement admis dans la jurisprudence et dans la doctrine que la règle s'applique aussi aux décisions des *officers*[33], ainsi qu'aux décisions des actionnaires majoritaires[34].

10. Objet de la *business judgment rule.* — La *business judgment rule* s'applique à une décision[35] d'affaires prise par les dirigeants de façon consciente.

(1) Ainsi, il est admis que la *business judgment rule* s'applique à une décision consciente d'agir (l'action consciente) ou de ne pas agir (l'omission consciente).

Au contraire, il est admis que la *business judgment rule* ne peut pas s'appliquer à la décision non-consciente de ne pas agir (l'omission non-consciente), notamment à l'abdication des fonctions. Il n'est pas tranché si la *business judgment rule* ne peut pas s'appliquer à une décision non-consciente d'agir (l'action non-consciente). Il n'est pas expliqué comment on devait déterminer quand une décision est prise de façon consciente ou non-consciente. Par conséquent, il n'est pas clair quelle est la différence entre l'action consciente et l'action non-consciente ainsi qu'entre l'omission consciente et l'omission non-consciente[36].

(2) Il est également admis que la *business judgment rule* doit s'appliquer à une décision d'affaires[37]. *A contrario*, la règle ne peut pas s'appliquer à une décision

---

[31] Voir l'Annexe n°I.1.

[32] Voir l'Annexe n°I.2.

[33] Voir l'Annexe n°I.3.

[34] Voir l'Annexe n°I.4.

[35] Voir l'Annexe n°I.5.

[36] Voir l'Annexe n°I.6.

[37] D. BLOCK, N. BARTON, S. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciairy Duties of Corporate Directors and Officers*, *op. cit.*, p. 41: « The business judgment rule also requires that the judgment be about the business. » ; « In short, [in] business judgment cases, …there has been a business decision. »

juridique (interprétation du droit, des statuts, etc.)[38] ou à une décision personnelle[39] etc.

Il est admis que la *business judgment rule* peut s'appliquer aux décisions préparatoires[40], par exemple, à une décision de chercher l'avis d'un conseiller professionnel, ainsi qu'à des décisions finales.

Il semble que la *business judgment rule* s'applique dans tous les aspects de la vie de la société[41]. Ainsi, la règle s'applique aux décisions concernant le gouvernement de la société (création et dissolution de la société, modification des statuts et du règlement de la société ; structure du conseil d'administration ; nomination, révocation et rémunération des dirigeants sociaux ; sélection du personnel ; délégation des pouvoirs)[42]. La règle s'applique également aux décisions concernant le capital de la société (transactions ordinaires ; choix stratégiques ; contrats ; prêts ; émissions d'actions ou d'obligations ; paiements des dividendes ; fusions ; consolidations ; acquisitions des actifs ; acquisitions des actions ; changements de contrôle, etc.)[43].

11. Eléments pré-constitutifs de la *business judgment rule*. — (1) Conformément à la jurisprudence et à la doctrine, la *business judgment rule* ne s'applique ni à une décision qui constitue une fraude[44], ni à une décision qui est illégale[45] ou en dehors des pouvoirs des dirigeants (*ultra vires*)[46] même si une telle décision aurait servi ou était considérée servir les meilleurs intérêts de la société. Les définitions de la fraude, de l'illégalité et d'*ultra vires* suscitent un nombre de questions qui reste sans réponses.

[FN196] Nixon v. Blackwell, 626 A.D.N. 1366, 1376 (Del. 1993). « Without a business decision, the business judgment rule has no applicability ».

[38] Voir l'Annexe n°I.7.

[39] Voir l'Annexe n°I.8.

[40] Voir l'Annexe n°I.9.

[41] Voir l'Annexe n°I.10.

[42] Voir l'Annexe n°I.11.

[43] Voir l'Annexe n°I.12.

[44] Voir l'Annexe n°I.13.

[45] Voir l'Annexe n°I.14.

[46] Voir l'Annexe n°I.15.

(2) De même, il est admis que la *business judgment rule* ne s'applique pas lorsque une décision viole le devoir de loyauté (*duty of loyalty*), notamment à cause d'un profit financier, d'un conflit d'intérêts, d'une opération d'initié ou d'un manque d'une indépendance[47]. Les définitions de ces termes ne sont pas claires.

12. Eléments constitutifs de la *business judgment rule*. — (1) La *business judgment rule* s'applique à une décision dont l'auteur croit prendre dans les meilleurs intérêts de la société. Dans des sources différentes, cette croyance d'un dirigeant doit être soit raisonnable, soit rationnelle, soit honnête. Les définitions de ces termes et les différences entre eux ne sont pas bien expliquées.

La question classique qui n'est pas tranchée définitivement reste de savoir ce qu'est l'intérêt ou ce que sont les intérêts de la société[48].

(2) La *business judgment rule* s'applique à une décision de bonne foi.

(3) La *business judgment rule* s'applique à une décision prise avec soin, diligence, prudence, honnêteté.

(4) La *business judgment rule* s'applique à une décision informée. Dans des sources différentes, l'auteur de la décision doit soit s'informer, soit être informé. L'information peut être obtenue ou donnée soit de façon ponctuelle, soit de façon continue.

(5) Dans des sources différentes, l'auteur de la décision est comparé soit à un homme ordinaire (généraliste), soit à un homme d'affaires. Il est placé soit dans la situation d'un propriétaire de la société, soit dans la position d'un membre du conseil des directeurs ou d'un actionnaire[49].

(6) Selon une partie de la jurisprudence et de la doctrine, la *business judgment rule* ne s'applique pas en cas de violation des devoirs fiduciaires, par exemple, du devoir de soin (*duty of care*), de loyauté (*duty of loyalty*), d'obéissance (*duty of obedience*), de divulgation (*duty of disclosure*)[50].

(7) La *business judgment rule* ne s'applique que si l'auteur de la décision a commis

[47] Voir l'Annexe n°I.16.

[48] Voir l'Annexe n°I.17.

[49] Voir l'Annexe n°I.18.

[50] Voir l'Annexe n°I.19.

une faute grave (*gross negligence*). La faute grave est définie en tant qu'indifférence grave ou non-respect délibéré ou action en dehors des limites de la raison[51].

(8) Selon une partie des sources, la *business judgment rule* ne s'applique pas en cas d'abus ou d'un grand abus de discrétion (*abuse of discretion*) ou d'un abus flagrant (*egregiousness*), ou d'une irrationalité (*irrationality*), ou d'un abus de biens sociaux (*waste of corporate assets*), ou d'un manque d'un but rationnel d'affaires (*no rational business purpose*)[52]. Tous les termes mentionnés ci-dessus ne sont pas bien expliqués par les sources qui y font référence.

13. Fonction procédurale (formelle) de la *business judgment rule* [*business judgment rule* en tant que règle de la procédure commerciale]. — En premier lieu, la *business judgment rule* permet d'éviter le jury. Or, il est dit que le procès avec le jury crée des risques pour les dirigeants. Donc, par l'élimination du jury, on considère que la *business judgment rule* protège les dirigeants[53].

En second lieu, bien qu'il existe différentes qualifications de la *business judgment rule* (le principe, le concept, la technique, la *hands off rule*, la *safe harbor*, etc.), la règle est souvent qualifiée de présomption. Il s'agit de la présomption introduite par le juge. Il peut donc s'agir de la présomption de fait[54]. La règle est présentée en tant que présomption simple (réfragable), qui peut être renversée. La charge de renverser la présomption incombe au demandeur. Cependant, il faut souligner que si la *business judgment rule* ne s'applique pas, la charge de la preuve incombe aussi au demandeur. Néanmoins, il est dit que la *business judgment rule* impose le standard plus élevé de preuve sur le demandeur. Le demandeur doit, entre autres, prouver, par prépondérance de la preuve crédible, les faits et pas seulement les conclusions juridiques[55]. Le terme « présomption » apporte une certaine confusion sur son sens et son utilité réelle.

[51] Voir l'Annexe n°I.20.

[52] Voir l'Annexe n°I.21.

[53] Voir l'Annexe n°I.22.

[54] Voir l'Annexe n°I.23.

[55] Voir l'Annexe n°I.24.

14. Fonction matérielle (substantielle) de la *business judgment rule* [*business judgment rule* en tant que règle du droit des sociétés]. — En premier lieu, si la *business judgment rule* s'applique, le juge n'examinera pas la décision contestée et celle-ci restera finale (l'immunité de la décision). Cette protection de la décision contre l'examen judiciaire est décrite de la façon suivante :

- la décision d'affaires sera respectée ;
- la décision d'affaires ne sera pas jugée sur les mérites ;
- la décision d'affaires ne sera pas remise en cause (*second-guessed*) ;
- la décision d'affaires ne sera pas substituée à une décision judiciaire ou le juge ne substituera pas sa décision à une décision d'affaires ;
- la décision d'affaires ne sera pas renversée/infirmée (*overturned*) ;
- la décision d'affaires sera isolée de l'intervention du juge ou de l'examen judiciaire (*insulates from legal challenge*) ou le juge n'interviendra pas dans la décision d'affaires ;
- la décision d'affaires ne sera pas perturbée (interférée) par le juge ;
- le juge ne s'immiscera pas dans la décision d'affaires ;
- la décision d'affaires sera déférée à son auteur ;
- la décision d'affaires elle-même sera protégée ;
- l'opportunité de la décision d'affaires ne sera pas examinée ou le juge n'examinera pas d'opportunité de la décision d'affaires.

En second lieu, si la *business judgment rule* s'applique, le juge ne mettra pas en cause la responsabilité de l'auteur de la décision (l'immunité de l'auteur de la décision). Cette protection de l'auteur de la décision contre la mise en cause de sa responsabilité est décrite de façon suivante :

- l'auteur de la décision est moins exposé à la responsabilité ;
- l'auteur de la décision ne sera pas responsable pour la décision d'affaires[56].

[56] Voir l'Annexe n°I.25.

15. Justification de la *business judgment rule* par les pouvoirs des dirigeants [la *business judgment rule* justifiée en tant que protection des pouvoirs des dirigeants]. — Il est dit que la *business judgment rule* protège les pouvoirs des dirigeants.

En premier lieu, la jurisprudence et la doctrine considèrent expressément que la *business judgment rule* est la conséquence du principe fondamental que les affaires de la société sont gérées par le conseil des directeurs et que la règle n'existe que pour protéger et promouvoir le plein et le libre exercice de ce pouvoir de gestion.

Aussi, on considère que si la *business judgment rule* s'applique, les devoirs fiduciaires (*fiduciary duties*) des dirigeants ont été accomplis. On peut considérer que la règle est la conséquence de l'accomplissement des devoirs fiduciaires par les dirigeants.

En second lieu, il est dit que la *business judgment rule* limite les pouvoirs de contrôle des actionnaires et des juges. Quant aux actionnaires, il est dit qu'ils ne devaient pas intenter les actions en justice contre les dirigeants de façon permanente parce qu'ils auraient les pouvoirs indirects sur la gestion qui leur n'appartiennent pas. Quant aux juges, il est dit qu'ils ne devraient pas se prononcer sur les mérites de la décision parce qu'ils manquent de compétence pour prendre les décisions d'affaires ou parce qu'ils sont mal ou pauvrement équipés pour prendre les décisions d'affaires ou parce qu'ils statuent après les faits (*hindsight bias*). Cependant, il est contre-argumenté que les juges ont assez de compétence et sont assez équipés pour statuer après les faits sur les questions très compliquées dans les différentes sortes des actions en justice[57].

16. Justification de la *business judgment rule* par les gains des actionnaires [la *business judgment rule* justifiée en tant que promotion des gains des actionnaires]. — Il est dit que la *business judgment rule* promeut les gains des actionnaires.

(1) Selon les Professeurs Easterbrook et Fishel, derrière la *business judgment rule*, il y a l'idée que la richesse des actionnaires serait inférieure si les dirigeants étaient sujets

[57] Voir l'Annexe n°I.26.

à un contrôle judiciaire plus strict. Aussi, selon le Professeur Allen, la *business judgment rule* apparaît être avantageuse financièrement pour les actionnaires.

(2) Les actionnaires sont alors regardés comme des investisseurs qui assument volontairement le risque de la mauvaise gestion en échange de la possibilité d'un plus grand taux de rendement sur leurs investissements. On dit aussi que les actionnaires-investisseurs peuvent diversifier leurs investissements sur les marchés de capitaux.

(3) On dit encore que le risque est nécessaire pour gagner du profit (*earn the return*). Ainsi, il serait désirable d'encourager les décideurs sociétaires de prendre des risques. Or, on considère généralement que la peur de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle du dirigeant décourage la prise de risque. C'est pourquoi, on dit qu'il doit y avoir une protection contre la responsabilité comme la *business judgment rule*. La règle est ainsi un encouragement à la prise de risque. Cependant, il est contre-argumenté qu'il ne doit pas y avoir de protection contre la responsabilité d'un vendeur qui vend les matériaux au-dessous des standards parce que l'on briserait ainsi son esprit d'entrepreneur. En outre, les recherches empiriques ont prouvé que la *business judgment rule* peut avoir des effets différents sur les différentes sociétés en fonction de leurs caractéristiques.

(4) Un dirigeant qui commet une erreur relative aux affaires de la société, par exemple, sur les conditions économiques, etc., en sera responsable très rarement. La *business judgment rule* est présentée en tant que reconnaissance d'un droit à l'erreur.

(5) Il est également dit que les affaires sont risquées et que la qualité de la décision d'affaires souvent ne peut pas être jugée par les résultats. Or, la responsabilité personnelle pour la décision qui produit de mauvais résultats empêchera d'assurer les fonctions sociétaires par des personnes expérimentées et compétentes. Donc, la *business judgment rule*, en éliminant la peur de la responsabilité personnelle, promeut la sélection de personnes compétentes, diligentes et prudentes aux fonctions sociétaires. Cependant, il est contre-argumenté notamment que la responsabilité civile des docteurs de médecine dont la justesse des décisions ne se juge pas toujours par les résultats, ne décourage pas les personnes compétentes de poursuivre la carrière médicale.

(6) La séparation de propriété et de contrôle crée des coûts d'agence. Il est dit qu'à côté de la *business judgment rule*, les autres mécanismes permettent de réduire ces

coûts, notamment les codes de bonne conduite, les initiatives économiques et la pression des actionnaires, l'attention à la réputation des dirigeants, l'indépendance du conseil des directeurs, le journalisme d'affaires, etc[58].

Bien que la *business judgment rule* puisse être justifiée, il faut souligner que des arguments juridiques et économiques en faveur de la *business judgment rule* sont contredits par des arguments théoriques et empiriques.

17. Autres mises en œuvre de la responsabilité des dirigeants. — En droit des sociétés aux Etats-Unis, il y a d'autres examens judiciaires (*judicial reviews*) que la *business judgment rule*, à savoir l'*entire fairness* (« entière justice ») et l'*enhanced business judgment rule* (« règle du jugement sur l'affaire renforcée »).

Dans le cadre de l'*entire fairness*, le juge vérifie la justice de la procédure (*fair procedure*) et la justice du prix d'achat (*fair price*). Ce type d'examen judiciaire (*judicial review*) s'applique en cas de conflit d'intérêts ou en cas d'inapplication de la *business judgment rule*.

L'*enhanced business judgment rule* comprend les trois contrôles judiciaires. Dans le cadre du premier contrôle judiciaire de la jurisprudence Unocal/Unitrin, le juge vérifie la « raisonnabilité » et la proportionnalité de la décision des dirigeants. Ce type s'applique en cas de prise de contrôle. Dans le cadre du deuxième contrôle judiciaire de la jurisprudence Revlon, le juge vérifie si le meilleur prix a été obtenu. Ce type s'applique en cas de vente de la société. Dans le cadre du troisième contrôle judiciaire de la jurisprudence Blasius, le juge vérifie s'il y a eu une très forte justification pour la décision limitant le droit de vote des actionnaires. Ce type s'applique en cas d'empêchement du droit de vote des actionnaires.

On voit que dans le cadre de ces différents examens judiciaires, le juge statue, par des degrés différents, sur les mérites de la décision. Les conditions et les effets d'application de ces différents examens judiciaires ne sont pas clairement définis.

18. Autres limitations à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. — A côté de la *business judgment rule*, il existe d'autres limitations à la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants. Ces limitations peuvent être relatives aux

[58] Voir l'Annexe n°I.27.

conditions de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants (l'absence de dommage, l'absence de lien de causalité, la ratification, la limitation contractuelle et législative) et aussi aux effets de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants (l'indemnisation, l'assurance).

19. Intérêt de la recherche des formulations de la *business judgment rule* pour le droit américain. — Dans le cadre du régime de la *business judgment rule*, il y a un grand nombre de questions qui se posent. Pour proposer les réponses à ces questions, il faut connaître ce qu'est la *business judgment rule*, autrement dit, il faut connaître toutes les formulations de la *business judgment rule*.

20. *Business judgment rule* et le droit français. — La législation française, ainsi que la jurisprudence française n'emploient ni l'expression explicite *business judgment rule* ni sa traduction[59]. Cependant, certains auteurs considèrent que la jurisprudence française semble parfois s'inspirer de la *business judgment rule*[60] ou appliquer la *business judgment rule*[61]. Cette opinion n'est pas sans équivoque[62].

---

[59] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°914, p. 303 : « Règle du *business judgment rule* en droit français. », p. 303 : « [L]e législateur n'entend pas pour l'heure introduire en droit positif la règle du *business judgment rule*. »

[60] S. MESSAI-BAHRI, *ibid.*: « [L]a jurisprudence semble parfois s'en inspirer pour apprécier les comportements des dirigeants. » Note 1460. CA Versailles, 17 mars 1998, Rev. sociétés 1998, p. 828, obs. Y. GUYON ; RJ com. 1999, p. 331, obs. F. MAURY ».

[61] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°90 et ss., en particulier, n°113, p. 67 et ss., bb. L'application envisageable de la règle de bon sens commercial en droit français : « […] De plus, la jurisprudence française reconnaît dès à présent un droit à l'erreur aux dirigeants qui ont agi de manière informée, prudente et diligente. […]. » ; B. DONDERO, *Responsabilité du dirigeant à l'égard de la société : pas de business judgment rule à la française ?*, Gazette du Palais, 12 mai 2015, n°132, p. 19 : « Les juridictions françaises font régulièrement application de cette règle [la *business judgment rule*], sans le dire expressément d'ailleurs […] ».

[62] A propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 janvier 1995 (Cass. com., 20 janv. 2015, no 1327189, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00051, M. X c/ Sté Babylone) v. B. DONDERO, *ibid.*: « mais cette approche [la *business judgment rule*] n'a pas séduit la chambre commerciale de la Cour de cassation au cas présent ».

21. *Business judgment rule* à la française ?[63] — Les éléments de la *business judgment rule* semblent se retrouver dans les décisions judiciaires et constitutionnelles suivantes :

(1) La cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 21 janvier 1991, a décidé que l'opposition aux deux augmentations de capital a constitué un abus de minorité et que son arrêt valait adoption de la résolution qui n'avait pas pu être votée. Cependant, elle a refusé de fixer le montant de l'augmentation de capital en estimant qu'elle n'a pas à s'immiscer dans le fonctionnement de la société ou à se substituer à la volonté des associés. Dans tous les cas, la pratique du jugement valant acte a constitué déjà un risque d'immixtion du juge dans la gestion sociale.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt *Flandin* du 9 mars 1993[64], a décidé que seulement la première opposition à l'augmentation du capital a constitué un abus de minorité en mentionnant que l'augmentation du capital était légalement requise et nécessaire à la survie de la société. Aussi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que l'arrêt de la cour d'appel ne valait pas « adoption de la résolution tendant à l'augmentation du capital demandée laquelle n'a pu être votée faute de majorité qualifiée, alors qu'il ne peut se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens de décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des actionnaires. »

Cependant, si le mandataire *ad hoc* vote dans le sens exprimé par le juge, il devient celui qui représente l'avis du juge dans la gestion sociale et le met en place, tout en dépossédant l'actionnaire de son droit de vote. Ainsi, tout en condamnant la solution du jugement valant acte, la solution retenue par la Cour de cassation peut arriver au même résultat.

---

[63] Ce titre est inspiré de l'article de Monsieur le Professeur B. DONDERO v. B. DONDERO, *Responsabilité du dirigeant à l'égard de la société: pas de business judgment rule à la française ?*, *op. cit.*

[64] Cass. com., 9. mars 1993, Flandin, JCP E, II, 448, note A. VIANDIER ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note P. MERLE.

(2) Dans l'arrêt du 13 juin 2000, la cour d'appel de Rouen a approuvé le juge des référés d'avoir caractérisé un abus de minorité, d'avoir chargé un mandataire *ad hoc* de représenter l'associé minoritaire lors de l'assemblée suivante et de voter en lieu et place de celui-ci en vue du transfert de siège social[65]. La solution retenue crée un certain « risque d'immixtion du juge dans la vie sociale car il est évident que le mandataire ad hoc ne pourra que voter dans le sens de la décision paralysée par l'obstruction du minoritaire ».

(3) La cour d'appel de Versailles, dans l'arrêt du 11 juin 1998, infirme le jugement déféré et déboute la SA Holdor de toutes ses prétentions indemnitaires dirigées contre son ancien président et également co-fondateur M. Fondeur[66]. Dans cet arrêt, la cour a posé « que les juridictions n'étant pas juges de l'opportunité des décisions de gestion, les fautes potentielles perpétrées à cet égard par le président du conseil d'administration doivent être appréciées en fonction de la régularité du processus ayant conduit à l'adoption de ces décisions, de leur caractère non anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute entreprise, et du contrôle de son action incombant au conseil d'administration, lequel est aussi investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société […]. » La cour a, en l'espèce, estimé que la responsabilité du président ne devait pas être retenue[67].

La cour d'appel de Versailles rappelle les solutions anciennes. Le juge ne s'immisce pas dans la gestion de la société (le principe de non-immixtion du juge dans la gestion de la société). Le juge ne se substitue pas aux dirigeants[68]. Le juge n'apprécie pas

---

[65] CA Rouen, 13 juin 2000, SARL Net Informatique c/ Guillome ; Dr. sociétés 2001, comm. n°147, note F.-X. LUCAS.

[66] CA Versailles 12e ch. 2e sect., 11 juin 1998, n°346/96, Fondeur c/ SA Holder.

[67] Rev. Sociétés 1998, Sommaire de Jurisprudence, p. 828.

[68] L'auteur rappelle le principe que l'arrêt ne vaut pas vote, mais remarque que le mandataire *ad hoc* votera très souvent dans le même sens que l'avis exprimé par le juge. v. S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°163. V. aussi Note 300 : Cass. com., 9. mars 1993, Flandin, JCP E, II, 448, note A. VIANDIER ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note P. MERLE. V. aussi Note 301 : v. CA Rouen, 13 juin 2000 : Dr.

l'opportunité d'une décision de gestion[69]. Le juge se limite à apprécier le processus de décision de gestion[70]. La jurisprudence française reconnaît un droit à l'erreur aux dirigeants[71]. Le mauvais état des affaires sociales ne permet pas de présumer la faute de gestion[72]. Le juge exerce un contrôle judiciaire formel. Il se situe au moment où la décision a été prise. Il tient compte des risques générés par la gestion de la société[73], ainsi que de la liberté de choix « entre diverses solutions possibles »[74].

(4) Dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 21 septembre 2004, Sté Museum Partner LLP Delaware et autres c/ Consorts Y. et autres, les quatre fonds d'investissements américains, actionnaires minoritaires d'une société française, la société du Louvre, ont exercé l'action *ut singuli*. En rejetant le pourvoi en cassation formé par les demandeurs, la chambre commerciale de la Cour

---

sociétés 2001, comm. n°147, note F.-X. LUCAS ; B. DONDERO, *Du contrôle (par la Cour de cassation) du contrôle (en droit des sociétés), et de la responsabilité des dirigeants sociaux*, Bulletin Joly Sociétés, 1 déc. 2004 n°12, p. 1480. Note 8 : Rapp. J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO in Lamy Sociétés commerciales, 2004, n°1365, qui relèvent que le juge n'intervient dans la vie sociétaire « de façon générale avec réserve et modération, pour ne pas substituer son propre gouvernement à celui des associés ».

[69] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°163. V. aussi Note 299 : CA Paris, 22 mai 1965, D. 1968, jur. p. 147, note R. CONTIN.-R. CONTIN, *L'arrêt Freuhauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, chr., p. 45 ; v. aussi B. LE BARS. Rép. sociétés Dalloz, v°*Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, n°36 ; cet auteur cite les arrêts : CA Versailles, 17 mars 1998, Rev. sociétés 1998.828, note Y. GUYON, RJ com. 1999.331, note F. MAURY.

[70] v. B. LE BARS. Rép. sociétés Dalloz, v°*Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *ibid.*

[71] E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais.* L.G.D.J. 1998. Thèse. Dir. A. TUNC. n°363, pp. 210-211, Note 1 : TC Roubaix, 21 nov. 1979, GP n°240-241, 27-28 août 1980, p. 12 et, dans le même sens, TC Tours, 17 avril 1979, GP 1979, somm. 543. V. aussi, J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, bb. n°113, pp. 67-68.

[72] R. BAILLOD, Note – L'appréciation des fautes de gestion des dirigeants, CA 12e ch. 2e sect., 11 juin 1998, n°346/96, Fondeur c/ SA Holdor. La note n°1: « Solution ancienne : v. Cass. com., 1er avril 1968 : Bull. civ. IV, n°125 ; CA Versailles, 21 janvier 1993 : Rev. sociétés, 1993, p. 884, obs. Y. GUYON.

[73] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°164. V. aussi Note 302 : CA Versailles, 22 juin 1998, RJ com. 1999, 331, obs. F. MAURY ; CA Versailles, 17 mars 1998, Rev. sociétés 1998, p. 828, obs. Y. GUYON.

[74] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°164.

de cassation a posé que « le choix de conserver des activités diversifiées ne peut être considéré comme une faute de gestion, dès lors qu'il s'agit d'un choix stratégique dont la mise en œuvre n'a pas démontré qu'il ait été manifestement malheureux ni contraire aux intérêts de la société. »[75]

Selon Monsieur le Professeur Dondero, « la faute de gestion pouvant engager sa responsabilité [la responsabilité du dirigeant] à l'égard de la société et des actionnaires, serait ainsi une faute caractérisée, supposant que la mise en œuvre de la décision litigieuse démontre son caractère manifestement malheureux ou contraire aux intérêts de la société. Le seul fait que le choix opéré par les dirigeants a causé des pertes à la société ne saurait suffire à caractériser la faute de gestion. La qualification de « choix stratégique », retenue par la cour d'appel et reprise par la Cour de cassation, confirme cette impunité de principe de la gestion malheureuse des dirigeants. Les termes choisis laissent entendre que les juges ne s'autorisent pas, par principe à qualifier de faute de gestion une décision dont les implications pouvaient se développer, avec plus de bonheur, sur le long terme.

Se manifeste ainsi une tendance déjà remarquée chez le juge à refuser de s'immiscer dans la gestion sociale. Cette tendance ramène à refuser d'apprécier la gestion des dirigeants sociaux, sauf au cas où il ne peut faire autrement que de constater le caractère répréhensible de leurs agissements ».[76] Ce contrôle opéré par le juge est léger.

(5) Cependant, la faute de gestion peut être difficile à qualifier.[77] Elle peut aller de la simple imprudence ou négligence, par exemple du défaut de surveillance par les administrateurs du président ou du directeur général[78], à la faute intentionnelle[79], ou à

---

[75] Cass. com. 21 sept. 2004, n°1243 FD, Sté Musuem Partner LLP Delaware et autres c/ Consorts Y. et autres (cons. rapp. Betch).

[76] B. DONDERO, *Du contrôle (par la Cour de cassation) du contrôle (en droit es sociétés), et de la responsbailité des dirigeants sociaux*, *op. cit.*, p. 1480.

[77] Cour de discipline budgétaire et financière, 25 juill. 2008, France Télécom, Rev. soc. 2008, 858, note DEGOFFE (difficulté de la qualification de faute de gestion selon l'article L. 313-7-1 C. jur. fin.).

[78] Cass. com., 10 mai 1948, JCP 1949, 2, 4937, note BASTIAN ; 3 mai 1954, JCP 1954, 2, 8257, note BASTIAN ; Aix, 3 févr. 1966, JCP 1966, 2, 14861, note PERCEROU ; Paris, 4 févr. 1994, Bull. Joly 1994, 403, note PARIENTE.

l'absentéisme et aux délégations à des collaborateurs incompétents[80], ou à la déloyauté[81]. Même une opération autorisée par l'assemblée des actionnaires peut être retenue comme une faute de gestion à l'encontre des dirigeants[82].

La faute de gestion peut être une violation des obligations résultant du devoir de diligence et du devoir de loyauté[83]. La jurisprudence « ne condamne le dirigeant que dans les cas où son comportement s'écarte de celui de l'administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés commerciales ».[84]

Les dirigeants doivent agir de manière informée, prudente, diligente et active[85]. Pour se tenir informer de manière suffisante dans le cas justifié, le dirigeant peut solliciter un conseil professionnel et pour prendre une décision, ce dirigeant « doit avoir une certaine réflexion à l'égard d'un conseil donné »[86]. Le dirigeant social ne sera

---

[79] Cass. com., 7 oct. 1997, Bull. Joly 1997, 1074, DAIGRE, RTD com. 2006, 140, obs. LE CANNU, Dr. des soc. 2006, n°41, obs. HOVASSE.

[80] Cass. com., 11 juin 1991, RJDA 1991, n°852.

[81] Cass. soc., 24 févr. 1998, Rev. soc. 1998, note COQUELET ; Cass. com., 12 févr. 2002, Rev. soc. 2002, 617, note SAINTOURENS dans des hypothèses de concurrence déloyale ; Cass. com., 12 mai 2004, Bull. Joly, 2004, 1114 SCHMIDT ; 11 oct. 2005, Bull. Joly 2006, 632, note MASSART ; 28 nov. 2006, Bull. Joly 2007, 397, RTD com. 2007, 148 obs. CHAMPAUD et DANET ; 6 mai 2008, Dr. des soc. 2008, n°156, note HOVASSE ; Sur le dol, dans une cession d'actions, voy. n°1089. Aj. BAILLE-DUCLOS, JCP E 1998, 1486 ; LE NABASQUE, RTD com. 1999, 273 ; LATHELIZE-BONNEMAIZON, LPA 23 juin 2000.

[82] Cass. com., 7 oct. 1974, JCP 1975.2 18129, note GRUA ; Comp. Cass. crim., 5 nov. 1963, D. 1964, 52 ; 8 mars 1967, DS 1967, 587, note DALSACE ; Comp. pour une société civile, Cass. civ. 3è, 2 oct. 2001, Bull. Joly 2002, 265, note F.-X. LUCAS.

[83] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, bb. n°113, Note 290 : « C. Cass., Com., 7 octobre 1997, JCP E 1997, I, p. 710, note Viandier/Caussin ».

[84] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, bb. n°113, pp. 67-68 ; Note 291 : « Cf. VINEY/JOURDAIN, *op. cit.*, n°857 ».

[85] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *ibid.*; Cass. com., 21 sept. 2004, Bull. Joly 2004, 1480, note DONDERO ; Versailles, 11 juin 1998, Bull. Joly 1998, 1168.

[86] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *ibid.*, Note 292 : C. cass., Com., 29 octobre 2002, Dr. Soc. 2003, comm., p. 46, note LEGROS; Note 293 : Cf. MESSAI, *op. cit.*, n°922, C. Cass., Com., 31 janvier 1995, RJDA.

responsable que s'il prend une décision « à la légère sans réflexion préalable » ou sans « précautions nécessaires »[87].

(6) Dans une décision du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel censure la substitution de l'appréciation du juge à celle du chef d'entreprise et se réfère aux principes constitutionnels de libertés, et en particulier, de liberté d'entreprendre.
Les députés et les sénateurs requérants avaient déféré au Conseil constitutionnel la loi visant à reconquérir l'économie réelle, dite la loi Florange. En effet, la loi imposait aux entreprises *in bonis* d'au moins mille salariés ou appartenant à un groupe d'au moins mille salariés de nouvelles obligations de recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement. La loi instaurait le contrôle par le juge et une pénalité en cas de refus d'une offre de reprise sérieuse.
L'article 1er de la loi allait compléter le code de commerce en imposant, aux termes de l'article L.772-1, au tribunal de commerce d'examiner :
« 1° La conformité de la recherche aux obligations prévues par le code du travail;
2° Le caractère sérieux des offres de reprise, au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement;
3° L'existence d'un motif légitime de refus de cession, à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise ».
En outre, le nouvel article L. 773-1 était rédigé en ces termes :
« Lorsque le tribunal de commerce a jugé, en application du chapitre II du présent titre, que l'entreprise n'a pas respecté les obligations mentionnées au 1° de l'article L.772-2 ou qu'elle a refusé une offre de reprise sérieuse sans motif légitime de refus, il peut imposer le versement d'une pénalité, qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise. Le montant de la pénalité tient compte de la situation de l'entreprise et des efforts engagés par la recherche d'un repreneur […] ».
Dans la décision n°2014-692 DC du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel a invalidé, en partie, les dispositions instituant un contrôle par le juge et une pénalité en

[87] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°914 « Règle du *business judgment rule* en droit français. », p. 303.

cas de non-respect de l'obligation de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement ou en cas de refus d'une offre de reprise sérieuse.

Le Conseil constitutionnel a relevé que l'article 1er permet un refus de cession de l'établissement en cas d'offre de reprise sérieuse seulement lorsque ce refus est motivé par la « mise en péril de la poursuite de l'ensemble et l'activité de l'entreprise cessionnaire ». Il a jugé que ceci prive l'entreprise de sa capacité d'anticiper des difficultés économiques et de procéder à des arbitrages économiques.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé que la possibilité par le juge d'apprécier si une offre de reprise est sérieuse conduit à la substitution de l'appréciation du juge à celle du chef d'entreprise pour des choix économiques.

Au total, le Conseil constitutionnel a décidé que le dispositif de contrôle et de sanction d'un refus de cession porte une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi[88].

Selon Monsieur le Professeur Dondero, le « tribunal de commerce peut, même après la censure du Conseil constitutionnel, être saisi quand l'entreprise ne respecte pas les obligations susvisées ou rejette une offre sérieuse de reprise. Et il pourra rechercher si le dirigeant de l'entreprise a bien respecté les nouvelles obligations que lui impose la loi. Mais il ne pourra pas examiner, comme cela était prévu dans le texte voté au Parlement, « le caractère sérieux des offres de reprise, au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement » et « l'existence d'un motif légitime de refus de cession, à savoir la mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise ». Et les juges ne pourront pas condamner l'entreprise au versement de la pénalité qui était prévue et qui pouvait atteindre vingt fois la valeur mensuelle du SMIC par emploi supprimé

[88] « [L]'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. » Voir la décision du conseil constitutionnel n°2014-692 DC du 27 mars 2014, n°21, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2014-692-dc/decision-n-2014-692-dc-du-27-mars-2014.140367.html (le 4 mai 2015).

dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise ».[89]

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé non conforme à la Constitution le montant de la pénalité pour le non-respect de l'obligation de recherche d'un repreneur potentiel et conformes à la Constitution les dispositions contestées de l'article 8 relatif à l'information du comité d'entreprise en cas d'offre publique d'acquisition et l'article 9 relatif aux modalités de distribution d'actions gratuites.

22. « Pas de *business judgment rule* » à la française ?[90] — Les éléments de la *business judgment rule* ne semblent pas se retrouver dans les lois et décisions suivantes :

(1) En France, en cas de fusion, « il faut procéder à l'évaluation des patrimoines des sociétés concernées. »[91] Le Code de commerce, l'article L. 236-10, modifié par les lois du 3 juillet 2008 et du 4 août 2008, déclare qu'en principe, « un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice […] établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion. Les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. » Pour ne pas faire désigner un commissaire à la fusion, les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération doivent le décider à l'unanimité.

L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 1er octobre 1986 Neiman c/ SA Neiman a estimé que même si la parité d'échange des actions de la société absorbée contre celles de la société absorbante a été un peu défavorable aux actionnaires de la société absorbée, l'écart a été assurément si minime qu'il a exclu toute intention dolosive, et en tout cas trop peu significatif pour entrainer pour cette seule raison l'annulation de

---

[89] http://brunodondero.com/2014/03/27/la-loi-florange-en-partie-invalidee-par-le-conseil-constitutionnel-decision-n-2014-692-dc-du-27-mars-2014/ (le 4 mai 2015).

[90] Ce titre est inspiré de l'article de Monsieur le Professeur B. DONDERO v. B. DONDERO, Responsabilité du dirigeant à l'égard de la société: pas de business judgment rule à la française ?, *op. cit.*, n°132, p. 19.

[91] P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°1610, p. 1004.

l'opération[92].

(2) Dans l'arrêt du 20 janvier 2015[93], la chambre commerciale de la Cour de cassation statue sur la nature des fautes engageant la responsabilité du dirigeant et « l'incidence d'une diligence suffisante dans l'administration de la société. »[94]

En l'espèce, la société à responsabilité limitée Babylone, constituée en 2001, avait acquis un fonds de commerce de restauration. Le 9 juin 2001, elle avait, pour les besoins de l'exploi tation de ce fonds de commerce, conclu un « contrat de bière » avec la société Brasserie Kronenbourg en vertu duquel elle avait bénéficié d'un prêt en contrepartie de l'engagement de s'approvisionner exclusivement en bières auprès de la société désignée par le brasseur. Le 20 octobre 2003, la société Babylone a mis en location-gérance ce fonds de commerce de restauration. Or, cette mise en location-gérance n'avait pas été annoncée à la société Brasserie Kronenbourg, en violation du contrat, lequel n'avait pas été repris par le locataire-gérant. Le 9 mars 2006, la société Babylone a cédé ce fonds de commerce de restauration.

La société Brasserie Kronenbourg a assigné la société Babylone en paiement de diverses sommes en raison de l'inexécution de ses obligations contractuelles.

Un jugement rendu en première instance devenu irrévocable a condamné la SARL Babylone à payer à la société Brasserie Kronenbourg la somme de 38 112 euros à titre de « restitution d'investissement » et celle de 91 171,49 euros à titre de dommages-intérêts.

La société Babylone, tout en étant *in bonis*, a assigné l'un de ses cogérants en paiement de dommages-intérêts en lui reprochant des fautes de gestion. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 19 septembre 2013 a fait droit à cette demande en condamnant le cogérant à payer la somme de 33 910, 21 euros au motif qu'il avait

---

[92] CA Versailles, 1er oct. 1986, Neiman c/ SA M. Neiman cité par P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°1613, p. 1005 et approuvé par P. LE CANNU, Note — Fusion-absorption: Refus d'annulation du traité de fusion pour abus de majorité malgré une parité d'échange énequitable, Bulletin Joly Sociétés (BJS), 01 janvier 1987, n°1, p. 28, § 8.

[93] Cass. com., 20 janv. 2015, n°13-27189, M.X. c/ Sté Babylone, D.

[94] B. DONDERO, *Responsabilité du dirigeant à l'égard de la société: pas de business judgment rule à la française* ?, Gazette du Palais, 12 mai 2015, n°132, p. 19.

commis des fautes dans la gestion de la société Babylone. Le cogérant a formé le pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt d'appel.

Le cogérant a invoqué l'article L.223-22 du Code de commerce relatif à la responsabilité du gérant de la SARL et de l'article 1382 du Code civil relatif à la responsabilité civile délictuelle.

En premier lieu, le cogérant a soutenu qu'au regard des textes cités, sa responsabilité pour faute de gestion ne peut être engagée en raison de l'inexécution d'un contrat que si sa mauvaise gestion de la société est démontrée.

En second lieu, le cogérant a soutenu qu'au regard des textes cités, sa responsabilité pour faute de gestion ne peut pas être engagée s'il a fait preuve de diligence suffisante dans l'administration de la société. Or, il a soutenu qu'il avait fait preuve d'une diligence suffisante dans l'administration de la société, que le contrat de bière ayant été conclu au nom et dans l'intérêt de celle-ci, à qui il avait procuré un financement conséquent lui permettant de se développer, et que l'autre cogérant ayant été informé de la conclusion de ce contrat et ayant pu aussi veiller à son exécution.

Selon Monsieur le Professeur Bruno Dondero, « […] c'était l'application de la *business judgment rule* à la française que le gérant condamné tentait de faire reconnaître. La thèse soutenue par le dirigeant consistait en effet à prétendre qu'un niveau de diligence normal aurait interdit aux juges de lui reprocher la mauvaise exécution par la société du contrat conclu avec le brasseur. […] [Cette] approche n'a pas séduit la chambre commerciale de la Cour de cassation au cas présent. »

En rejetant le pourvoi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a noté que la SARL Babylone n'a jamais exécuté le contrat signé par le premier cogérant et exécuté par le brasseur et par conséquent, le premier cogérant avait commis des fautes dans la gestion de la SARL Babylone.

23. Intérêt de la recherche des formulations de la *business judgment rule* pour le droit français. — En résumé, la question qui se pose est de savoir si la législation et la jurisprudence françaises font application de la *business judgment rule* américaine.

D'une part, dans la législation et la jurisprudence françaises, on peut retrouver la majorité des éléments de la *business judgment rule* américaine. En droit français des

sociétés, les faits générateurs de responsabilité personnelle des dirigeants sont, entre autres, la fraude, l'illégalité, la contrariété à l'intérêt de la société, l'absence de loyauté, de soin, de prudence, de diligence, d'information, l'abus des pouvoirs, l'abus des biens sociaux, etc. De même, en droit américain des sociétés, si l'un de ces éléments énumérés est présent, la *business judgment rule* américaine ne s'applique pas. De plus, la jurisprudence française admet une marge d'erreur, pose la non-immixtion du juge dans les affaires sociales, ne permet pas de substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise, se concentre sur le processus de décision, etc.

D'autre part, la législation et la jurisprudence françaises n'adoptent pas exactement l'approche de la *business judgment rule* américaine. En droit français, on n'opère pas une distinction entre les différents niveaux de contrôles judiciaires comme la *business judgment rule*, l'*enhanced business judgment rule* et l'*entire fairness*. Les juges français n'énumèrent pas les conditions qui leur permettent de ne pas statuer, par exemple, sur la justice de la parité de fusion. La diligence dans l'administration de la société ne constitue pas une immunité contre la mise en œuvre de la responsabilité d'un dirigeant en cas d'une inexécution d'un contrat signé par lui. La jurisprudence française ne reconnaît pas une présomption explicite relative, par exemple, à la décision du conseil d'administration. Conformément au droit commun, la faute des dirigeants doit être établie par le demandeur[95].

Bref, la réponse à la question si la législation et la jurisprudence françaises font application de la *business judgment rule* américaine est nuancée.

En matière de responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société, des associés/actionnaires et des tiers, le droit français propose des solutions qui contiennent les éléments similaires, mais aussi différents par rapport à l'approche de la *business judgment rule* américaine. Cependant, pour répondre, plus précisément à la question posée, il faut connaître ce qu'est la *business judgment rule* américaine exactement.

[95] P. LE CANNU, B. DONDERO, Droit des sociétés, 4e ed.Montchrestien, Lextenso (2012), no474, p. 298.

24. Intérêt de la recherche des formulations de la *business judgment rule* pour le droit étranger. — La question de la *business judgment rule* est analysée en droit dans un certain nombre de pays, notamment au Royaume-Uni, Canada[96], Australie[97], Espagne[98], Suisse[99], Autriche, Allemagne[100].

Les formulations de la *business judgment rule* varient selon les sources et selon les pays. Les différences sont non seulement linguistiques[101], mais aussi substantielles[102]. Vu l'obscurité et l'importance de la *business judgment rule*, il importe d'éclairer et de simplifier la matière[103].

25. Pléthore de sources sur la *business judgment rule.* — Pour le faire, il faut étudier, en détail, les sources de la *business judgment rule*. Or, la *business judgment rule* est traitée par (1) la jurisprudence (*case law*) ; (2) le droit écrit

[96] http://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=3635 (le 14 mars 2015).

[97] V. l'Annexe n°8.

[98] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545 (le 14 mars 2015).

[99] http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=f91660c6-3370-4cd8-9aa3-c37a853dd60d (le 14 mars 2015).

[100] http://www.freshfields.com/en/knowledge/International_Corporate_Governance_Autumn_2014_Austria/ (le 14 mars 2015).

[101] Le même élément reçoit différentes qualifications. Par exemple la *business judgment rule* est qualifiée de : (1) règle (*rule*) ; (2) principe (*principle*) ; (3) présomption (*presumption*) ; (4) *safe harbour* ; (5) concept ; (6) doctrine ; (7) défense (*defense*) ; (8) *standard of review* ; (9) *standard of conduct* indirect.

[102] Aux Etats Unis, les différences substantielles concernent les conditions et les effets de la *business judgment rule*. Il n'est pas définitivement tranché quels éléments constituent des conditions d'application de la *business judgment rule*, par exemple, le débat existe si la *business judgment rule* s'applique en cas d'absence d'abus de discrétion (*lack of abuse of discretion*); en cas d'absence d'abus flagrant du prix (*no gross abuse of price*); en cas d'indépendance des auteurs de la décision; en cas d'absence de faute simple (*simple negligence*) ou en cas d'absence de faute lourde/grossière (*gross negligence*). De même, le débat existe sur les effets d'application de la « règle », et, en particulier, sur l'étendue de l'examen jurisprudentiel.

[103] Cf. A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, n°77, p. 137: « Peut-être les Principles parviendront-ils à apporter à la matière la clarté désirable et à bien délimiter son domaine».

incitatif (*soft law*) et (3) le droit écrit contraignant (*hard law*) ; (4) la doctrine (*law scholarship*) et (5) la pratique des affaires (*business law practice*)[104].

26. Sources principales. — La jurisprudence et le « droit écrit » constituent deux sources principales de la *business judgment rule*. Il s'agit ainsi des sources prétoriennes et des sources codifiées de la *business judgment rule*.

27. Sources complémentaires. — La doctrine et la pratique des affaires constituent deux sources complémentaires de la *business judgment rule*.

D'une part, c'est-à-dire d'un côté passif, ces sources complémentaires font référence directement ou indirectement aux sources principales.

D'autre part, c'est-à-dire d'un côté actif, ces sources complémentaires exercent une influence sur les sources principales, par exemple, (1) la doctrine relative à la *business judgment rule* était reprise, expressément, mais aussi implicitement, par la jurisprudence[105] ; (2) le milieu des affaires et le milieu des avocats ont exercé une pression sur l'*American Law Institute* (*ALI*) lors de l'élaboration des *Principles of Corporate Governance*[106].

---

[104] Sur la *business judgment rule* américaine v. Model Business Corporation Act, dans Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), Official Comment under §8.31, p. 840 [8-66] : « The business judgment concept has been employed in countless legal decisions and is a topic that has received a great deal of scholarly attention ».

La bibliographie relative à la *business judgment rule* est immense. Voir l'Annexe, n°9.1.1.

[105] En ce qui concerne l'influence de la doctrine sur la jurisprudence. Voir l'Annexe n°9.1.2.

[106] En ce qui concerne l'influence du milieu des affaires sur le droit écrit incitatif, par exemple, l'*American Law Institute* (*ALI*) a signalé que le milieu des affaires exerça une pression sur l'Institut et ses membres qui élaborèrent les *Principles of Corporate Governance* dans v. (1) R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, 41 Bus. Law. 1195 (1986) ; (2) R. B. PERKINS, *The Genesis and Goals of the ALI Corporate Governance Project*, 8 Cardozo L. Rev. 661-685 (1986-1987) ; (3) R. B. PERKINS, *Thanks, Myths, and Reality*, 48 Bus. Law. 1313-1317 (1992-1993) ; (4) R. B. PERKINS, *Director's Foreword, dans Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*.

En ce qui concerne l'influence des avocats sur le droit écrit incitatif, par exemple, (1) les avocats-membres de l'*American Bar Association* (*ABA*) participaient dans l'élaboration et dans la mise à jour du *Model Business Corporation Act* et du *Corporate Director's Guidebook* ; (2) les avocats-membres

28. Annonce de plan. — Dans une première partie, on recherchera et on étudiera la *business judgment rule* dans la jurisprudence (première partie) et dans une seconde partie on étudiera la *business judgment rule* dans le « droit écrit » (seconde partie).

Première Partie— À la recherche de la *business judgment rule* dans la jurisprudence

Seconde Partie — À la recherche de la *business judgment rule* dans les codifications

---

de l'*American Law Institute* (*ALI*) ont participé dans l'élaboration des *Principles of Corporate Goverance*. Pour plus de détails, v. Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, § 1, I et II. v. aussi A.TUNC, Le droit américain des sociétés anonymes (Economica 1985), n°6, pp. 11-12 ; (3) les avocats-membres du comité *ad hoc*, *CORPRO*, ont exercé une influence sur l'*American Law Institute* (*ALI*) et sur son *Corporate Governance Project*, c'est-à-dire sur les *Principles of Corporate Goverance*. V. E. GOLDSTEIN, CORPRO, *A Committee That Became an Institution*, 48 Bus. Law. 1333 (1993). Pour plus de détails, v. Partie II, Titre I, Chapitre 2.

PREMIERE PARTIE
A LA RECHERCHE DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LA JURISPRUDENCE

29. Notions prétoriennes – recherches empiriques. — Il est admis que les juges inventèrent et développèrent la *business judgment rule* et que la *business judgment rule* trouve son origine dans la *common law*[107].

Pour découvrir ce qu'il convient de comprendre par l'expression la *business judgment rule*, on recherchera et examinera les décisions judiciaires relatives aux pouvoirs et devoirs des dirigeants sociaux dans le contexte de leur responsabilité personnelle à l'égard de la société, des actionnaires et des tiers[108].

---

[107] Model Business Corporation Act, dans Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), p. 835 : « [The business judgment rule is] deeply rooted in the case law » ; Model Business Corporation Act, dans Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), p. 839, « Note on the Business Judgment Rule » : « Over the years, the courts have developed a broad *common law* concept geared to business judgment. » ; *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, available on westlaw [ALI-CORPGOV] (Current through August 2012), « Comment to § 4.01(c) (a), a. Comparison with present law.: […] The business judgment rule has been developed by courts and is well established in the case law. » ; W. M. FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the Law of Corporations* (2012), *op. cit.*, § 1036, confirme que :« The business judgment rule is a common-law[FN1] standard of judicial review [FN2] designed to protect the wide latitude conferred on a board of directors in handling the affairs of the corporate enterprise.[FN3] » [FN1] United States: Resolution Trust Corp. v. Dean, 854 F Supp 626 (D Ariz 1994) (applying Arizona law); Federal Deposit Ins. Corp. v. Stahl, 854 F Supp 1565 (SD Fla 1994). Alaska: Henrichs v. Chugach Alaska Corp., 250 P3d 531 (Alaska 2011). For an expanded analysis of this case see 29 N°6 Fletcher Corp Law Adviser 4. Arizona: Resolution Trust Corp. v. Dean, 854 F Supp 626 (D Ariz 1994); California: Lamden v. La Jolla Shores Clubdominium Homeowners Ass'n, 21 Cal 4th 249, 87 Cal Rptr 2d 237, 980 P2d 940 (1999); Lee v. Interinsurance Exchange, 50 Cal App 4th 694, 57 Cal Rptr 2d 798 (1996). Delaware: Paramount Communications v. QVC Network, 637 A2d 34 (Del 1993); Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc., 818 A2d 914 (Del 2003). Illinois: Selcke v. Bove, 258 Ill App 3d 932, 629 NE2d 747 (1994); Ohio: Koos v. Cent. Ohio Cellular, Inc., 94 Ohio App 3d 579, 641 NE2d 265 (1994) ».

[108] Sources : les arrêts seront recherchés (1) dans les autres arrêts et dans la doctrine ; (2) ainsi que dans

30. Annonce de plan. — On présentera l'histoire prétorienne de la *business judgment rule*, sa genèse (Titre 1) et son développement (Titre 2).

Titre 1 — La genèse de la *business judgment rule* (1742-1945)

Titre 2 — Le développement de la *business judgment rule* (1945-2013)

---

les recherches indépendantes (surtout, dans la base de données *Westlaw International*).

TITRE 1
LA GENESE DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* (1742-1945)

31. Plan. — Selon la doctrine américaine, la genèse de la *business judgment rule* se trouve dans la jurisprudence anglaise (Chapitre 1), ainsi que dans la jurisprudence américaine (Chapitre 2)[109].

Il existe un lien de référence entre certains des arrêts américains et anglais, les arrêts américains renvoyant aux arrêts anglais[110].

---

[109] Il s'agit, surtout, de la doctrine américaine publiée à partir des années 1979/1980.

v. S.S. ARSHT, *The Business Judgment Rule Revisited*, 8 Hofstra L. Rev. 93 (1979), p. 93, Note 1: « See, par exemple, Smith v. Prattville Mfg. Co., 29 Ala. 503 (1857) ; Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847) ; Percy v. Milaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) ; Hodges v. New England Screw Co., 1 R.I. 312 (1850). » ; G. P. KUSHNER, *A Survey of the Ohio Courts' Application of the Business Judgment Rule – Fortifying the Shield for Corporate Directors*, 15 U. Dayton L. Rev. 511 1989-1990, Note 1: « See Sims v. Street R.R., 37 Ohio St. 556 (1882); Wadsworth v. Davis, 13 Ohio St. 123, 131 (1862) (« when [the judgment of the director is] exercised in good faith, those whom they represent, must, of course, be bound thereby. »); Rice v. Wheeling Dollar Say. & Trust Co., 71 Ohio L. Abs. 205, 130 N.E.2d 442 (C.P. 1954), affid in part and rev'd in part on other grounds, 163 Ohio St. 606, 128 N.E.2d 16 (1955) ; Roderick v. Canton Hog Ranch Co., 46 Ohio App. 475, 189 N.E. 669 (1933). »; D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*, *op. cit.*, p. 9 : « The development of the business judgment rule as a principle of American jurisprudence can be traced back almost 175 years to an 1829 decision by the Louisian Supreme Court, Percy v. Millaudon. » FN 36: Percy v. Millaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La.1829). D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*, *ibid*., p. 9 et ss. citent les autres arrêts américains: (1) Goodbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (Ala. 1847) ; (2) Hodges v. New England Screw Co., 1 R.I. 312 (R.I. 1850) ; (3) Spering's Appeal, 71 Pa. 11 (Pa. Jan. 10, 1872) ; (4) Watt's Appeal, 78 Pa. 370 (1874); (5) Politz v. Wabash R.R. Co., 207 N.Y. 113, 100 N.E. 721 (1912).

[110] (1) Godbold v. the Branch Bank at Mobile, 11 Ala. 191, 1847 WL 159 (7) (January 1847) cite un arrêt anglais Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555 ; (2) Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, (9), 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa., 1872) cite un autre arrêt anglais Turquard v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise (1742-1945)

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1823-1945)

CHAPITRE 1
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
DANS LA JURISPRUDENCE ANGLAISE (1742-1945)

32. Droit anglais (*English Law*). — Le droit anglais est un droit jurisprudentiel (*case-law*) créé et développé par les juges (*judge-made law*), qui comprend les règles de la *common law* et celles de l'*equity* [111].

33. Règles de la *common law* (*Rules of Common law*). — Le terme *common law* provient du terme franco-normand la *commune ley* et signifie le droit commun à toute l'Angleterre[112]. Ce droit était élaboré par les cours royales de justice (*King's Courts*) : la Cour de Plaids Communs (*Court of Common Pleas*) ; la Cour du Banc du Roi (*Court of King's Bench*) et la Cour de l'Echiquier (*Court of Exchequer*), pendant des siècles qui ont suivi la conquête normande (après la victoire de Guillaume le Conquérant dans la bataille de Hastings en 1066). Ces juridictions ont été compétentes pour les affaires relatives à la propriété foncière et les affaires relatives à la possession des immeubles, les affaires criminelles graves relatives à la paix du royaume et les affaires relatives aux finances royales[113].

Les règles et les procédures de la *common law* sont devenues formelles et strictes, et par conséquent, injustes. Par exemple, la nécessité d'un *writ* (une forme existante

---

[111] Le droit anglais reste le droit jurisprudentiel, même si la loi (*statute*) est une source égale du droit, à côté de la jurisprudence, en particulier, la loi est présente en droit des sociétés et en droit des marchés financiers. v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains* (Dalloz, 11ème éd. 2002), n°275 s., p. 271; n°297 s., p. 287; n°311, p. 296 et en general v. Chapitre 3 sur les sources du droit anglais, n°275-315, pp. 271-299; A.J. BULLIER, *La common law* (Dalloz, Connaissance du droit, 3e éd. 2012), pp. 1-15; *Oxford Companion to Law*, ed. D.M. WALKER (Oxford University Press, USA, 1980); *Black's Law Dictionary* (B. A. GARNER ed., West, Thomson Reuters, 9th ed. 2009).

[112] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°214 s., p. 223 et n°220, p. 227; A.J. BULLIER, *La common law*, *op. cit*., pp. 1-15, p. 11; *Black's Law Dictionary*, *op.cit.*: « Law French : la commen ley ».

[113] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°214 s., p. 223; n°220, p. 227; n°221, p. 228; n°275, p. 271; n°230, p. 235.

d'une action) ou la limitation aux dommages-intérêts des remèdes en raison de la violation d'un contrat.

34. Règles de l'equity (*Rules of Equity*). — Pour lutter contre l'injustice causée par les formalités et les restrictions des règles et des procédures de la *common law*, il a été demandé au roi de rendre justice directement.

Depuis au moins 1474, le chancelier (*Chancellor*) du roi a rendu des décisions de justice en son nom propre. La fonction du chancelier a été exercée, notamment[114], (1) entre 1515-1529, par Thomas le Cardinal Wolsey[115] ; (2) entre 1529-1532, par Sir Thomas More, le premier chancelier qui n'a pas été un ecclésiastique[116] ; (3) entre 1596-1617, par Thomas Eagerton[117] ; (4) entre 1618-1621, par Sir Francis Bacon[118] ;

---

[114] WALKER & WALKER, *op. cit.*, pp. 42-44 ; *Oxford Dictionary National Biorgraphy* : « Lord chancellors of England and Great Britain (1060s–2009) » ; W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *A Short History of the Delaware Court of Chancery 1792-1992 dans Court of Chancery of the State of Delaware –1792-1992, a publication of the Bicentennial Commemoration Committee of the Historical Society for the Court of Chancery of the State of Delaware*, accessible sur http://courts.delaware.gov/chancery/history.stm (la dernière visite le 15 mai 2013).

[115] S. M. JACK, Wolsey, Thomas (1470/71–1530) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, ed. by H. C. G. MATTHEW et B. HARRISON. Oxford: OUP, 2004. Online ed., edited by Lawrence Goldman, January 2012, accessible http://www.oxforddnb.com/view/article/29854 (la dernière visite: le 4 février 2014).

[116] On peut noter que Thomas More (1478-1535) a été béatifié et canonisé par l'Eglise catholique romaine en 1886 et en 1935 respectivement. Le pape Jean Paul II (1920-2005) dans la Lettre Apostolique en forme de Motu Proprio en date du 31 octobre 2000 proclama saint Thomas More patron des responsables de gouvernement et des hommes politiques, v. http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu proprio_20001031_thomas-more_fr.html (la dernière visite: le 16 avril 2013).

v. aussi S.B. HOUSE, More, Sir Thomas (1478–1535) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, *op. cit.*

[117] J. H. BAKER, Egerton, Thomas, first Viscount Brackley (1540–1617) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, *op. cit.*

[118] M. PELTONEN, Bacon, Francis, Viscount St Alban (1561–1626) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, *op. cit.*

(5) entre 1673-1682, par Heneage Finch[119] et (6) entre 1737-1756, par Philip Yorke[120].

Depuis, au moins le XV^{è} siècle, la cour de la chancellerie (*court of chancery*) a élaboré les règles de l'*equity* sur le fondement de justice[121]. Cette justice s'est exprimée dans les célèbres maximes de l'*equity*, par exemple,

(1) « equity does not suffer a wrong to be without a remedy » ;

(2) « he who comes to equity must come with clean hands » ;

(3) « equity looks on that as done which ought to be done » ;

(4) « equity looks to the intent and not to the form » ;

(5) « equity acts in personam »[122].

Les règles de l'*equity* ont reconnu de nouveaux droits et ont accordé de nouveaux remèdes[123]. L'exemple d'un droit reconnu par l'equity est le *trust*[124]. Les exemples

---

[119] D.E.C. Yale, Finch, Heneage, first earl of Nottingham (1621–1682) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, *op. cit.*

[120] P. D.G. Thomas, Yorke, Philip, first earl of Hardwicke (1690–1764) dans *Oxford Dictionary of National Biography*, *op. cit.*

[121] *Black's Law Dictionary*, *op. cit.* : « Equity : 1. Fairness; impartiality; evenhanded dealing […]. » ; WALKER & WALKER, *op. cit.*, p. 43, p. 47 cite Lord Dudley v. The Lady Dowager Dudley [1705], 24 E.R. 118, 119. Dans cet arrêt, rendu par la Cour de la chancellerie (*Court of Chancery*), Lord Cowper a dit: « Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour, hardness, and edge of the law, and is an universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak in the constitution (which is the life of the law) and defends the law from crafty evasions, delusions, and new subtilties, invented and contrived to evade and delude the *common law*, whereby such as have undoubted right are made remediless; and this is the office of equity, to support and protect the *common law* from shifts and crafty contrivances against the justice of the law. Equity therefore does not destroy the law, nor create it, but assist it. ».

[122] WALKER & WALKER, *op. cit.*, p. 48.

[123] Dans Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112, 134 – le 18 avril 1868, la cour de la chancellerie dans les mots de Lord Romilly a cité Wallworth v Holt [1841] 4 My. & C. 619, 635-636. Dans Wallworth v Holt, la cour de la chancellerie, dans les mots de Lord Chancelier Cottenham a dit : « I think it the duty of this Court to adapt its practice and course of proceeding to the existing state of society, and not by too strict an adherence to forms and rules, established under different circumstances, to decline to administer justice, and to enforce rights for which there is no other remedy. This has always been the principle of this Court, though not at all times sufficiently attended to. It is the ground upon which the Court has, in many cases, dispensed with the presence of parties who would, [636] according to the general practice, have been necessary parties. »

des remèdes accordés par l'*equity* sont (1) l'injonction[125] ; (2) l'exécution forcée (*specific performance*)[126] ; (3) la rectification[127] ; (4) la rescision[128].

Il est souvent dit que dans l'*equity*, le juge a rendu les décisions discrétionnairement et conformément à sa « conscience »[129]. Cependant, depuis la première moitié du XIX^{è} siècle, la règle du précédent s'est établie avec rigueur non seulement dans le domaine de la *common law stricto sensu*, mais aussi dans le domaine de l'*equity*[130].

35. Règle du précédent (*Rule of Precedent*). — Selon la règle du précédent (*rule of precedence*), autrement dit *stare decis*, les juges sont obligés de respecter les règles

---

[124] Restatements (Third) Trusts, § 2 (2003) v. A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, *op. cit*., n°190, p. 139, note 88. Voir l'Annexe n°1.1.1. Pour d'autre définitions v., par exemple, WALKER & WALKER, *op. cit.*, pp. 49-51 ; *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*

[125] Pour définition v. G. CORNU, Vocabulaire juridique (PUF Quadrige 2002) ; WALKER & WALKER, *op. cit.*, pp. 51-52 ; Black's Law Dictionary, *op. cit.*

[126] v. G. CORNU, *op. cit.*; WALKER & WALKER, *op. cit.*, pp. 53-54 ; Black's Law Dictionary, *op. cit.*

[127] v. G. CORNU, *op. cit.*; WALKER & WALKER, *op. cit.*, p. 54 ; Black's Law Dictionary, *op. cit.*

[128] v. G. CORNU, *op. cit.*; WALKER & WALKER, *op. cit.*, pp. 54-55 ; Black's Law Dictionary, *op. cit.*

[129] V. Selden , *Table Talk* : « Equity is a roguish thing: for law we have a measure, know what to trust to; equity is according to the conscience of him that is Chancellor, and as that is larger or narrower, so is equity. 'Tis all one, as if they should make his foot the standard for the measure we call a Chancellor's foot; what an uncertain measure would this be! One Chancellor has a long foot, another a short foot, a third an indifferent foot; 'tis the same thing in the Chancellor's conscience.» cité par Ann Paxton Gee v William Pritchard and William Anderson, 36 E.R. 670, 674, 2 Swanston 402, 414 (Court of Chancery, 28 July 1818), Lord Chancellor (Lord Eldon), note 1.

[130] Ann Paxton Gee v William Pritchard and William Anderson [1818] 36 E.R. 670, 674, 2 Swanston 402, 414, Court of Chancery, Lord Chancellor (Lord Eldon) a dit : « The doctrines of this Court ought to be as well settled and made as uniform almost as those of the *common law*, laying down fixed principles, but taking care that they are to be applied according to the circumstances of each case. I cannot agree that the doctrines of this Court are to be changed with every succeeding judge. Nothing would inflict on me greater pain, in quitting this place, than the recollection that I had done any thing to justify the reproach that the equity of this Court varies like the Chancellor's foot. » ; Aussi v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op*. *cit*., n°292, p. 285.

de droit posées par leurs prédécesseurs et les juges des juridictions supérieures dans les affaires similaires.

La règle s'applique au *ratio decidendi* de la décision, c'est-à-dire à la raison pour laquelle le juge rend la décision, son support nécessaire, son motif déterminant.

Elle ne s'applique pas à l'*obiter dictum*, c'est-à-dire aux « choses dites en passant », à l'opinion accessoire qui a une valeur de persuasion.

Le juge n'indique pas le *ratio decidendi* de la décision. Il est déterminée par un juge statuant ultérieurement. Ce dernier détermine les faits de l'espèce qui font partie du précédent et les compare avec les faits de l'espèce qu'il a à juger. S'il décide que les faits dans les deux affaires sont différents, le précédent ne sera pas obligatoire et le juge ne sera pas lié. Ainsi, le *distinguising* permet d'écarter le précédent et de faire évoluer le droit[131].

36. Méthodologie. — On recherchera la genèse de la *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise antérieure à 1945. On utilisera la base de données de *Westlaw UK* et *Westlaw International*.

37. Plan. — D'abord, on analysera la jurisprudence anglaise antérieure à 1945 dans le contexte de la *business judgment rule* (Section 1). Ensuite, on synthétisera les arrêts anglais analysés (Section 2).

[131] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°287 s., p. 282, n°290 s., p. 283; n°291, pp. 284-285; A.J. BULLIER, La *common law*, *op. cit*., pp. 120-124.

Section 1 — L'analyse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* (1742-1945)

38. Plan. — D'abord, on analysera la jurisprudence anglaise antérieure aux *Judicature Acts* 1873-1875 (§1). Ensuite, on analysera la jurisprudence anglaise postérieure aux *Judicature Acts* 1873-1875 (§2).

§ 1 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise antérieure aux *Judicature Acts* (1873-1875)

39. Intérêt des *Judicature Acts* (1873-1875). — Antérieurement aux *Judicature Acts* 1873-1875, les juridictions de la *common law* et de l'*equity* étaient séparées.

40. Recueils de jurisprudence. — Les rapporteurs (*case reporters*) ont rédigé les décisions rendues par les juges à l'oral et publié certaines transcriptions dans les recueils sous leur propre nom (*nominate reports*)[132]. En 1865, l'*Incorporated Council of Law Reporting* (*ICLR*) a été fondé. Il publiait les *Law Reports*, le recueil de jurisprudence le plus courant et semi-officiel[133].

41. Plan. — On procédera à la partie préliminaire (I) et à la partie conclusive (II).

---

[132] Selon, certains auteurs les receuils purent être imprécis.

v. J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law* 65-80 (1968); T.P. GALLANIS, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 Iowa L. Rev. 499, 553-54 (1999); J.H. LANGBEIN, *Chancellor Kent and the History of Legal Literature*, 93 Colum. L. Rev. 547, 572, 577-78 (1993); W.T.S. DANIEL, *The History and Origin of the Law Reports 3* (London, William Clowes and Sons 1884). Ces articles sont cités par Ted SAMPSELL – JONES, *The Myth of Asby v. White*, University of Saint Thomas Law Journal (Fall 2010) 40, les notes 16-19.

[133] Le site officiel accessible sur http://iclr.co.uk/ (la dernière visite le 29 avril 2013); v R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°296, p. 287.

I — La partie préliminaire

42. Plan. — Dans la partie préliminaire, on recherchera la genèse de la *business judgment rule* d'abord dans la jurisprudence des juridictions de la *common law* (A) [l'affaire n°1] et ensuite, dans la jurisprudence des juridictions de l'*equity* (B) [les affaires n^{os}2-6].

Juridiction de la *common law* :

Affaire n°1 : Harman v. Tappenden and Fifteen Others (1801)

Juridictions de l'*equity*

Affaire n°2 : Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others (1742)

Affaire n°3 : Carlen v. Drury (1812)

Affaire n°4 : The York & North Midland Railway Company v. Hudson (1845)

Affaire n°5 : Turquand v. Marshall (1868-1869)

Affaire n°6 : Overend, Gurney & Co. v. Gurney (1869) et Overend, Gurney & Co. v. Gibb (1872)

A — La *business judgment rule* dans la jurisprudence des juridictions de la *common law*

43. Règles de la *common law*. — Antérieurement aux *Judicature Acts* 1873-75, les règles de la *common law* ont été élaborées par les cours de la *common law*. Jusqu'à 1875, ces cours sont demeurées des juridictions d'exception avec une procédure particulière pour chacun des cas[134].

44. Méthodologie. — On n'a pas découvert de décisions judiciaires rendues par les cours de la *common law* avant 1875 qui contiennent l'expression la *business judgment rule*.

Cependant, certains arrêts américains, proposés en tant que ceux qui fondent la genèse de la *business judgment rule*, font référence à un arrêt anglais rendu par la Cour du Banc du Roi (*Court of King's Bench*) en 1801, à savoir à Harman v. Tappenden.

---

[134] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°214 s., p. 223; n°220, p. 227; n°221, p. 228; n°275, p. 271; n°230, p. 235 ; v. *supra*, n°16.

45. Affaire n°1 : Harman v. Tappenden and Fifteen Others (1801)[135]. — La *fish corporation*[136] a tenu la « cour de l'eau » (*water court*)[137]. En vertu de la décision de la *water court* du 28 juillet 1798, M. Harman a été privé dans ses droits de membre de la *corporation*[138]. Après avoir été restauré dans ses droits le 18 janvier 1800[139], il a demandé les dommages-intérêts pour la perte des profits et les frais de procédure. Le 15 juin 1801, la Cour du Banc du Roi, juge (*Justice*) Lawrence, a dit que les membres de la *water court* ne sont pas responsables des erreurs (*errors of judgment*) commises sans intention (*without the willfull intention or malice*) de causer un préjudice[140].

Le juge Lawrence a fait référence à l'arrêt Drewe v. Coulton (1787) et son interprétation de l'arrêt Ashby v. White (1703). Dans l'affaire Ashby v. White, la Chambre des Lords (*House of Lords*) a donné gain de cause à Matthew Ashby, bourgeois de la ville d'Aylesbury empêché de voter aux élections législatives de 1700[141].

La *water court* a fondé sa décision sur le silence de M. Harman. La Cour du Banc du Roi a décidé que la *water court* a commis une erreur (*error* ou *mistake*) non intentionnelle. L'arrêt a refusé d'imposer la responsabilité aux membres de la *water court* pour l'erreur non intentionnelle.

---

[135] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555.

[136] « Company of Free Fisherman and Dredgermen of the Manor and Hundred of Faversham in the county of Kent – the Faversham Company. »

[137] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555, 556. Pour la composition de la cour, v. l'Annexe n°1.2.1.

[138] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555, 556. Voir l'Annexe n°1.2.2.

[139] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555, 556-557. Voir l'Annexe n°1.2.3.

[140] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555, Reporter's Headnote : « An action does not lie against individuals for acts erroneously done by them in a corporate capacity, from which detriment happens to the plaintiff; at least not without proof of malice. » ; Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555 at 562-563. Voir l'Annexe n°1.2.4.

[141] Il est souvent dit que l'arrêt Ashby v. White établit le principe « ubi jus, ibi remedium ». Pour, un avis contraire v. Ted SAMPSELL-JONES, The Myth of Ashby v. White, 8 University of Saint Thomas Law Journal (Fall 2010) 40, p. 41: « Regardless, whatever the inherent merits of the ubi jus principle, it cannot be properly traced to Ashby v. White. »

L'arrêt Harman v. Tappenden (1801) a été cité au moins par les soixante-sept décisions judiciaires rendues aux Etats-Unis avant 1945[142], par exemple, dans les actions contre les juges ; les enseignants ; les directeurs d'école[143] et les dirigeants dans les sociétés. Certains des arrêts américains concernant les dirigeants sociaux sont présentés parmi les arrêts qui fondent la *business judgment rule*[144], par exemple, les arrêts new-yorkais, (1) l'arrêt Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins (1829)[145] ; l'arrêt (2) Scott v. Depeyster (1838)[146] ; (3) l'arrêt Hun v. Cary (1880)[147] ; les arrêts rendus dans l'Etat d'Alabama, par exemple, (4) l'arrêt Godbold v. the Branch Bank at Mobile (1847)[148] ; les arrêts rendus dans l'Etat de Rhode Island, par exemple, l'arrêt (5) Hodges v. New England Screw Co. (1850)[149].

---

[142] Nous avons effectué les recherches dans la base de données *Westlaw International* (US Research). 1. *Scope* : *federal and state case law before 1945* ; 2. *query* : A « 1 East 555 » (67 résultas) et B. « Harman v. Tappenden » (54 résultats). Le nombre des arrêts citant Harman v. Tappenden est plus grand parce que certains arrêts américains contiennent des erreurs dans la citation de cet arrêt, les erreurs pouvant être relatives aux noms de parties ou aux numéros de recueil.

[143] McCormick v. Cora Burt, 95 Ill. 263, 1880 WL 10033 (Ill.), 35 Am.Rep. 163 (Ill, 1880).

[144] Par exemple, les arrêts Godbold v. the Branch Bank at Mobile (1847) et Hodges v. New England Screw Co. (1850) sont présentés parmi les arrêts constituant la genèse de la règle par S.S. ARSHT. v. S.S. ARSHT, *The Business Judgment Rule Revisited*, *op. cit.*, p. 93, Note 1: « See, par exemple, Smith v. Prattville Mfg. Co., 29 Ala. 503 (1857) ; Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847); Percy v. Milaudon, 8 Mart. (n.s.) 68 (La. 1829) ; Hodges v. New England Screw Co., 1 R.I. 312 (1850) » ; v., *infra*, Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1825-1945).

[145] Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130, 132 (N.Y.Sup. 1829). L'arrêt informe que l'avocat du défendeur paraphrase la note de tête rédigée par le rapporteur pour l'arrêt Harman v. Tappenden [« W. SLOSSON, in support of the demurrer » […] « An action does not lie against individuals for acts erroneously done by them in a corporate capacity, from which detriment happens to the plaintiffs, unless done maliciously or corruptly »] mais omet le nom des parties et n'indique que la référence au receuil [« 1 East, 555 »].

[146] Scott v. Depeyster, 1 Edw.Ch. 513, 6 N.Y. Ch. Ann. 229 (N.Y. Ch., 1832).

[147] L'avocat de l'appelant cite Harman v. Tappenden avec erreur dans le nom de partie : Hun v. Cary, 37 Sickels 65, 82 N.Y. 65, 1880 WL 10920 (N.Y., Sept. 21 1880), c'est-à-dire « Harmon v. Tappenden, 1 East, 555 ».

[148] Godbold v. the Branch Bank at Mobile, 11 Ala. 191, 1847 WL 159, (7) (January 1847).

[149] Hodges v. New England Screw Co., 1 R.I. 312, 1850 WL 1811 (R.I.), 53 Am.Dec. 624 (R.I., September Term, 1850) (7).

46. Selon nous, la doctrine ne présente pas l'arrêt Harman v. Tappenden dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*.

47. On ne peut pas oublier que l'arrêt Harman v. Tappenden a été rendu par la juridiction de la *common law*. A présent, on recherchera la genèse de la *business judgment rule* dans la jurisprudence de la juridiction de l'*equity*.

B — La *business judgment rule* dans la jurisprudence de la juridiction de l'*equity*

48. Règles de l'*equity*. — Antérieurement aux *Judicature Acts* 1873-75, les règles de l'*equity* ont été élaborées par la juridiction de l'*equity*, à savoir la cour de la chancellerie. Le chancelier a été assisté par les douze clercs (*Masters of Chancery*). Le chef de ces *Masters*, *Master of the rolls*, a eu une autorité judiciaire, c'est-à-dire qu'il a également rendu les décisions[150].
Les appels ont été interjetés devant le chancelier, et depuis 1851, devant la cour d'appel à la chancellerie (*Court of Appeal in Chancery*). Les arrêts d'appel ont pu être attaqués devant la Chambre des Lords[151].

49. Méthodologie. — On n'a pas découvert de décisions judiciaires rendues par la juridiction de l'*equity* avant 1875 qui contiennent l'expression la *business judgment rule*. Cependant, la doctrine propose de voir l'origine de la *business judgment rule* dans l'arrêt rendu par la cour de la chancellerie en 1742, à savoir The Charitable Corporation v. Sutton[152].

---

[150] W.L. CARNE, *A Sketch of the History of the High Court of Chancery from its Origin to the Chancellorship of Wolsey*, 13 Va. L. Reg. 391 (1927-1928), pp. 415-416 : « His judicial authority dates back the time of Edward I […]. ».

[151] Pour plus d'information v. W.L. CARNE, *op. cit.*, pp. 391-421 ; W.L. CARNE, *A Sketch of the History of the High Court of Chancery from the Chancellorship of Wolsey to that of Lord Nottingham*, 13 Va. L. Reg. 589 (1927-1928), pp. 589-619 ; Lord HANWORTH, *Notes on the Office of Master of the Rolls*, The Cambridge Law Journal, Vol. 5, N°3 (1935), pp. 313-331 ; P.M. McDERMOTT, *Jurisdiction of the Court of Chancery to Award Damages*, 108 L.Q.R. (1992), pp. 652-673.

[152] D. J. BLOCK, N.E.BARTON, S.A. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*, *op. cit.*, p. 9 : « Judicial reluctance to second guess decisions by

50. Affaire n°2 : Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others (1742)[153]. — L'affaire est le résultat du scandale financier qui a eu lieu au Royaume-Uni dans la première moitié du XVIIIe siècle[154]. En 1707, la charte royale a établi une société dénommée *the Charitable Corporation* ayant pour objet de prêter de l'argent (gages) (*upon pledges*) au moins officiellement aux personnes pauvres[155]. Son capital initial a varié du montant minimum de 20 000£ au montant maximum de 30 000£. Subséquemment, le capital a été augmenté à 100 000£ en 1724, à 300 000£ en 1728 et à 600 000£ en 1730[156].

Le comité (*committee*) de la société a été composé de sept membres (*committee-men*)[157]. Les *officers* de la société ont été (1) le chef de l'administration (*warehouse-*

---

directors regarding the conduct of business dates back in English law over 250 years to Charitable Corp. v. Sutton, Note 35. 2 Atk. 400, 404 (1742) » ; E. CHAMY, *Transposition du Corporate Governance anglo-saxon en droit français*, *op. cit.*, n°69, p. 4 : « La règle du « business jugdment rule » n'est pas une conception moderne de direction de l'entreprise, mais elle est directement héritée de la *Common law* anglaise. » Note 12 : « L'origine de la règle du « Business Judgment » date en Angleterre de 1742 « Charitable Corps. v. Sutton » où un Tribunal anglais considéra qu'un directeur est obligé d'exécuter un trust avec loyauté et diligence. The Business judgment rue, fiduciaires duties of corporate directors, fourth édition ; by Dennis J. Block, Nancy E. Burton and Stephen A. Radin, Prentice Hll and Business. »

[153] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400.

[154] I. J. SIMPSON, *Sir Archibald Grant and the Charitable Corporation, The Scottish Historical Review*, Vol. N°137, Part 1 (April 1965), pp. 52-62.

[155] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others, [1742] 2 Atk. 400, 401: « The intention of it is extremely plain, to assist poor persons with sums of money by way of loan, to prevent their falling into the hands of pawnbrokers, &c. » Comp. I. J. SIMPSON, *op. cit*., p. 52 : « This smug and pretentious title fails to conceal the fact that the Corporation ran a pawnbroking business – on a huge scale, for it had a big warehouse in Fenchurch Street for the Storage of pledges, and its capital was large for the times. ».

[156] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 402.

[157] (1) Sir Robert Sutton (1671-1746); (2) Sir John Meres (1660-1736) - Il a démissionné le 23 décembre 1729 ; (3) Sir Fisher Tench (1673-1736) - Il a démissionné le 22 décembre 1726 ; (4) Dennis Bond (1676-1747); (5) Sir Archibald Grant (1696-1778); (6) William Aislabie (Aystabie) (1700-1781); (7) William Burrough.

keeper)[158] ; (2) le caissier (*cashier*); (3) le comptable (*book-keeper*); (4) le contrôleur (*surveyor of the warehouse*)[159] et (5) le comptable.

Le chef de l'administration, M. Thompson et ses deux assistants ont été investis de tout pouvoir de prêter sur gage[160]. Du fait que l'argent a été prêté sur gages déjà remis ou sur gages fictifs[161], la société a subi une perte d'un montant au moins égal à 350 000£[162].

The Charitable Corporation a agi en justice contre environ cinquante personnes, c'est-à-dire les membres du comité et les autres dirigeants.

Le 13 août 1742, la cour de la chancellerie, le chancelier Philip Yorke, lord Hardwicke, a rendu la décision dans laquelle il a dit, entre autres, que (1) les membres du comité sont les mandataires investis d'un pouvoir de diriger et surveiller les affaires de la société ; (2) qu'ils sont obligés d'exercer ce pouvoir (*trust*) avec fidélité et diligence raisonnable ; (3) qu'ils peuvent être responsables pour les commissions ou les omissions ; (4) qu'ils sont difficilement tenus responsables pour les actes exercés dans le cadre de leur pouvoir; (5) qu'ils sont responsables pour la négligence lourde (*supine negligence* ou *crassa negligentia*)[163].

Le chancelier a tenu responsables (1) en premier lieu, les *officers* et les membres du comité qui ont commis les faits[164] et (2) en second lieu, les membres du comité qui n'ont pas participé directement dans les faits, mais qui les ont rendus possibles par leurs commissions ou omissions[165]. Le chancelier a demandé au *master of the rolls* de déterminer l'identité de ces membres du comité et le montant total de la perte[166].

---

[158] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, 8.2, p. 240.

[159] Il a été démissionné en 1726, et il n'a pas été remplacé.

[160] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 402.

[161] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400. Voir l'Annexe n°1.3.1.

[162] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400. Voir l'Annexe n°1.3.2.

[163] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 405-6. Voir l'Annexe n°1.3.3.

[164] (1) Sir Archibald Grant (*committee-member*) ; (2) Robinson (*cashier*) ; (3) John Thompson (*warehouse-keeper*) ; (4) Burrows (William Burroughs, Esq.) (*committee-member*) et (5) William Squire (*an assistant entrusted with the management of the affairs*). V. I. J. SIMPSON, *op. cit.*, pp. 52-62.

[165] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 406. Voir l'Annexe n°1.3.4.

[166] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 407. Comp. W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, 8.2, p. 240. Voir l'Annexe n°1.3.5.

L'arrêt, the Charitable Corporation v. Sutton, précède la Déclaration d'Indépendence (1776), c'est-à-dire qu'il a été rendu à l'époque où les Etat-Unis dépendaient politiquement de la Couronne d'Angleterre et de ce fait il est entré dans la jurisprudence américaine[167]. L'arrêt référé a été cité au moins par plus de cinquante arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945[168].

Cet arrêt concerne les fautes de commissions et d'omissions de certains membres du comité de la société. La doctrine souligne le contexte de l'omission[169].

51. Affaire de Charitable Corporation et Jean Domat. — Dans l'arrêt, the Charitable Corporation v. Sutton, le lord chancelier Hardwicke a fait la référence suivante : « *Vide Domat's Civil Law* upon this head, 2 *B. Tit.* 3, *Sec.* 1 *&* 2. »[170].

Selon nous, il a cité l'œuvre du jurisconsulte français, Jean Domat (1625-1696), intitulée *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), première partie [« Des engagements], livre II [« Des Engagements qui se forment sans conventions »], titre III [« Des Syndics, directeurs et autres administrateurs »], section I [« De la nomination des Syndics, Directeurs et autres Administrateurs des Corps et Communautés, et de leur pouvoir »] et Section II [« Des engagemens des Syndics et autres préposés »][171]. Section II, article I est rédigé de la façon suivante :

« Ceux qui sont nommés par les Corps et Communautés pour l'administration de leurs affaires, doivent y apporter le même soin et la même diligence que les Procureurs constitués. Et ils répondent non seulement de leur dol et des fautes grossières, mais aussi des fautes contraires à ce soin. »

---

[167] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°321, p. 305; n°323, p. 307.

[168] *Westlaw International* : 1. *US Research* ; 2. *Scope* : *Federal and State Caselaw before 1945*; 3. *Query*: « Charitable Corporation v. Sutton ».

[169] V. MORAWETZ, *A Treatise on the Law of Private Corporations* (Morawetz, Corporations) (2d edition, Boston: Little, Brown, and Company 1886), accessible sur Heinonline (Legal Classics); § 561, p. 534, § 561. *Liability for Failure to watch over the Company's Interests*. Note 1. W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, 8.2, note5, p. 240 : « It is notable that Sutton is not a case in which a loss resulted from a board decision ; rather than it was a neglect of attention case. »

[170] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 405.

[171] Sur Domat, Jean (1625-1696) et Les lois civiles dans leur ordre naturel précédé du Traité des lois v. *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (Dalloz 2008), pp. 134-139.

Notre identification est confirmée par les deux arrêts américains présentés dans le contexte de la genèse de *business judgment rule*, c'est-à-dire Scott v. Depeyster (1832) et Booth v. Robinson (1881)[172].

Dans l'arrêt Scott v. Depeyster (1832) rendu par la cour de la chancellerie de New York,[173] le vice-chancelier a fait référence à « Domat, book 2, tit. 3, sec. 2 » sans mentionner l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742).

« In the civil law, a rule prevails which, I think, may, with great propriety, be applied here. It is this, that "those who are named by companies and corporations to have the direction of their affairs, are obliged to take the same care and diligence as factors or agents. They are answerable not only for any fraud and gross negligence which they may be guilty of, but also for all faults that are contrary to the care required of them;" Domat, book 2, tit. 3, sec. 2. »[174].

Dans l'arrêt Booth v. Robinson (1881) rendu par la cour d'appel de l'Etat du Maryland, le juge Alvay a fait référence à « 1 Domat, 2 b. tit. 3, sec. 2, Art. 1 » tout en citant et interprétant l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742).

Selon le juge Alvay, le lord chancelier Hardwicke en définissant (1) le degré de soin et de fidélité requis d'un directeur et (2) la nature d'une défaillance sujette à la responsabilité, a fait référence à la doctrine de droit civil et ce droit déclare que :

« those who are named by companies and corporations to have the direction of their affairs, are obliged to take the same care and diligence as factors or agents. **And** they are answerable not only for any fraud and gross negligence which they may be guilty of, but also for all faults that are contrary to the care required of them. » 1 Domat, 2 b. tit. 3, sec. 2, Art. 1. ».

La traduction en langue anglaise de cette référence est presque identique à celle présentée dans l'arrêt Scott v. Depeyster (1832)[175]. La seule différence entre les traductions dans l'arrêt Scott v. Depeyster (1832) et l'arrêt Booth v. Robinson (1881)

[172] v. Chapitre 2 – La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1823-1945).

[173] Scott v. Depeyster, 1 Edw.Ch. 513 (N.Y. Ch. 1832).

[174] Cet arrêt cité Domat traduit en anglais. Cela confirme R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°321, p. 305 : « Pothier et Domat sont traduits en anglais aux Etats-Unis (…) ».

[175] Booth v. Robinson, 55 Md. 419, 1881 WL 4753 (Md. Feb 02, 1881). Voir l'Annexe n°1.7.1.

est le mot « et » (*and*), ajouté au début de la deuxième phrase dans la traduction présentée par le juge Alvay dans l'arrêt Booth v. Robinson (1881).
En expliquant le sens de l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742), le juge Alvay se référait à Domat, et quel était le contenu de cette référence ?

52. Insertion erronée de la référence à Domat dans l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton? — Cependant, il semble que dans l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742), la référence à Domat est insérée après la phrase qui ne correspond pas exactement au contenu de cette référence[176]. Il peut s'agir d'une erreur du rapporteur[177].
Quelle est-elle l'importance de la référence à Domat dans l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742)? La comparaison de deux textes est effectuée au niveau des questions des obligations et de la responsabilité.

53. Hardwicke et Domat sur les obligations. — En 1689, Jean Domat a écrit que « ceux qui sont nommés […] pour l'administration […] doivent y apporter le même soin et la même diligence que les Procureurs constitués »[178]. En 1742, le lord chancelier Hardwicke a dit que les directeurs sont les mandataires investis d'un pouvoir de diriger et surveiller les affaires de la société et en acceptant le *trust* d'un tel type, ils sont obligés de l'exercer avec fidélité et diligence raisonnable comme les fiduciaires (*trustees*) ordinaires[179].
On peut soutenir que les deux auteurs considèrent que les administrateurs/directeurs doivent exercer leurs fonctions avec diligence.
Il semble que la référence à Domat a pu inspirer le lord chancelier Hardwicke à formuler cette phrase qui allait devenir célèbre[180].

---

[176] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 405-406. Voir l'Annexe n°1.3.6.

[177] v. *supra*, n°22.

[178] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), Première Partie ; Livre II; Titre III; Section II, article I, v. *supra*, n°30.

[179] The Charitable Corp. v. Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 405-406, v. *supra*, n°29.

[180] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400, 406 : « By accepting of a trust of this sort, a person is obliged to execute it with fidelity and reasonable diligence », cité par, par exemple, W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 240.

L'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742) a été cité par les arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945 dans le contexte des devoirs des dirigeants des sociétés, par exemple dans l'Etat de l'Illinois : (1) *Beck*er v. Billings (1922)[181] ; dans l'Etat du Kentucky : (2) Jones v. Johnson (1875)[182] ; dans l'Etat de New Jersey : (3) Wilkinson v. Dodd (1885)[183] ; dans l'Etat de New York : (4) Hun v. Cary (1880)[184] ; (5) Briggs v. Spaulding (1891)[185] ; (6) Jersawit v. Kaltenbach (1939)[186] ; dans l'Etat de Virginie : (7) Marshall v. Farmers' & Mechanics' Sav. Bank (1889)[187].
La doctrine place l'arrêt à l'origine d'un devoir de soin (*duty of care*)[188].

54. Hardwicke et Domat sur la responsabilité. — En 1689, Jean Domat a écrit que les administrateurs « répondent non seulement de leur dol et des fautes grossières, mais aussi des fautes contraires à ce soin. »[189]. En 1742, le lord chancelier Hardwicke a dit que les directeurs ne sont responsables que pour la négligence lourde/ grossière (*crassa negligentia*)[190].
On peut soutenir que les deux auteurs considèrent qu'il y a une responsabilité des administrateurs/directeurs pour faute lourde.
On peut aussi soutenir que les deux auteurs ne s'accordent pas sur la question de la responsabilité des administrateurs/directeurs pour faute simple, Domat étant pour,

---

[181] Becker v. Billings, 304 Ill. 190, 209-210, 136 N.E. 581, 588-589 (Ill. Jun 21, 1922) (N°13952).

[182] Jones v. Johnson, 10 Bush 649, 73 Ky. 649, 1875 WL 11480 (Ky. Feb 25, 1875).

[183] Wilkinson v. Dodd, 40 N.J. Eq. 123, 13 Stewart 123, 142, 3 A. 360, 372 (N.J.Ch. Sep 23, 1885).

[184] Hun v. Cary, 37 Sickels 65, 82 N.Y. 65, 1880 WL 10920, 37 Am.Rep. 546 (N.Y. 1880) (4).

[185] Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (U.S.N.Y. May 25, 1891) (172).

[186] Jersawit v. Kaltenbach, 1 N.Y.S.2d 756, 758-759 (N.Y.A.D. 1 Dept. Mar 24, 1939).

[187] Marshall v. Farmers' & Mechanics' Sav. Bank, 2 L.R.A. 534, 85 Va. 676, 8 S.E. 586, 17 Am.St.Rep. 84 (Va. Jan 24, 1889) (590).

[188] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 240, Chapitre 8 : « Normal Governance : the Duty of Care », 8.2. : « The Duty of Care and the Need to Mitigate Director Risk Aversion » : « This much established that a director's duty of « reasonable diligence » has been a feature of corporate law for a long time. ».

[189] J. DOMAT, *op. cit.*, v. *supra*, n°30 et 31.

[190] The Charitable Corp. v. Sutton and others, 2 Atk. 405 (Ch. Aug. 13, 1742) : « To instance in non-attendance; if some persons are guilty of gross non-attendance, and leave the management intirely to others, they may be guilty by this means of the breaches of trust that are committed by others. ».

Hardwicke contre. Selon Jean Domat, la responsabilité des administrateurs ne se limite pas aux dols et/ou fautes grossières. Selon le lord chancelier Hardwicke la responsabilité des directeurs se limite à la négligence lourde/ grossière. Domat n'a pas pu inspirer Hardwicke sur la question de la responsabilité des directeurs pour faute simple.

L'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742) a été cité par les arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945 dans le contexte de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes, par exemple, dans l'Etat de l'Iowa : (1) Toledo Sav. Bank v. Johnston (1895) ;[191] dans l'Etat du Maryland : (2) Emerson v. Gaither (1906)[192] ; dans l'Etat du New Jersey : (3) Lane v. Bogert (1934)[193] ; dans l'Etat de New York : (4) Robinson v. Smith (1832)[194] ; (5) Briggs v. Spaulding [la juridiction fédérale, mais relative au droit des sociétés de l'Etat de New York] (1891)[195] ; (6) Bosworth v. Alllen (1901)[196] ; (7) People v. Equitable Life Assur. Soc. of United States (1908)[197] dans l'Etat de Pennsylvanie : (8) Appeal of Spering (1872)[198] ; dans l'Etat de l'Utah : (9) Warren v. Robison (1899)[199]. Certains de ces arrêts sont liés à la genèse de la *business judgment rule*[200].

Le traité de référence sur la *business judgment rule* place l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742) à l'origine de la *business judgment rule*[201]. Le juge de la

---

[191] Toledo Sav. Bank v. Johnston, 94 Iowa 212, 62 N.W. 748 (Iowa Apr 05, 1895) (750).

[192] Emerson v. Gaither, 103 Md. 564, 64 A. 26, 8 L.R.A.N.S. 738, 7 Am.Ann.Cas. 1114 (Md. Jun 15, 1906)(28).

[193] Lane v. Bogert, 15 Backes 454, 116 N.J. Eq. 454, 174 A. 217 (N.J.Ch. Aug 17, 1934) (461).

[194] Robinson v. Smith, 3 Paige Ch. 222, 3 N.Y. Ch. Ann. 126, 24 Am.Dec. 212 (N.Y.Ch. 1832).

[195] Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (U.S.N.Y. May 25, 1891) (172).

[196] Bosworth v. Allen, 6 Bedell 157, 168 N.Y. 157, 61 N.E. 163, 165 (N.Y. Oct 01, 1901).

[197] People v. Equitable Life Assur. Soc. of United States, 124 A.D. 714, 109 N.Y.S. 453 (N.Y.A.D. 1 Dept. Mar 06, 1908) (467).

[198] Appeal of Spering, 71 Pa. 11, 1872 WL 11430 (9), 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa., 1872) (9).

[199] Warren v. Robison, 19 Utah 289, 57 P. 287, 75 Am.St.Rep. 734 (Utah Apr 26, 1899) (291).

[200] v. *infra*, Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1825-1945).

[201] D. J. BLOCK, N.E.BARTON, S.A. RADIN, *op. cit*., p. 9 : « A. [Historical Origins] « Judicial reluctance to second guess decisions by directors regarding the conduct of business dates back in English law over 250 years to Charitable Corp. v. Sutton, Note 35. 2 Atk. 400, 404 (1742). » Comp. E.

Cour suprême du Delaware a dit que l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton (1742) peut être le père de la *business judgment rule*[202].

55. Affaire n°3 : Carlen v. Drury (1812)[203]. — Le Professeur André Tunc, dans l'article consacré aux relations entre le juge et le businessman, a cité l'arrêt Carlen v. Drury rendu par la cour de chancellerie le 24 décembre 1812[204]. Dans cet arrêt, le lord chancelier Eldon (John Scott, 1751-1838)[205] a dit :

« This Court is not to be required on every Occasion to take the Management of every Playhouse and Brewhouse in the Kingdom: but, if the Case justifies the Interference of the Court it may appoint a Manager in the Interim, for the Purpose of winding up, and putting an End to, the Concern. (*Forman* v. *Homfray* , 2 *V. & B.* 329.) »[206].

L'arrêt a été cité par au moins les deux arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945. Ces arrêts ne sont pas cités dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*.

CHAMY, *Transposition du Corporate Governance anglo-saxon en droit français*, *op. cit.*, n°69, p. 4 : « La règle du « business jugdment rule » n'est pas une conception moderne de direction de l'entreprise, mais elle est directement héritée de la *Common law* anglaise. Note 12 : L'origine de la règle du « Business Judgment » date en Angleterre de 1742 « Charitable Corps. v. Sutton » où un Tribunal anglais considéra qu'un directeur est obligé d'exécuter un trust avec loyauté et diligence. The Business judgment rule, fiduciaires duties of corporate directors, fourth édition; by Dennis J. Block, Nancy E. Burton and Stephen A. Radin, Prentice Hll and Business. »

[202] H. R. HORSEY, *The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule*, 19 Del. J. Corp. L. 971 (1994), p. 975.

[203] Carlen v Drury 35 E.R. 61, [1812] 1 Vesey & Beames 154.

[204] A. TUNC, *The judge and the businessman*, L.Q.R. 1986, 102(Oct), pp. 549-568, p. 553: « It would be the result of a long tradition, perhaps starting with Lord Eldon's famous statement: « This court is not to be required on every occasion to take the management of every playhouse and brewhouse in the Kingdom. » 19 Note 19 19. Carlen v. Drury (1812) 1 Ves. and B. 154 at 158. Comp. Farrar, Company Law (1985) 359; Sealy, Cases and Materials in Company Law, 3rd ed. (1985) 436; Sealy (1985) 6 Co.Law 21 at 26. »

[205] v. E. A. SMITH, Scott, John, first earl of Eldon (1751–1838) dans *Oxford Dictionary of National Biography*.

[206] Carlen v Drury [1812] 1 Vesey & Beames 154, 35 E.R. 61 at 62.

56. Affaire n°4 : The York & North Midland Railway Company v. Hudson (1845)[207]. — L'affaire est connue pour avoir contribué à la ruine de George Hudson (1800-1871), « le roi du chemin de fer » (*railway king*), le promoteur des sociétés ferroviaires[208].

En 1836, *The York and North Midland Railway Company* a été constituée par la loi (*statute*). George Hudson a été établi premier président du conseil des directeurs. En 1846, les deux augmentations de capital ont été effectuées pour construire les trois nouvelles lignes de chemin de fer et acheter la société ferroviaire *the Hull and Selby Railway*.

La société *The York and North Midland Railway Company* a agi contre George Hudson pour avoir distribué les 1105 nouvelles actions en vue d'assurer et récompenser les services dont il a refusé de préciser[209] les détails, et avoir vendu 2612 et demi nouvelles actions en vue de s'octroyer une rémunération[210].

La décision a été rendue par la cour de la chancellerie en 1853. Le *master of the rolls*, Sir John Romilly (1802-1874) a dit, entre autres, (1) que les directeurs sont nommés pour diriger les affaires dans le meilleur intérêt de la société, c'est-à-dire dans le meilleur intérêt des actionnaires et (2) qu'il s'agit d'une fonction de confiance (*an office of trust*), que les actionnaires sont les bénéficiaires de cette confiance (*cestui que trust*), et que les directeurs en tant que fiduciaires (*trustees*) doivent l'exercer pleinement et entièrement, et doivent en rendre compte[211]. Le *master of the rolls* a dit que les directeurs ne sont pas responsables pour les erreurs de jugement dans la disposition des actions.

---

[207] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

[208] J. H. FARRAR, S. WATSON, *Self Dealing and Related Party Transactions – History, Policy and Reform*, The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 11, N°2, p. 495 (2011), accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2020075&download=yes (la dernière visite le 7 mars 2013), pp. 1-29, p. 6, note 34 cite : « AJ Arnold and S McCartney, George Hudson, *The Rise and Fall of the Railway King: A Study in Victorian Entrepreneurship* (London, Hambledon and London, 2004) » ; M. REED, Hudson, George [called the Railway King] (1800–1871), railway promoter and fraudster, dans *Oxford Dictionary of National Biography*.

[209] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485, 498.

[210] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485, 486, 498, 503.

[211] The Y. & N. M. Railway Co. v. Hudson [1853] 16 Beavan 485, 491. Voir l'Annexe n°1.9.1.

Selon Sir Romilly, les directeurs ne peuvent pas tirer avantages de la disposition des actions[212]. Par conséquent, Mr. Hudson a été obligé de rendre compte du profit tiré de la disposition des actions[213].

L'arrêt, The York & North Midland Railway Company v. Hudson, a été cité au moins dans les trois arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945[214], par exemple, dans l'Etat de Pennsylvanie : Appeal of Spering (1872)[215]. Selon la doctrine, l'arrêt Appeal of Spering (ou Spering's Appeal) est important pour la genèse de la *business judgment rule*[216]. Cependant, la doctrine ne cite pas l'arrêt, The York & North Midland Railway Company v. Hudson, dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*.

57. Affaire n°5 : Turquand v. Marshall (1868-1869)[217]. — La banque, Herefordshire Banking Company, constituée en 1836 avec les 4 584 actions émises, a éprouvé des problèmes financiers (la perte d'un montant de 37 000£). En vertu de la loi sur les sociétés (*Companies Acts of 1862*), la dissolution de la société a été prononcée en 1863. Le liquidateur, William Turquand, a poursuivi en justice les directeurs de la banque pour abus de confiance (*breach of trust*) et mauvaise gestion entre 1846 et 1863.

La cour de la chancellerie a rendu la décision le 18 avril 1868. Le *master of the rolls*, le même lord Romilly, a décidé que les directeurs ont été responsables d'avoir violé les statuts en ne convoquant pas l'assemblée d'actionnaires à la suite d'une perte financière déterminée[218] et d'avoir violé les statuts et la confiance en prêtant de l'argent à l'un des directeurs sans sûreté[219].

---

[212] The Y. & N. M. Railway Co. v. Hudson [1853] 16 Beavan 485, 496. Voir l'Annexe n°1.9.2.

[213] The Y. & N. M. Railway Co. v. Hudson [1853] 16 Beavan 485, 505. Voir l'Annexe n°1.9.3.

[214] *Westlaw International* : 1. *US Research* ; 2. *Scope* : *Federal and State Caselaw before 1945*; 3. *Query* : « 16 Beavan 495 ».

[215] Appeal of Spering, 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) at 9. Voir l'Annexe n°1.9.1.

[216] v. Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américaine (1825-1945).

[217] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[218] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112, 132. Voir l'Annexe n°1.9.1.

[219] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112, 133-134. Voir l'Annexe n°1.9.2.

Le lord Romilly a examiné les mérites de la décision du conseil des directeurs. Son opinion a été citée, par exemple, dans l'arrêt Appeal of Spering (Spering's Appeal)[220]. Cette décision a été infirmée par la cour d'appel dans la chancellerie le 11 février 1869[221]. William Page Wood, lord chancelier Hatherley[222], a dit que les directeurs ne sont pas responsables dès lors qu'il n'est allégué ni prouvé que les directeurs ont commis la fraude, ont utilisé les fonds pour leur profit personnel ou de manière autre que celle dont ils ont pensé avoir été pour le profit de la société et que la justice de leur décision est sans pertinence[223]. En ce qui concerne le prêt à l'un des directeurs, le lord chancelier Hatherley a dit (1) qu'il n'est allégué ni prouvé la violation des formalités prévues par les statuts et (2) que les directeurs ont été investis d'un plein pouvoir de prêter à l'un d'entre eux, et (3) que la cour ne peut pas interférer dans la discrétion du conseil des directeurs et rendre responsables ses membres, et (4) que les modalités du prêt, y compris le montant du prêt, même absurde, stupide ou ridicule, est sans pertinence[224].

Le lord chancelier a refusé d'examiner la justice des décisions du conseil des directeurs. La solution est discutable. La *business judgment rule* telle qu'elle est comprise et appliquée aux Etats-Unis en ces jours, ne serait probablement pas appliquée en raison de la (1) violation d'un devoir d'obéissance aux statuts et (2) d'un devoir d'information pour ne pas convoquer l'assemblée d'actionnaires, et (3) la violation d'un devoir d'agir justement dans le contexte d'un conflit d'intérêts.[225]

L'opinion du lord chancelier a été citée au moins dans les treize arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945[226], par exemple dans l'Etat du Kentucky : (1) Jones v. Johnson

---

[220] Appeal of Spering, 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, (9), 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa., 1872). Voir l'Annexe n°1.9.2.

[221] Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[222] J.A. HAMILTON, rev. S. AGNEW, *Wood, William Page, Baron Hatherley (1801–1881), Oxford Dictionary of National Biography*.

[223] Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376, 386. Voir l'Annexe n°1.11.3.

[224] Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376, 386. Voir l'Annexe n°1.11.4.

[225] v. Partie II, Titre 1, Chapitre 2.

[226] *Westlaw International* : 1. *US Research* ; 2. *Scope* : *Federal and State Caselaw before 1945* ; 3. *Query* : « Turquand v. Marshall ».

(1875)[227] ; dans l'Etat du Maryland : (2) Booth v. Robinson (Md. 1881)[228] ; dans l'Etat du Massachusetts : (3) Greenfield Savings Bank v. Abercrombie (1912)[229] ; dans l'Etat de Pennsylvanie : (4) Appeal of Spering (1872) [une erreur de citation dans l'arrêt][230] ; dans l'Etat du Tennessee : (5) Vance v. Phoenix Ins. Co. (1880)[231] ; dans l'Etat de Texas : (6) International & G.N.R. Co. v. Bremond (1880)[232].

La majorité de ces arrêts ne sont pas cités dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*.

L'opinion du lord chancelier est citée par la doctrine dans le contexte d'absence de responsabilité pour les erreurs de jugement[233]. La doctrine ne la cite pas dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*.

58. Affaire n°6 : Overend, Gurney & Co. v. Gurney (1869) et Overend, Gurney & Co. v. Gibb (1872)[234]. — Ayant conduit une activité de courtiers en devises et en argent, sous dénomination *Overend, Gurney, & Co.*, l'entreprise a eu des dettes d'un montant d'environ 2 000 000£ et des crédits (les mauvais investissements et les mauvaises créances) de plus de 4 000 000£. Les six associés dans l'entreprise et M. Gibbs ont décidé de constituer une société, sous la même dénomination, en vue

[227] Jones v. Johnson, 10 Bush 649, 73 Ky. 649, 1875 WL 11480 (Ky. Feb 25, 1875) (8).

[228] Booth v. Robinson, 55 Md. 419, 1881 WL 4753 (Md. Feb 02, 1881) (10). Voir l'Annexe n°1.7.2.

[229] Greenfield Savings Bank v. Abercrombie, 211 Mass. 252, 97 N.E. 897, 39 L.R.A.N.S. 173, Am.Ann.Cas. 1913B, 420 (Mass. Mar 01, 1912), (258-259).

[230] Appeal of Spering, 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa., 1872) est cité par (1) D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*, *op. cit*., p. 9 ; (2) V. MORAWETZ, *A Treatise on the Law of Private Corporations*, *op. cit*., § 550, note 2, p. 526 [§ 550. *Liability of Agents to the Corporation*] ; § 552, p. 527 [§ 552. *The Degree of Care to be exercised by Directors*.-, Note 1] ; § 553, p. 528 [§ 553. *Directors not liable for Mistakes of Judgment*. Note 2] ; § 557, pp. 530-532 [§ 557. *Directors not responsible for an Excusable Mistake of Law*].

[231] Vance v. Phoenix Ins. Co., 72 Tenn. 385, 1880 WL 4514, 4 Lea 385 (Tenn. Apr Term 1880) (2).

[232] International & G.N.R. Co. v. Bremond, 53 Tex. 96, 1880 WL 9286 (Tex. 1880) (N°855) (7).

[233] Palmer's Company Law, Chapter: Chapter 8.28 - Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence: CA 2006 S.174, Documents: 8.2810 Liability is for negligence, not mere errors of judgement, 8.2810 : « *see further Turquand v Marshall (1869) L.R. 4 Ch.App. 376* (…) ».

[234] Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

d'acheter les actifs et les passifs de son entreprise pour le montant de 500 000£. Ces fonds allaient provenir de l'appel public à l'épargne. L'année suivant son immatriculation, la société est devenue insolvable. La société a poursuivi en justice les premiers directeurs pour avoir procédé à l'achat de l'entreprise.

Dans l'arrêt de la cour d'appel dans la chancellerie du 28 juillet 1868, le lord chancelier Hatherley a cité l'arrêt the Charitable Corporation v. Sutton et a dit que les directeurs sont les mandataires (*agents*) des actionnaires, et qu'ils sont responsables (1) en cas d'abus de confiance, (2) en cas de mauvaise foi (*mala fide*), (3) en cas de fraude, (4) en cas de négligence lourde (*crassa negligentia*) équivalente à la fraude ou (5) en cas de décision ridicule ou absurde[235].

Le lord chancelier n'a pas tenu responsables les dirigeants de la société.

Cet arrêt a été confirmé par la Chambre des Lords[236]. Dans l'arrêt de la Chambre des Lords du 12 avril 1872, le même lord chancelier Hatherley a affirmé que les directeurs sont responsables (1) s'ils excèdent leurs pouvoirs, ou (2) s'ils n'excèdent pas leurs pouvoirs mais qu'ils agissent de manière dont aucun homme raisonnable (*no man with ordinary degree of prudence*) placé dans la même situation n'aurait agi (appréciation *in abstracto*) ou s'ils commettent une négligence claire et lourde (*crassa negligentia* ou *gross negligence*)[237]. Selon lui, les directeurs agissent de bonne foi, mais imprudemment[238] et ils n'ont pas à engager leur reponsabilité[239].

Les arrêts rendus aux Etats-Unis avant 1945 ont cité l'arrêt Overend, Gurney & Co. v. Gibb, par exemple, tout en citant en même temps, l'arrêt Turquand v. Marshall, dans l'Etat du Kentucky : (1) Jones v. Johnson (1875)[240] ; dans l'Etat du Maryland : (2)

---

[235] Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, 713, 714, 720, 721. Voir l'Annexe n°1.12.1.

[236] The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[237] The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480, at 486-487. Voir l'Annexe n°1.12.2.

[238] The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480, at 494. Voir l'Annexe n°1.12.3.

[239] The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480, at 493. Voir l'Annexe n°1.12.4.

[240] Jones v. Johnson, 10 Bush 649, 73 Ky. 649, 1875 WL 11480 (Ky. Feb 25, 1875) (8).

Booth v. Robinson (Md. 1881)[241] ; dans l'Etat de Massachusetts : (3) Greenfield Savings Bank v. Abercrombie (1912)[242] ou sans citer l'arrêt Turquand v. Marshall, dans l'Etat de New York : (4) Hun v. Cary (N.Y. 1880)[243].

La doctrine cite cet arrêt, à côté de l'arrêt Turquand v. Marshall, dans le contexte d'absence de responsabilité pour les erreurs de jugement[244]. La doctrine ne le cite pas dans le contexte de la genèse de la *business jugment rule*.

[241] Booth v. Robinson, 55 Md. 419, 1881 WL 4753 (Md. Feb 02, 1881) (10).

[242] Greenfield Savings Bank v. Abercrombie, 211 Mass. 252, 97 N.E. 897, 39 L.R.A.N.S. 173, Am.Ann.Cas. 1913B, 420 (Mass. Mar 01, 1912) (258-259).

[243] Hun v. Cary, 37 Sickels 65, 82 N.Y. 65, 1880 WL 10920, 37 Am.Rep. 546 (N.Y. 1880) (2).

[244] *Palmer's Company Law*, *Chapter: Chapter 8.28 - Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence: CA 2006 S.174, Documents: 8.2810 Liability is for negligence, not mere errors of judgement, 8.2810* : « […] see further Turquand v Marshall (1869) L.R. 4 Ch.App. 376; Overend, Gurney & Co v Gibb (1872) 5 L.R. H.L. 480 ».

59. Conclusion B : La *business judgment rule* dans la juridiction de l'*equity*. — On a examiné les 5 affaires jugées par la juridiction de l'*equity*, c'est-à-dire les 4 arrêts de la cour de la chancellerie[245] ; les 2 arrêts de la cour d'appel dans la chancellerie[246] et un arrêt de la Chambre des lords[247]. Le même juge a rendu plusieurs arrêts examinés, par exemple, le lord Romilly[248] et le lord Hatherley[249]. A notre sens, le lord Romilly en tant que membre de la Partie Libérale (*Liberal Party*)[250] a pu avoir une influence considérable sur l'affirmation de la jurisprudence[251].

---

[245] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 per Lord HARDWICKE ; Carlen v Drury 35 E.R. 61, [1812] 1 Vesey & Beames 154 per Lord ELDON.

[246] Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701.

[247] The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[248] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485 per Sir ROMILLY ; Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 per Lord ROMILLY.

[249] (1) Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; (2) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701 ; (3) The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[250] La Partie Libérale (*Liberal Party*) a été en faveur du libéralisme. Sur le libéralisme dans l'histoire du droit des affaires v. Y. GUYON, *Droit des affaires*, *Tome 1* : *Droit commercial général et Sociétés*, n°23, p. 17 : « Le XIXe siècle […] est marqué essentiellement par le libéralisme. C'est la périodu du « laisser faire, laisser passeer » et du triomphe du capitalisme. »

[251] La jurisprudence semble être affirmée dans le sens où les arrêts antérieurs sont référés par les arrêts postérieurs : L'arrêt Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 est cité par les arrêts (1) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 ; (2) Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; et (3) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701 ; (4) The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480 ; l'arrêt The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485 est cité par les arrêts (1) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 ; (2) Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; l'arrêt Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 est cité par The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480. Les arrêts rendus par le Lord Chancelier HATHERLAY ont cité, directement ou indirectement, les décisions dans les 3 autres affaires.

Les arrêts américains importants pour la genèse de la *business judgment rule*, notamment l'arrêt Appeal of Spering (Spering's Appeal) de 1872, renvoient aux 4 affaires présentées ci-dessus.

II — La partie conclusive

60. Conclusion du § 1 : La *business judgment rule* dans les arrêts anglais antérieurs aux *Judicature Acts* (1873-1875). — On a examiné les décisions rendues dans les 6 affaires avant 1875, c'est-à-dire 1 affaire jugée par la juridiction de la *common law* et 5 affaires jugées par la juridiction de l'*equity*.

L'arrêt rendu par la juridiction de la *common law* n'a pas été cité par les décisions postérieures rendues par la juridiction de l'*equity*. Néanmoins, la solution retenue par la juridiction de la *common law*[252] correspond à la solution postérieure retenue par la juridiction de l'*equity*[253]. Les arrêts américains importants pour la genèse de la *business judgment rule* ont cité les décisions rendues par la juridiction de la *common law* et la juridiction de l'*equity*, soit dans les mêmes arrêts[254], soit dans les différents arrêts.

61. On recherchera la *business judgment rule* dans les arrêts anglais rendus depuis 1875.

[252] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555.

[253] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

[254] L'arrêt Hun v. Cary (1880) cite Harman v. Tappenden et Overend v. Gurney et Overend v. Gibb, v. note 51.

§ 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise postérieure aux *Judicature Acts* (1873-1875)

62. *Judicature Acts* 1873-1875. — Les *Judicature Acts* 1873-1875 ont réuni toutes les juridictions dans la cour supérieure unique (*Supreme Court of Judicature*), composée (1) de la *High Court of Justice*, (2) de la *Crown Court* et (3) de la *Court of Appeal*. La *High Court of Justice* est composée de trois « divisions » : (1) la « division » du banc de la Reine (*Queen's Bench Division*) ; (2) la « division » de la chancellerie (*Chancery Division*) ; la « division » de la famille (*Family Division*). La « division » de la chancellerie (*Chancery Division*), ancienne cour d'*equity* (*Court of equity*), est compétente pour, par exemple, les affaires de *trusts*, de *mortgage* et les questions de droit des sociétés et de propriété intellectuelle[255]. La *court of appeal* constitue un second degré de juridiction. Les décisions de la *court of appeal* ont pu être exceptionnellement attaquées devant le comité d'appel de la Chambre des Lords (*Appellate Committee of the House of Lords*)[256].

Depuis 1875, toutes les juridictions peuvent appliquer les règles de la *common law* et les règles de l'*equity*. En cas de conflit entre les règles de la *common law* et les règles de l'*equity*, les règles de l'*equity* l'emportent[257].

63. Plan. — On procédera à la partie préliminaire (I) puis à la partie conclusive (II).

---

[255] v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°275 et s., p. 272 et s.

[256] J. STEYN, *The Case for a Supreme Court*, 118 L.Q.R. (2002), pp. 382-396. La loi de 2005 (the Constitutional Reform Act of 2005, Part 3), entrée en vigueur le 1 octobre 2009, a établi la Cour suprême.

[257] Supreme Court Act 1981, s. 49 (1): « […] wherever there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of *common law* with reference to the same matter, the rules of equity shall prevail. »; WALKER & WALKER, *op. cit.*, p. 57.

I — La partie préliminaire

64. La partie préliminaire présentera les 6 affaires jugées postérieurement aux *Judicature Acts* (1873-1875) :
Affaire n°7 : Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v. Aizlewood (1889)
Affaire n°8 : In re Wragg, Limited (1897)
Affaire n°9 : Lagunas Nitrate Company v. Lagunas Syndicate (1899)
Affaire n°10 : Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd. (1911)
Affaire n°11 : Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited (1924)
Affaire n°12 : In re Smith and Fawcett, Limited (1942)

65. Méthodologie. — On n'a trouvé aucune décision de justice rendue entre 1875 et 1945 contenant l'expression la *business judgment rule*. On examinera les arrêts qui ont été justement cités par la doctrine dans le contexte de la responsabilité pour négligence, mais non pour erreurs de jugement[258] ou dans le contexte du refus du juge de rendre le jugement[259].

66. Affaire n°7 : Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v. Aizlewood (1889)[260]. — Dans l'arrêt de la « division » de la chancellerie de la

[258] *Palmer's Company Law*, *Volume 2, Part 8 - Management and Administration, Chapter 8.28, Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence: CA 2006 S.174, Liability is for negligence, not mere errors of judgement*, © 2013 Sweet & Maxwell, 8.2810: (1) « Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392, Brett LJ. : « A director must be guilty of such negligence as would make him liable in an action. Mere imprudence is not negligence; want of judgment is not. It must be such negligence as would make a man liable in point of law. » »; (2) « Rubber Plantations and Estates Ltd, Re [1911] 1 Ch. 425, Neville J: « The director is not required to be right, just to display reasonable care, « measured by the care an ordinary man might be expected to take in the same circumstances on his own behalf. He is clearly … not responsible for damages occasioned by errors of judgment. » » Aussi, v. A. TUNC, *The judge and the businessman*, *op. cit.*, 549-568 : « City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485. »

[259] v. A. TUNC, *ibid.* : (1) « In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA) »; (2) « Smith and Fawcett, Limited, Re [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.) »

[260] Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v Aizlewood [1889] 44 Ch. D. 412.

High Court du 6 novembre 1889, juge Sterling a cité le lord justice Cotton pour affirmer que les directeurs sont qualifiés de mandataires et sujets à la responsabilité des fiduciaires, mais qu'ils jouissent de la discrétion et s'ils agissent de bonne foi, ils ne sont pas responsables pour faute de jugement ou erreur de jugement[261].

67. Affaire n°8 : In re Wragg, Limited (1897)[262]. — En l'espèce, au moment de la constitution de la société à responsabilité limitée (*limited company*), ses associés, Wragg et Martin lui avaient vendu, par exemple, leur omnibus pour 46 300£. Le liquidateur de la compagnie a cherché à démontrer que le prix payé par la société a été surestimé de quelque 18 000£ (près de 65%).

Dans l'arrêt de la *court of appeal* du 19 mars 1897, le *Lord Justice of appeal* Rigby a rappelé qu'en vertu de l'arrêt Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper, les actions ne peuvent pas être émises en dessous de leur valeur[263].

Néanmoins, il a affirmé que la société à responsabilité limitée peut acheter la propriété ou payer les services pour le prix qu'elle estime juste, sous forme d'actions, à condition qu'elle le fasse honnêtement et sans exagération[264]. Il a dénié ainsi avoir évalué la valeur de l'omnibus. Le Professeur Tunc a soulevé la question de savoir si la surestimation de 65% peut être effectuée honnêtement et sans exagération ou si elle peut être juste, par exemple, pour les investisseurs et créanciers. Selon le Professeur Tunc, la solution retenue ne se justifie pas par les difficultés d'évaluation dès lors que le juge y procède dans les autres contextes, et l'intervention du législateur est nécessaire[265].

---

[261] Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v Aizlewood [1889] 44 Ch. D. 412, 453 454. Voir l'Annexe n°1.13.1.

[262] In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA), v. A. TUNC, *The judge and the businessman*, *op. cit.*, pp. 549-568.

[263] In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA), 830 : « That shares cannot be issued at a discount was finally settled in the case of the Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper [74] […]».

[264] In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA), 830. Voir l'Annexe n°1.14.1.

[265] A. TUNC, *The judge and the businessman*, *op. cit.*, p. 550-551. Voir l'Annexe n°1.5.1.

68. Affaire n°9 : Lagunas Nitrate Company v. Lagunas Syndicate (1899)[266]. — En l'espèce, en 1889, *the Lagunas Syndicate, Limited* a acheté au Chili la propriété *Lagunas Nitrate Works*, composée des terres, des bâtiments, de l'usine et de matériaux , pour le prix de 110 000£. En 1894, ce syndicat a constitué la société *Lagunas Nitrate Company* pour opérer la propriété tout en lui vendant la propriété pour le prix de 400 000£. Le conseil des directeurs de la société a été composé majoritairement des directeurs du syndicat. En raison des problèmes financiers, les actionnaires avaient nommé des directeurs indépendants qui ont intenté une action, entre autres, contre les premiers directeurs pour obtenir l'annulation du contrat et les dommages-intérêts.

En vertu de l'arrêt du 26 juin 1899, la *court of appeal* (le *Master of the rolls* Lindley et le *Lord Justice* Collins) a débouté cette demande. A l'appui de cette décision, le *Master of the rolls*[267] Lindley, en citant l'arrêt Overend v. Gibb, a rappelé que les directeurs qui agissent (1) dans la limite de leurs pouvoirs (*not ultra vires*), (2) sans fraude, (3) de bonne foi (*bona fides*), (4) honnêtement dans l'intérêt de la société et (5) avec le soin raisonnable, en tenant compte de leurs connaissances et expériences[268], ne sont pas responsables des pertes que la société peut subir en raison de leurs erreurs (*mistake or errors in judgment*), même s'ils auraient pu les éviter en prenant plus de soin[269]. Le juge a dit que les directeurs sont responsables pour négligence lourde (*culpable or gross negligence*). Dans l'opinion dissidente, le même *Lord Justice of appeal* Rigby a considéré que la société avait droit à l'annulation du contrat dans le contexte d'un conflit d'intérêts[270].

---

[266] Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA).

[267] Il préside la *Civil Division* de la *Court of Appeal*.

[268] La doctrine s'est demandée s'il s'agissait de l'appréciation *in concreto* (subjective test) v. *Palmer's Company Law, Volume 2, Part 8 - Management and Administration, Chapter 8.28, Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence: CA 2006 S.174, The old subjective test, 8.2801*. Comp. B.R. CHEFFINS, *Company Law : Theory, Structure, And Operation* (Calendron Press, Oxford 2006), p. 265, 314. Voir l'Annexe n°1.6.1.

[269] Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA), at 422-423, 435. Voir l'Annexe n°1.15.1.

[270] Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA) at 394. Voir l'Annexe n°1.15.2.

Aux Etats-Unis, la *business judgment rule* moderne très probablement ne serait pas appliquée dans ce contexte de conflit d'intérêts[271].

69. Affaire n°10 : Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd. (1911)[272]. — En l'espèce, en 1906, la société *Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd.* a été constituée en vue d'acheter la propriété au Brésil du Nord pour cultiver le caoutchouc, la noix de coco, le café et les autres produits. En 1908, la dissolution de la société a été prononcée. Le liquidateur a intenté une action contre les directeurs pour, par exemple, avoir conclu le contrat d'achat de cette propriété sans examen correct et pour ne pas avoir demandé sa nullité. L'arrêt de la « division » de la chancellerie de la *High Court* du 29 novembre 1919 a débouté le demandeur.

A l'appui de cette décision, le juge Neville a cité l'affaire Overend v. Gibb et il a dit que la diligence raisonnable se mesure par référence à « des soins » demandés à un homme ordinaire dans les mêmes circonstances en son propre nom et que les directeurs sont responsables en cas de négligence lourde (*gross negligence*) et ne sont pas responsables des dommages occasionnés par des erreurs de jugement[273].

Aux Etats-Unis, la *business judgment rule* moderne très probablement ne serait pas appliquée en raison de la violation du devoir d'obtenir l'information.

70. Affaire n°11 : Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited (1924)[274]. — En l'espèce, en 1908, *the City Equitable Fire Insurance Company, Ltd.* a été constituée pour exercer une activité d'assurance. La société a subi des pertes en raison de la fraude du directeur général. Le liquidateur (*Official Receiver as liquidator*) a agi contre les directeurs en vue d'engager leur responsabilité pour les pertes causées par les investissements, les prêts et les paiements des dividendes faute de capital.

Dans l'arrêt de la cour d'appel du 11 juillet 1924, le juge Romer a déclaré que les directeurs sont les *trustees* seulement dans le cas où ils restent dans la relation

[271] v. La Partie II, Le Titre I, le Chapitre 1, la Section 2.

[272] Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425.

[273] Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425, at 436, 437.

[274] City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485.

fiduciaire avec la société, mais ils ont des obligations différentes des *trustees*[275] et il dit que le degré des obligations exigées des directeurs signifie, par exemple, l'absence de responsabilité pour les erreurs de jugements[276]. La responsabilité des directeurs n'a pas été engagée.

71. Affaire n°12 : In re Smith and Fawcett, Limited (1942)[277]. — En l'espèce, la société (*Smith & Fawcett, Ltd.*) a émis les 8002 actions ordinaires – les 4001 actions à chacun des deux directeurs, à savoir Joseph Fawcett et Norman Smith. L'article 10 des statuts a prévu que les directeurs peuvent à tout moment, dans leur discrétion absolue et sans contrôle, refuser d'enregistrer tout transfert d'actions. Après décès de l'un des directeurs, Joseph Fawcett, son fils a demandé à enregistrer les actions de son père en son nom.

Norman Smith et J.W. Plume, son avocat, co-opté par Smith en tant que directeur, ont refusé de consentir à l'enregistrement. Norman Smith a offert au fils de Joseph Fawcett de consentir à enregistrer 2001 actions au nom du fils de Joseph Fawcett et de consentir à acheter 2000 par Norman Smith lui-même et à un prix fixé par Norman Smith lui-même. Dans l'arrêt de la *court of appeal* du 27 mars 1942, le *master of the rolls* lord Greene a dit que lorsque les statuts ont conféré la discrétion en ce qui concerne le transfert des actions, les directeurs doivent exercer leur discrétion (1) de bonne foi (*bona fide*) (2) dans ce qu'ils considèrent – pas ce qu'un tribunal considère – être dans l'intérêt de la société[278].

D'un côté, il a été allégué que les directeurs avaient refusé le transfert des actions parce que le directeur dominant avait voulu acquérir les actions pour lui-même au-

[275] City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485, 426-427. Voir l'Annexe n°1.18.1. V. aussi B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, p. 102. Voir l'Annexe n°1.6.2.

[276] City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485, 428-429. Voir l'Annewe n°1.18.2. V. aussi B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, p. 314. Voir l'Annexe n°1.6.3.

[277] Smith and Fawcett, Limited, Re [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.).

[278] Smith and Fawcett, Limited, Re [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.). Voir l'Annexe n°1.18.1. v. B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, p. 313. Voir l'Annexe n°1.6.4.; David W. GIATTINO, *Curibing Rent-seeking by Activist Shareholders: The British Approach, 25 Temple International and Comparative Law Journal (Spring 2011)*, 103, p. 124, note 184; J. PALMER, *Understanding the Director's Fiduciary Obligation*, New Zealand Business Law Quarterly (December, 2006), Note 23.

dessous de leur valeur. De l'autre côté, le directeur dominant a juré que les directeurs avaient considéré les intérêts de la société et étaient arrivés à la conclusion qu'il serait indésirable d'enregistrer le transfert de la totalité des actions. Le Professeur Tunc a remarqué que le juge n'avait pas exigé que les directeurs expliquent plus précisément de quel intérêt de la société il s'agissait[279]. A notre avis, le juge n'a pas examiné si la décision des directeurs avait été prise objectivement[280] ou même subjectivement[281] dans les meilleurs intérêts de la société ou si la décision avait été raisonnable.

La doctrine a mis en cause le résultat de l'affaire[282]. A notre avis, les points qui méritent d'être discutés sont les suivants : (1) l'interprétation que l'accord pour le transfert partiel des actions implique l'absence de motif personnel d'un refus du transfert total des actions; (2) le prix d'achat des actions fixé par le directeur dominant ; (3) les circonstances du transfert : le refus du transfert des actions au fils du co-fondateur de la société par l'autre co-fondateur.

A notre avis, aux Etats-Unis, la *business judgment rule* moderne ne serait pas appliquée en raison du conflit d'intérêts et/ou de l'absence d'indépendance des directeurs.

[279] A. TUNC, *The Judge and the Businessman*, *op. cit.*, pp. 549-568, p. 552. Voir l'Annexe n°1.5.1.

[280] B.R. CHEFFINS, *op. cit.*, p. 313. Voir l'Annexe n°1.6.5.

[281] A. TUNC, *ibid*., p. 552. Voir l'Annexe n°1.5.2.

[282] Statutory Assistance for Closely Held Corporation, 71 Harv. L. Rev. 1498, Notes, p. 1511, note 118; A. TUNC, *ibid*., p. 552.

II — La partie conclusive

72. On a examiné les décisions rendues dans les 6 affaires postérieurement à 1875, c'est-à-dire les 2 arrêts rendus par la « division » de la chancellerie de la *High Court of Justice*[283] et les 4 arrêts rendus par la *court of appeal*[284]. Certaines de ces décisions se réfèrent aux arrêts rendus par la juridiction de l'*equity* antérieurement à 1875 qu'on a présentés au paragraphe 1, par exemple, Overend v. Gibb[285].

En général, les arrêts américains importants pour la genèse de la *business judgment rule* ne font pas référence aux arrêts anglais rendus postérieurement à 1875 que nous avons examinés. Les arrêts américains importants pour la genèse de la *business judgment rule* sont rendus antérieurement à 1875 et fondent leur jurisprudence propre relative à la *business judgment rule*. Néanmoins, les arrêts anglais rendus postérieurement à 1875 qu'on a examinés constituent référence pour les arrêts postérieurs rendus au Royaume Uni, au Canada et en Australie sur la *business judgment rule*.

73. **Innovation. —** Dans la recherche sur la genèse de la *business judgment rule*, on a présenté les décisions rendues dans les 12 affaires. Nos conclusions sont les suivantes.

---

[283] (1) Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v Aizlewood [1889] 44 Ch. D. 412 ; (2) Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425.

[284] (1) In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA); (2) Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA); (3) City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485 ; (4) Smith and Fawcett, Limited, Re [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.).

[285] (1) Dans l'arrêt Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA), le *Master of the Rolls* LINDLEY a cité Overend v. Gibb ; (2) dans l'arrêt Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425, at 437, le *Justice* NEVILLE a cité aussi Overend v. Gibb ; (3) dans l'arrêt Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited (1924), *Justice* ROMER a cité, par exemple, les arrêts Overend, Gurney & Co. v. Gibb (1872); Lagunas Nitrate Company v. Lagunas Syndicate (1899); Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re (1911).

Section 2 — La synthèse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* (1742-1945)

74. Confirmations. — L'arrêt The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton (1742)[286] est reconnu en tant que le plus ancien arrêt lié à la *business judgment rule*[287].

Néanmoins, il convient de nuancer cette confirmation en précisant que cet arrêt est rendu par la juridiction de l'*equity*.

75. Découvertes. — Premièrement, l'arrêt Harman v. Tappenden (1801)[288] est le plus ancien ou l'un des plus anciens arrêts rendus par la juridiction de la *common law* et liés à la *business judgment rule*.

Deuxièmement, les arrêts américains relatifs à la *business judgment rule* renvoient non seulement à l'arrêt The Charitable Corporation v. Sutton (1742), mais aussi aux autres arrêts anglais rendus avant 1875 qu'on a examinés,[289] par exemple, Harman v. Tappenden (1801)[290] ; The York & North Midland Railway Company v. Hudson (1845)[291].

---

[286] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400.

[287] D. J. BLOCK, N.E.BARTON, S.A. RADIN, *op. cit.*, « A. [Historical Origins], p. 9 : Judicial reluctance to second guess decisions by directors regarding the conduct of business dates back in English law over 250 years to Charitable Corp. v. Sutton, Note 35. 2 Atk. 400, 404 (1742). » ; E. CHAMY, *Transposition du Corporate Governance anglo-saxon en droit français*, *op. cit.*, n°69, p. 4 : « La règle du « business jugdment rule » n'est pas une conception moderne de direction de l'entreprise, mais elle est directement héritée de la *Common law* anglaise. Note 12 : L'origine de la règle du « Business Judgment » date en Angleterre de 1742 « Charitable Corps. v. Sutton » où un Tribunal anglais considéra qu'un directeur est obligé d'exécuter un trust avec loyauté et diligence. The Business judgment rule, fiduciaires duties of corporate directors, fourth édition ; by Dennis J. Block, Nancy E. Burton and Stephen A. Radin, Prentice Hll and Business. »

[288] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555.

[289] Cependant, ces arrêts américains ne renvoient pas aux arrêts anglais rendus depuis 1875 qu'on a examinés.

[290] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555.

[291] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

Troisièmement, parmi les affaires anglaises jugées avant 1875 qu'on a examinées, les 5 affaires ont été décidées par la juridiction de l'*equity* (Sutton ;[292] Hudson ;[293] Marshall ;[294] Gibb[295]) et 1 affaire (Tappenden)[296] a été décidée par la juridiction de la *common law*.

Ainsi, l'origine anglaise de la *business judgment rule* peut être trouvée non seulement dans les règles de l'*equity*, mais aussi dans celles de la *common law*.

Quatrièmement, dans l'arrêt The Charitable Corporation v. Sutton (1742), le lord chancelier Hardwicke a fait référence importante à Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), une œuvre fondamentale du droit français de la tradition romano-germanique[297]. Ainsi, on peut rechercher l'origine de la fameuse *duty of care* anglo-saxonne dans la tradition romano-germanique.

Cinquièmement, les opinions du lord chancelier Hatherley dans les affaires Marshall v. Turquand[298] et Overend, Gurney & Co.[299] auraient pu avoir eu de l'influence sur la confirmation de la jurisprudence antérieure.

76. Propositions et questions. — En vertu des arrêts anglais rendus avant 1875, il semble que les faits générateurs de responsabilité des directeurs sont, par exemple, les suivants :

(1) la fraude ;

(2) la mauvaise foi, c'est-à-dire l'intention de causer un préjudice ;

---

[292] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 ; D. J. BLOCK, N.E.BARTON, S.A. RADIN, *op. cit.*, p. 9.

[293] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

[294] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[295] Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[296] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555

[297] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others, 2 Atk. 400, 405 (Ch. Aug. 13, 1742) : « Domat's Civil Law upon this head, 2 B. Tit. 3, Sec. 1 & 2. ».

[298] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[299] Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

(3) l'appropriation des fonds ;
(4) la non-conformité à l'intérêt social ;
(5) la négligence lourde équivalente à la fraude.
Il est affirmé que les directeurs n'engagent pas leur responsabilité pour les erreurs de jugement commises non intentionnellement (*default of judgment* ; *mistake of judgment* ; *error of judgment*).
Il est déclaré par les juges que ces derniers ne veulent pas interférer dans la discrétion des directeurs.
La charge de la preuve repose sur le demandeur.

Les questions qui se posent sont les suivantes :
(1) qu'est-ce que l'erreur ? quelle est la forme de l'erreur ?
(2) y-a-t-il des limites à l'erreur excusable ?
(3) si oui, quelles sont les limites à l'erreur excusable ou autrement dit, quelles sont les caractéristiques de l'erreur non-excusable ? qu'est-ce que l'erreur intentionnelle ou l'erreur non intentionnelle ?
(4) quelle est la différence entre l'erreur et la faute simple de négligence ou d'imprudence ?
(5) quelle est l'appréciation de l'erreur (*in concreto* ou *in abstracto*)[300] ?

77. Comparaisons. — On a examiné les 12 affaires. Dans les espèces examinées, le nombre d'actionnaires dans les sociétés a varié[301]. Les sociétés ont eu pour objet

[300] Les réponses à ces questions seront présentées dans la Partie II, Titre I, Chapitre 2.

[301] Les sociétés à deux actionnaires: (1) In re Wragg, Limited [1897] 1 Ch. 796 (CA) ; (2) In re Smith and Fawcett, Limited [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.), (304); Les sociétés avec un grand nombre d'actionnaires: (1) Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555 ; (2) The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 ; (3) The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485 ; (4) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; (5) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480 ; (6) Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425; (7) City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407 (411).

des activités financières[302] ou autres[303]. Plus souvent les sociétés ont eu des problèmes financiers ou ont été en liquidation[304].

Le demandeur à l'action a été, par exemple, la société[305] ou le liquidateur de la société au nom de la société[306]. Les défendeurs ont été les directeurs[307]. Les décisions en

---

[302] (1) The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 ; (2) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376. ; (3) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[303] (1) Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555 (« fish corporation »); (2) Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425 (« purchase land in North Brasil »); (3) City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485 (« insurance and reinsurance »); (4) In re Smith and Fawcett, Limited [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.), at 304: « to take over a business carried on. ».

[304] Les sociétés en liquidation: (1) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376. ; (2) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480 ; (3) Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425, 429; (4) City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485: The City Equitable Fire Insurance Company, Ld. Les sociétés sans problèmes financiers: (1) The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485 ; (2) In re Smith and Fawcett, Limited [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.).

[305] (1) The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 ; (2) The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485; (3) Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[306] (1) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376. ; (2) Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425, 429; (3) City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407, 414; [1924] All E.R. Rep. 485.

[307] Les membres de la *water court* : Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555 ; les *committee-men* : The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400 ; le président du *board of directors* : The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485 ; les directeurs : Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376 ; Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480 ; Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd., Re [1911] 1 Ch. 425 ; City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 48 ; In re Smith and Fawcett, Limited [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.) (305).

cause ont été, notamment la sanction disciplinire contre un membre de la société[308] ; l'autorisation des prêts et le manque de surveillance[309] ; la vente des actions au profit d'un président du conseil des directeurs[310] ; l'abus de confiance et la mauvaise gestion[311] ; l'octroi des prêts à l'un des directeurs sans sûreté[312] ; la non-convocation de l'assemblée des actionnaires ayant été obligatoire en vertu des statuts[313] ; l'achat d'une entreprise avec un endettement important[314].

Les juges ont affirmé souvent que les directeurs sont les mandataires et les fiduciaires[315]. Plus souvent, la responsabilité des directeurs n'a pas été pas engagée et le demandeur a été débouté[316]. La responsabilité personnelle des directeurs a été mise en cause pour la négligence lourde[317] ou la violation d'un devoir de loyauté[318].

78. Critiques. — (1) Déni de justice. La doctrine s'est demandée si dans certains arrêts les juges ont été coupables de déni de justice[319]. La responsabilité personnelle

---

[308] Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555.

[309] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400.

[310] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

[311] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[312] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[313] Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[314] Overend, Gurney & Co. v. Gurney [1868-69] L.R. 4 Ch. App. 701, affirmed by The Overend & Gurney Company v Thomas Jones Gibb and John Darby Gibb [1871-1872] L.R. 5 H.L. 480.

[315] (1) The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others, 2 Atk. 405, 406 (Ch. Aug. 13, 1742) ; (2) The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485; (2) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[316] (1) Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555; (2) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376. ; (3) Lagunas Nitrate Co v Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA).

[317] The Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others [1742] 2 Atk. 400.

[318] The York & North Midland Railway Company v. Hudson [1853] 16 Beavan 485.

[319] L'arrêt Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112, 134. Voir l'Annexe n°1.11.5; A. TUNC, *op. cit.*, p. 549, 554. Voir l'Annexe n°1.5.4.

des dirigeants n'a pas été mise en cause ni pour violation des statuts, ni pour défaut d'information ou de loyauté[320]. Dans les cas d'espèce, on voit une certaine dissociation entre les devoirs énoncés et l'appréciation de leur transgression. De plus, la *business judgment rule* américaine ne serait pas appliquée dans un certain nombre d'arrêts examinés[321].

(2) Absence de terme *business judgment rule* ; absence de formulation explicite de *business judgment rule*. La question reste de savoir quel est le lien entre les arrêts examinés et la *business judgment rule*.

Dans les arrêts examinés, il n'y a ni expression la *business judgment rule* ni formulation explicite de la règle.

En tout cas, la *business judgment rule* ne se différencierait pas des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société, et plus précisément, elle serait relative à l'appréciation de la faute de façon indulgente (non-stricte).

La question qui se pose est de savoir si ce qui allait devenir la fameuse *business judgment rule* à l'origine n'était, à vrai dire, plus grand-chose.

On a trouvé un lien indirect entre une partie des arrêts examinés et la *business judgment rule*. Une partie des arrêts examinés a été citée par les arrêts américains considérés comme constituant la genèse de la *business judgment rule*

79. Après avoir examiné les arrêts anglais rendus antérieurement à 1945 (Chapitre 1), on recherchera la *business judgment rule* dans les arrêts rendus aux Etats-Unis antérieurement à 1945 (Chapitre 2).

[320] (1) Harman v. Tappenden and Fifteen Others [1801] 1 East 555; (2) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376.

[321] (1) Turquand v. Marshall [1868] L.R. 6 Eq. 112 reversed by Turquard v. Marshall [1869] L.R. 4 Ch. App. 376; (2) Lagunas Nitrate Co v. Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch. 392 (CA) ; (3) Smith and Fawcett, Limited, Re [1942] Ch. 304; 1 All E.R. 542 (C.A.).

CHAPITRE 2
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
DANS LA JURISPRUDENCE AMERICAINE (1825-1945)[322]

80. Droit des Etats-Unis (*US law*). — Le droit des Etats-Unis, bien que différent du droit anglais, appartient à la famille des droits de la *common law*[323]. Le droit des Etats-Unis est essentiellement un droit jurisprudentiel, fondé sur le précédent[324].

81. Histoire du droit des Etats-Unis (1492-1945). — Il est admis que le continent américain a été découvert en 1492. Il a été colonisé par la Couronne d'Angleterre à partir du XVIe siècle[325]. Les premières treize colonies anglaises ont été constituées de 1607 à 1732[326]. En vertu du *Calvin's case* (1608), ces colonies ont été soumises à la *common law* d'Angleterre « dans la mesure où ses règles [ont été] appropriées aux conditions de vie régnant dans ces colonies »[327].

---

[322] Pour plus d'information sur le droit des Etats-Unis, voir aussi, l'Annexe n°9.2

[323] Sauf la Louisiane (l'ancien territoire de la Nouvelle-Orléans), v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°321, p. 305. Les autres pays de *common law* : l'Irlande ; le Canada ; l'Australie.

[324] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°326, p. 310; n°330, p. 313 ; n°347, p. 323; A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, RID comp., 1951, pp. 5-35, p. 10 ; A. TUNC, *Le droit des Etats-Unis*, Que Sais-Je ? (2è ed. PUF, 1969), p. 94. Voir les Annexes n°s 2.1.1 et 2.2.1.

[325] Par des compagnies privées et/ou individus privés. Les compagnies privées, par exemple,: La Massachusetts Bay Company ; les individus privés, par exemple : Lord Baltimore fonda le Maryland ; Sir William Penn créa la Pennsylvanie. v. E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, Que Sais-Je (PUF, 1re éd. 2001), pp. 7-8.

[326] Il s'agit (1) de la Virginie (1607) ; (2) du New Hampshire (1620) ; (3) du Massachusetts (1620 selon R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°318, p. 303 ; ou 1629 selon W. FLETCHER, *op. cit.* § 22, note 3) ; (4) du Delaware (1628) ; (5) du Maryland (1632) ; (6) du Connecticut (1635) ; (7) du Rhode Island (1636) ; (8) de la Caroline du Nord (1663) ; (9) de la Caroline du Sud (1663) ; (10) du New Jersey (1664) ; (11) de New York (1664) ; (12) de la Pennsylvanie (1681) ; et (13) de la Géorgie (1732). v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°318, p. 303 ; A. TUNC, *Le droit des Etats-Unis*, Que Sais-Je ? (2è ed. PUF, 1969), p. 10.

[327] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°318, p. 303, note 2 : 7 Co. I, 17b, 1608.

Le Congrès général des Etats-Unis d'Amérique, qui était composé de représentants des 13 colonies, a proclamé l'indépendance envers le Royaume de Grande Bretagne le 4 juillet 1776 (*Declaration of Independence*). La guerre d'Indépendance s'est terminée par la victoire des Etats-Unis. Le traité de paix a été signé à Paris le 3 septembre 1783. La Convention de Philadelphie a adopté la Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique le 17 septembre 1787. Elle est devenue la constitution écrite la plus ancienne dans le monde[328]. Les Etats-Unis sont demeurés dans le système de la *common law*[329]. La guerre de Sécession (1861-1865) a eu pour conséquence, par exemple, l'abolition de l'esclavage[330].

82. Structure du droit des Etats-Unis [Droit fédéral et droits d'Etat]. — Les Etats-Unis possèdent deux systèmes de droit : le droit fédéral et les droits d'Etat[331]. L'Etat fédéral aussi bien que les Etats disposent des pouvoirs propres (législatif[332] ; exécutif[333] et judiciaire[334]).

---

[328] A. VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, Thèse Paris 2, dir. O. BEAUD (2011).

[329] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°322, p. 305 : sauf le territoire de la Nouvelle-Orléans qui a été devenu Etat de Louisiane en 1812.

[330] v. La Constitution des Etats-Unis, XIIIe Amendement [1865]. Voir l'Annexe n°2.3.1.

[331] En 1945, le nombre d'Etats était de 48 Etats (« States ») et le district fédéral (le district de Colombie avec la capitale fédérale de Washington). L'Etat de l'Alaska et l'Etat de Hawaii ont été dans l'Union après 1945.

[332] Le pouvoir législatif. Au niveau d'un Etat fédéral, le pouvoir législatif est exercé par le Congrès, qui est divisé en deux chambres : une Chambre des Représentants (*House of Representatives*) et le Sénat (*Senate*).

Au niveau d'un Etat fédéré, le pouvoir législatif est exercé par la législature de l'Etat (*State Legislature*) ou l'assemblée générale (*General Assembly*), qui est divisé en deux chambres : une Chambre des Représentants (*House of Representatives*) et le Sénat (*Senate*). L'Etat du Nebraska est le seul qui possède la législature unicamérale.

v. E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit*., pp. 36-39; v. l'Annexe 11, tableaux nos 9-11.

[333] Le pouvoir exécutif. Au niveau d'un Etat fédéral, le chef de l'exécutif est le président des Etats-Unis. Il est assisté par un vice-président. Il y a des agences fédérales de deux types : les agences exécutives (*executive agencies*) et les agences indépendantes (*independent agencies*). Les agences exécutives (*executive agencies*) sont, par exemple, *U.S. Department of Defense* ; *U.S. Department of*

Les pouvoirs de l'Etat fédéral sont limités aux pouvoirs énumérés par la Constitution (« les pouvoirs explicites ») et aux pouvoirs implicites qui lui sont nécessaires pour mener à bien ceux-ci. Ainsi, la compétence des autorités fédérales est l'exception et la compétence des Etats est la règle[335].

Le Congrès peut réglementer, par exemple, l'économie nationale ; le commerce et l'industrie ; les valeurs mobilières (*securities*) ; les faillites (*bankruptcy*) ; la fiscalité des entreprises (*corporate taxation*) ; les banques (*banking law*) ; la non-concurrence (*antitrust*)[336].

La législature des Etats peut réglementer, par exemple, les contrats et la responsabilité délictuelle ; les sociétés et autres formes des activités économiques (*corporations* ;

Energy ; *U.S. Department of Justice* (à l'intérieur duquel, il y a *U.S. Attorney General* ; *U.S. Solicitor General*; *U.S. Federal Bureau of Investigation* (*FBI*).

Les agences indépendantes sont, par exemple, *Central Intelligence Agency* (*CIA*) ; la réserve fédérale (*U.S. Federal Reserve System*) ; *Federal Trade Commission* ; *U.S. National Labor Relations Board*; *U.S. Securities and Exchange Commission*; *U.S. Small Business Administration* ».

Au niveau d'un Etat fédéré, le chef de l'exécutif est un gouverneur (*governor*) qui est assisté par un vice-gouverneur (*lieutenant governor*). Il y a des agences d'un Etat fédéré.

v. E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 39, 48 ; v. l'Annexe 11, tableau n°10.

[334] Le pouvoir judiciaire. [Les juridictions fédérales] Au niveau d'un Etat fédéral, le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême des Etats-Unis (*United States Supreme Court*) ; les 13 cours d'appel (appelées, par exemple, *United States Courts of Appeal for the Federal Circuit* ou *U.S. Regional Circuit Courts* ou *Circuit Courts*), qui constituent la juridiction de deuxième instance et les 94 cours de district (« *United States District Courts for* (*the name of the district*) ») et les autres (par exemple *bankruptcy courts* ; *Claims courts* ; *Court of International Trade* ; *Tax Court*), qui constituent la juridiction de première instance.

[Les juridictions d'Etats] Au niveau d'un Etat fédéré, le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême (*Suprême Court*) ; les cours intermédiaires d'appel, les cours de première instance à compétence générale (*state trial court* ; *Court of Common Pleas* ; *County Court* ; *Superior Court*) ; et des juges de paix et des tribunaux municipaux.

v. E. ZOLLER, *op. cit.*, pp. 42-43, 49 ; v. l'Annexe 11, tableau n°12.

[335] v. A. TUNC, *op. cit*., pp. 18, 43 ; E. ZOLLER, *op. cit.* ; La Constitution des Etats-Unis, Xe Amendement [1791]. Voir l'Annexe n°2.3.2.

[336] v. La Constitution des Etats-Unis, Article I, Section. Voir l'Annexe n°2.3.3. La Constitution des Etats-Unis, XVIe Amendement [1913]. Voir l'Annexe n°2.3.4; v. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°328, p. 311 ; A. TUNC, *op. cit.*, p. 15

partnerships ; *limited partnerships* ; *limited liability companies*, etc.) ; les biens ; la famille ; les successions[337].

En vertu de la Constitution des Etats-Unis de 1787, la clause de suprématie, la loi fédérale est supérieure à la loi d'Etat. En cas de conflit, la loi fédérale annule la loi d'Etat qui lui est contraire[338]. Si la loi fédérale est silencieuse ou n'occupe pas totalement la matière, la loi d'Etat peut compléter la loi fédérale[339].

Les juridictions fédérales sont compétentes, soit à raison de la nature de l'affaire, c'est-à-dire pour toutes les affaires concernant la Constitution fédérale, les lois fédérales et les traités ; soit à raison de la qualité au moins d'une des parties en cause, c'est-à-dire pour toutes les affaires concernant un ambassadeur, un diplomate, un consul ou vice-consul d'un Etat étranger, pour toutes les affaires concernant les Etats-Unis, les affaires entre les Etats, entre l'Etat et un citoyen d'un autre Etat ou un étranger, entre citoyens d'Etats différents[340].

Les juridictions d'Etat sont compétentes pour les affaires qui relèvent des droits d'Etat.

83. *Common law* fédérale générale. — S'il arrive que les juridictions d'Etat tranchent une question de droit fédéral, dans ce cas-là, en application de la Constitution fédérale des Etats-Unis de 1787, la clause de suprématie, elles doivent appliquer le droit fédéral tel qu'il serait appliqué par les juridictions fédérales[341].

S'il arrive que les juridictions fédérales tranchent une question de droit non fédéral[342], dans ce cas-là, en vertu de la loi fédérale de 1789 sur l'organisation et le fonctionnement des cours fédérales (*Judiciary Act of 1789*), la clause de la section 34, elles doivent appliquer les « lois » (*laws*) d'Etat désigné par les règles de conflit de

---

[337] A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit*., pp. 15-17

[338] La Constitution des Etats-Unis, l'article VI, la section 2. Voir l'Annexe n°2.3.5.

[339] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°329, p. 312. Voir l'Annexe n°2.1.2.

[340] La constitution des Etats-Unis, l'Article III, Section 2. Voir l'Annexe n°2.3.6.; v. aussi A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 66-67.

[341] La Constitution des Etats-Unis, l'article VI, l'alinéa 2 ; A. TUNC, *op. cit.*, p. 54 ; E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 65 ; E. ZOLLER, *ibid.*., p. 255.

[342] Par exemple, à propos d'un litige entre des citoyens d'Etats différents v. E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis (Dalloz, 2010), p. 255. Voir l'Annexe n°3.5.1.

lois[343]. La question s'est posée de savoir si le terme les *laws* incluait, en l'absence de lois, la *common law* d'Etat désigné.

De 1789 à 1842, le terme les *laws* a compris les lois et la *common law* d'Etat désigné[344]. De 1842 à 1938, en vertu de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, Swift v. Tyson[345], le terme les *laws* a compris les lois et leur interprétation dans la *common law* d'Etat désigné et seulement la *common law* de la propriété immobilière d'Etat désigné. La section 34 n'a pas été étendue « aux contrats et aux autres instruments de nature commerciale ». Par conséquent, par exemple, l'interprétation des contrats par la juridiction fédérale a dû être recherchée, « non dans les décisions de tribunaux locaux », c'est-à-dire non dans la *common law* d'Etat désigné, mais dans

[343] *Judiciary Act of 1789*, la section 34 : « The laws of the several states, except where the Constitution, treaties or statutes of the United States shall otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in trials at *common law* in the courts of the United States in cases where they apply. » (Voir l'Annexe n°3.4.1.) v. Swift v. Tyson, 41 U.S. 1, 16 Pet. 1, 1842 WL 5662 (U.S.N.Y.), 10 L.Ed. 865, (19 ; 12). Pour la traduction de cette section v. E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 255 (l'Annexe n°3.4.1); A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales, *op. cit.*, pp. 5-35, p. 8. V. l'Annexe n°2.2.2 ; v. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°331, p. 314 ; A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 54 ; E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit*.

[344] A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit*., pp. 5-35, p. 14. Voir l'Annexe n°2.2.3.

[345] Swift v. Tyson, 41 U.S. 1, 16 Pet. 1, 1842 WL 5662 (U.S.N.Y.), 10 L.Ed. 865 (1842). *Justice* Joseph Story (1779-1845) écrivit une opinion de la Cour suprême des Etats-Unis. En l'espèce, des certains Norton et Keith (tireurs) ont vendu, sans droit, une terre à un certain Tyson. En contrepartie, ce dernier (tiré) a accepté la lettre de change (*bill of exchange*) au bénéfice de Norton (porteur). Pour régler la dette préexistante, Norton a transféré la lettre de change à un certain Swift (porteur), qui était de bonne foi (*bona fides*). Tyson, le tiré, n'honora pas la lettre de change au bénéfice de Swift, le porteur. Le porteur d'une lettre de change de bonne foi qui acquit cette lettre à titre onéreux, et plus précisément, pour une considération suffisante (« for a valuable consideration ») pouvait bénéficier du principe de l'inopposabilité des exceptions. La question posée était de savoir si la dette préexistante avait été une considération suffisante (*for a valuable consideration*). La *common law* de New York, qui devait s'appliquer, n'a pas été conclusive. v. Swift v. Tyson, 41 U.S. 1, 16 Pet. 1, 1842 WL 5662 (U.S.N.Y.), 10 L.Ed. 865, (15-16, 10). Voir l'Annexe n°2.6.1. v. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°332, p. 314-315 ; A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales, *op. cit.*, p. 5-35, p. 14, note 4 ; E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 255.

« les principes généraux et doctrine de la jurisprudence commerciale », c'est-à-dire dans la *common law* fédérale générale en matière commerciale[346].

La jurisprudence Swift a été appliquée à presque toutes les matières de la *common law*, c'est-à-dire aux contrats, aux quasi-délits, aux délits, à la procédure civile, aux sociétés, aux accidents de travail, aux emprunts municipaux[347]. L'arrêt a été peu justifié et beaucoup critiqué[348].

---

[346] v. Swift v. Tyson, 41 U.S. 1, 16 Pet. 1, 1842 WL 5662 (U.S.N.Y.), 10 L.Ed. 865, (18-19, 12). Pour la traduction de l'extrait de l'arrêt en cause dans, voir A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales », RID comp., 1951, p. 5-35, p. 15.; v. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°332, p. 314-315 ; E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis (Dalloz, 2010), p. 255. Voir l'Annexe n°2.6.2.

[347] A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit.*, pp. 5-35, p. 19 ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 255. Voir l'Annexe n°2.5.2.; v. aussi R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°332, p. 314-315.

[348] Pour les raisons d'être de l'arrêt en cause v. A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales, *op. cit*., pp. 5-35, p. 16. Professeur TUNC cite : (1) l'esprit fédéraliste de Joseph STORY ; (2) la réalisation d'une unification des droits d'Etats. Professeur ZOLLER cite : (1) la théorie de droit naturel […] « selon laquelle il existait un droit éternel, fait des principes de raison, dont les juges étaient les oracles et qui venait suppléer les vides du droit positif et servait de cadre de référence aux juges pour interpréter les lois lorsque les droits fondamentaux, en particulier, le droit de propriété ou la liberté contractuelle, étaient en jeu. »

Pour critique de l'arrêt en cause v. la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence : (1) *Justice* Field (opinion dissidente) dans l'arrêt Baltimore & Ohio R.R. Co. v. Baugh, 149 U.S. 308, 401 cité par Erie Railroad Corporation. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 79 (1938) (*Justice* Brandeis). Pour la traduction v. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 253. Voir l'Annexe n°2.7.1. La doctrine : (1) DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°333, p. 315 ; (2) A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales, *op. cit.*, pp. 5-35, pp. 20-25 [« méconnaissance des fonctions des juridictions fédérales » ; « méconnaissance du caractère judiciaire des juridictions » ; « méconnaissance des limites des pouvoirs de la fédération » ; « incertitude »]; (3) E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit*., p. 256. Cette doctrine énumère, par exemple, (1) une injustice : une dualité des solutions juridiques possibles et un forum shopping, par exemple, Black and White Taxicab Co. v. Brown and Yellow Taxicab Co., 276 U.S. 518 (1928) ; (2) la violation de la Constitution des Etats-Unis et/ou de son esprit : l'empiètement sur le domaine réservé aux Etats par, entre autres, l'appropriation du pouvoir législatif dans le domaine où même le Congrès ne peut pas légiférer, etc.

De 1938 à présent, en vertu de l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, Erie Railroad v. Tompkins[349], le terme les *laws* comprend, de nouveau, les lois et la *common law* d'un Etat désigné.

La jurisprudence Swift a été renversée (« Il n'y a pas de *common law* fédérale générale »)[350]. L'arrêt a été bien justifié et fermement appliqué en dépit des difficultés soulevées[351].

---

[349] Tompkins v. Erie R. Co., 90 F.2d 603 (C.C.A.2 (N.Y.) Jun 07, 1937) (N°307), Certiorari Granted by, Erie R Co v. Tompkins, 302 U.S. 671, 58 S.Ct. 50, 82 L.Ed. 518 (U.S.N.Y. Oct 11, 1937) (N°367), AND Judgment Reversed by, Erie R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817, 82 L.Ed. 1188, 114 A.L.R. 1487 (U.S.N.Y. Apr 25, 1938) (N°367). Erie Railroad Corporation. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938). Justice Brandeis écrivit une opinion de la Cour suprême des Etats-Unis. En l'espèce, dans l'Etat de Pennsylvanie, un certain Tompkins, citoyen de cet Etat, a été gravement blessé par un train de marchandises appartenant à l'Erie Railroad Corporation, enregistrée dans l'Etat de New York. Tompkins intenta une action en dommages-intérêts devant la Cour fédérale du district Sud de l'Etat de New York. La question posée était de savoir si la *common law* de l'Etat de Pennsylvanie a été à s'appliquer. v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°334, pp. 315-316 ; A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit.*, pp. 5-35, pp. 25-35.

[350] Erie Railroad Corporation. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938). Pour la traduction v. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 253. Voir l'Annexe n°2.8.1. ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°334, p. 315, note 1 : 304 U.S. 64 (1938). A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit.*, pp. 5-35.

[351] Pour fondements de l'arrêt en cause, v. A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit*., pp. 5-35, pp. 27-33, p. 26 ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 256. La doctrine énumère, par exemple, : (1) la signification de Judiciary Act, la section 34, les mots « the laws » et l'étude de Charles Warren, *New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789* (1923), 37 Harv. L. Rev. 49, pp. 51-52, 81-88, 108 ; (2) la non-réalisation de l'uniformité du droit ; des incertitudes ; une diversité dans l'administration du droit de chaque Etat ; une inégalité entre citoyens dans l'application du droit ; des fraudes à la loi ; (3) une inconstitutionnalité de la jurisprudence Swift.

Pour étendue de l'arrêt en cause, v. A. TUNC, L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales, *op. cit*., pp. 5-35, p. 35 : « les actions at law » et « les actions en equity » ; v. E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit*., p. 259 : la matière des conflits de loi v. Klaxon v. Stentor Electric Manufacturing Co., 313 U.S. 487, 496 (1941).

Pour difficultés soulevées par l'arrêt en cause, v. A. TUNC, *L'application du droit des Etats par les juridictions fédérales*, *op. cit.*, pp. 5-35, pp. 27-35. Professeur TUNC énumère, par exemple : (1) « obscurité du droit de l'Etat » ; (2) « dualité de régime des règles de fond et des règles de procédure »; (3) « difficulté de distinguer la *Common law* des Etats et la *Common law* Fédérale ».

84. ***Common law*** **fédérale (spéciale). —** Cependant, il existe une *common law* fédérale (spéciale), par exemple, (1) dans les matières qui ressortent exclusivement du droit fédéral et (2) dans le domaine des règles fédérales de procédure[352].

[352] Les exemples de la *common law* fédérale (spéciale) dans les matières ressortissant exclusivement du droit fédéral sont, par exemple, (1) une *common law* fédérale relative aux conventions collective du travail bâtie sur le fondement de la loi fédérale Taft-Hartley, v. Textile Workers Union v. Lincoln Mills, 353 U.S. 448 (1957) dans E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 76-77 ; E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 257 ; (2) une *common law* fédérale relative à la concurrence déloyale (*antitrust*) bâtie sur le fondement de la loi fédérale Sherman v. National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978) dans E. ZOLLER, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 77 ; E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit.*, pp. 257-258; (3) une *common law* fédérale spéciale bâtie sur le fondement de la loi fédérale sur les brevets et une loi fédérale sur les marques de fabrique v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°335, p. 317 ; (4) une *common law* fédérale relative aux valeurs mobilière bâtie sur le fondement des lois fédérales relatives aux valeurs mobilières, comme, (i) le Securities Act (SE) of 1933 [appelé aussi : 33 Act ou Fletcher-Rayburn Securities Act of 1933 ou Truth in Securities Act, 15 U.S.C.A. [ch. 2 A] § 77a], dans S. J. CHOI, A.C. PRITCHARD, *Security Regulation. Statutory Supplement. Federal Securities Laws. Selected Statutes, Rules and Forms*, 1-32 (Foundation Press. Thomson Reuters 2009) ; (ii) le Securities Exchange Act (SEA) of 1934 [appelé aussi le '34 Act ou l'Exchange Act) 15 U.S.C.A. [ch. 2 B] § 78a], dans S. J. CHOI, A.C. PRITCHARD, *op. cit.*, 305—371 (Foundation Press. Thomson Reuters 2009) ; (iii) le Trust Indenture Act of 1939, 15 U.S.C.A. §77aaa, disponible sur *Westlaw International*; (iv) l'Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C.A. §80a-1, disponible sur *Westlaw International* ; (v) l'Investment Advisers Act of 1940 (Lea-Wagner Act), 15 U.S.C.A. § 80b-20, disponible sur *Westlaw International* ; (vi) le Sarbanes-Oxley Act of 2002, 15 U.S.C.A. [chapter 98] § 7201, disponible sur WestlawNext ; (v) le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, 12 U.S.C.A. [chapter 53] § 5301, disponible sur WestlawNext.

En ce qui concerne les règles fédérales de procédure, par exemple (1) Règles Fédérales sur l'administration de la preuve en justice (Federal Rules of Civil Procedure), l'article 501 sur les privilèges des témoins. v. E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit*., p. 77 ; E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit*., p. 258.

Les autres exemples de la *common law* fédérale spéciale sont, par exemple, (1) des règles relatives à une bonne administration de la justice, par exemple protégeant les justiciables v. Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388, 396 (1971) ; (2) des règles protégeant les juridictions, v. Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398, 400-401 (1964) v. E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 258.

85. ***Common law*** **des Etats. —** La *common law*, c'est-à-dire l'« ensemble de règles d'origine jurisprudentielle, de nature générale et fondamentale », est une base de droit, propre pour chaque Etat[353].

86. ***Equity*** **des Etats. —** L'*equity* a été appliquée soit par les cours d'*equity*, soit, en l'absence de cours distinctes, par les juridictions d'Etats. Son domaine a été étendu considérablement[354].

87. ***Stare decis.*** **—** La règle américaine du *stare decis*[355] trouve son origine dans la règle anglaise du précédent. Toutefois, les deux règles ont évolué de façon différente.[356] Aux Etats-Unis, l'autorité du précédent varie[357]. Les juridictions des

---

[353] E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 77.

[354] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°342, p. 321. Voir l'Annexe n°2.1.3 ; v. aussi A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°10 p. 9, note 38 cite l'article de A. TUNC, *L'équité en droit anglais et en droit américain*, dans Justice et équité, Justices 1998, n.9, p. 128 et donne example de l'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Kahn v. Tremont Corp., 694 A.2d 422 (Del. Sup. 1997) « qui fait référence à la « broad équitable authority » du juge en droit des sociétés ».

[355] E. ZOLLER, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 72 : « Stare decis et quieta non movere – s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas modifier ce qui existe. » ; A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 87 : « C'est la règle selon laquelle le juge doit s'en tenir aux principes contenus dans les décisions précédentes : stare decis ».

[356] A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, n°24, p. 37 : « La différence la plus marquante entre les deux droits tient à la plus grande liberté du juge américain à l'égard du précédent. » ; A. TUNC, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 88 : « En Angleterre, sa rigueur allait croître. […] Aux Etats-Unis, […] l'autorité du précédent a bien diminué. » ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°358, p. 332. Voir l'Annexe n°2.1.4 ; v. aussi A. TUNC, *The Not So Common law of England and the United States, Or, Precedent In England and in the United States, A Field of Study by an Outsider*, 47 The Modern Law Review, pp. 150-170 (1984).

[357] Pour raisons de l'autorité relative du précédent aux Etats-Unis, v. A. TUNC, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, pp. 91-93. Professeur TUNC énumère : (1) les conditions locales ; (2) les spectaculaires revirements de la Cour suprême ; (3) l'esprit américain ; (4) les attaques à l'autorité de chaque décision de l'intérieur, c'est-à-dire par des *dissents* et de l'extérieur par la comparaison permanent entre les droits d'Etat ; (5) l'impossibilité de connaître de tous les arrêts.

Etats suivent, en principe, les précédents rendus dans leurs Etats[358]. Les juridictions fédérales suivent, normalement, les précédents rendus par leur propre juridiction et par les juridictions supérieures du même circuit. Toutefois, la Cour suprême des Etats-Unis et les Cours suprêmes des Etats ne sont pas tenues de suivre leurs propres précédents. Ainsi, elles peuvent renverser un précédent opérant des revirements dans leur jurisprudence[359].

88. Plan. — La *business judgment rule* relève du droit des sociétés (*corporations*). Or, le droit des sociétés ne ressort pas du droit fédéral, mais des droits des Etats. Selon le savoir conventionnel, la *business judgment rule* devait relever seulement de la *common law* et *equity* des Etats (Section 2). Cependant, il convient d'examiner si la *business judgment rule* a été traitée par la *common law* fédérale (Section 1).

[358] Depuis la jurisprudence Erie, les juridictions fédérales qui appliquent le droit d'Etat désigné sont assimilées aux juridictions de cet Etat. v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°358 et 359, pp. 331-332.

[359] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°358 et 359, p. 331-332 ; A. TUNC, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, pp. 87-94.

Section 1 — La *business judgment rule* dans la *common law* fédérale générale

89. Juridictions fédérales. — Aux Etats-Unis, les juridictions fédérales peuvent être divisées en deux groupes : les juridictions fédérales traditionnelles (de droit commun) et les juridictions fédérales spécialisées.

Les juridictions fédérales de droit commun se composent de la Cour suprême des Etats-Unis, des cours d'appel et des cours de district.

La Cour suprême des Etats-Unis (*United States Supreme Court*) est la plus haute instance du pouvoir judiciaire fédéral[360]. Depuis 1869, la Cour suprême comprend 9 membres : le président (*Chief Justice*) et les huit juges associés (*Associate Justices*). La décision rendue à une majorité des juges est qualifiée d'opinion de la Cour et constitue un précédent obligatoire. La décision qui ne réunit pas la majorité, et qui est rendue à la pluralité des juges, est qualifiée de jugement de la Cour et ne constitue pas un précédent obligatoire mais persuasif[361]. La Cour suprême peut, par quatre voix (*rule of four*), accorder le *writ of certiorari*. Dans certaines matières, la Cour suprême a une compétence de premier ressort (*original jurisdiction*) et dans d'autres matières une juridiction d'appel (*appellate jurisdiction*). La Cour suprême juge du fait et du droit[362]. Elle juge un petit nombre d'affaires.

A ce jour, les treize cours d'appel existent (étant appelées, par exemple, *United States Courts of Appeal for the Federal Circuit* ou *United States Courts of Appeal for the*

[360] Le site officiel accessible sur http://www.supremecourt.gov/ (la dernière visite: le 24 juin 2013). Au fronton du bâtiment à Washington où siège la Cour suprême des Etats-Unis, des mots suivants sont gravés : *Equal Justice Under Law* (« justice égale conformément à la loi »). v. sur la Cour suprême des Etats-Unis, par exemple, E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.* ; E. ZOLLER, *Considération dur les causes de la puissance de la Cour suprême des Etats-Unis et de sa retenue*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2011/4 N°33, pp. 231-251 ; E. ZOLLER, *Etats-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême*, Pouvoirs, n°84, 1998, pp. 163-175.

[361] E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. XII.

[362] E. ZOLLER, *Etats-Unis. Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême*, Pouvoirs, n°84, 1998, pp. 163-175, p. 167.

First Circuit ou *U.S. Regional Circuit Courts* ou *Circuit Courts*). Elles constituent la juridiction de deuxième instance[363]. Les décisions sont rendues par trois juges.
A ce jour, les quatre-vingt-quatorze cours de district existent (étant appelées *United States District Courts for [the name of the district]*). Elles constituent la juridiction de première instance. Les décisions sont rendues par juge unique, sauf certaines rares matières dans lesquelles les décisions sont rendues par trois juges.
Plusieurs tribunaux sont spécialisés dans certaines branches, par exemple, *bankruptcy courts* ; *claims courts* ; *Court of International Trade* ; *Tax Court*[364].

90. Jury. — Le droit au jury est garanti par la Constitution des Etats-Unis, 7e amendement[365], devant les juridictions fédérales en matière civile et pénale, dans le procès de la *common law* (et non l'*equity*) où la valeur du litige est supérieure à 20$. Cette garantie constitutionnelle ne s'étend pas aux procès devant les juridictions des Etats[366].

91. Juges fédéraux. — Les juges fédéraux sont nommés à vie. Les juges sont désignés par le Président et confirmés par le Sénat. Ils sont recrutés parmi les juges des tribunaux fédéraux ou étatiques, ou plus rarement, parmi les professeurs des écoles de droit des Universités[367].

92. Plan. — On veut savoir si la jurisprudence fédérale générale a articulé la *business judgment rule*. C'est pourquoi, les cinq arrêts célèbres rendus par les juridictions fédérales avant l'arrêt Erie Railroad Co. v. Tompkins (1938) seront analysés au cas par cas (§1) et synthétisés (§2) successivement.

---

[363] (1) *Federal Circuit Court* a une compétence rationae materiae et exclusive, par exemple, brevet, litige concernant les employés fédéraux, le commerce international; (2) *D.C. Circuit* ; (3) *1st Circuit* ; (4) *2nd Circuit* ; (5) *3rd Circuit* ; (6) *4th Circuit* ; (7) *5th Circuit* ; (8) *6th Circuit* ; (9) *7th Circuit* ; (10) *8th Circuit* ; (11) *9th Circuit* ; (12) *10th Circuit* ; (13) *11th Circuit*.

[364] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°349, pp. 324-325.

[365] La Constitution des Etats-Unis, 7e amendement. Voir l'Annexe n°2.3.7.

[366] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°351, pp. 326-327.

[367] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°357, p. 331.

§ 1 — L'analyse des arrêts de la *common law* fédérale générale dans le contexte de la *business judgment rule*

93. On analysera les 5 arrêts suivants :

Affaire n°1 : Witters v. Sowles (1887)

Affaire n°2 : Briggs v. Spaulding (1891)

Affaire n°3 : Bowerman v. Hamner (1919)

Affaire n°4 : Bates v. Dresser (1920)

Affaire n°5 : Barnes v. Andrews (1924)

94. Affaire n°1 : Witters v. Sowles (1887)[368]. — En 1884, la banque est tombée en faillite. Au nom de la société, le *receiver*, a intenté une action contre les directeurs pour engager leur responsabilité personnelle pour de mauvais prêts et rabais (réductions). La cour de district de Vermont (*United States District Court for the District of Vermont*) a rendu l'arrêt le 6 avril 1887 (*Justice* Wheller).

(1) En ce qui concerne le prêt au président de la banque, M. E. A. Sowles : selon la loi fédérale (Rev. St. U.S.), section 5200, il a été interdit que les passifs d'une personne envers la banque excèdent un dixième du capital social. Le capital social de la banque était de 100 000$ et un dixième du capital social représentait donc 10 000$. Tous les directeurs ont consenti au prêt de 36 000$ au président de la banque, M. E.A. Sowles. Donc, le montant de ce prêt a excédé un dixième du capital social et par conséquent, a violé la loi fédérale (Rev. St. U.S.), section 5200. Selon la loi fédérale, (Rev. St. U.S.), section 5239, tout directeur, qui a violé en connaissance de cause ou a consenti à la violation de la loi fédérale par un *officer* ou un employé, est responsable personnellement et individuellement pour les dommages résultant de cette violation. La cour a décidé que les directeurs étaient responsables pour la perte sur ce prêt et qu'ils devaient payer cette perte, c'est-à-dire 32 559.33$[369].

(2) En ce qui concerne le prêt à un client: la cour de district de Vermont a décidé que les directeurs d'une banque, qui au moment de la prise de décision, ont agi sans intérêt et de bonne foi et qu'ils ont considéré que la décision serait dans les meilleurs

[368] Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887).

[369] Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) (2-3). Voir l'Annexe n°2.9.1.

intérêts de la société, ne sont pas responsables pour les prêts et réductions (rabais) qui s'étaient révélés par la suite peu judicieux et hasardeux[370].

Le juge Wheeler a cité, notamment, l'arrêt rendu dans l'Etat de New York, Scott v. Depeyster et l'arrêt rendu dans l'Etat de Pennsylvanie, Spering's Appeal[371]. Il est dit que la jurisprudence Spering's Appeal a dominé l'arrêt[372].

L'arrêt ne dénomme pas les directeurs ni les fiduciaires ni les mandataires. L'arrêt ne mentionne ni le devoir de soin ni la gravité de la faute.

L'arrêt pose le fait générateur de responsabilité ou plutôt le fait non-générateur de responsabilité (le fait générateur d'irresponsabilité). Le juge examine les éléments énumérés. Si les éléments énumérés sont satisfaits, par exemple, les directeurs agissent de bonne foi, etc., les directeurs seront jugés n'avoir pas commis une faute. La question qui se pose est de savoir s'il y des limites à l'irresponsabilité des directeurs, la prise d'une très mauvaise décision par exemple, et quelles sont ces limites, le cas échéant. L'arrêt est muet. Il semble qu'il n'en a pas. Si les éléments énumérés ne sont pas satisfaits, c'est-à-dire si les directeurs n'agissent pas de bonne foi, etc., les directeurs seront jugés avoir commis une faute.

L'arrêt ne contient pas l'expression la *business judgment rule*. Il est dit que l'arrêt est un exemple du développement de la *business judgment rule* pour protéger les décisions des directeurs coïncidant avec la croissance industrielle à la fin du XIXe siècle et la politique économique du laissez-faire[373].

---

[370] D. B. FISCHER, *Bank Director Liability Under Firrea : A New Defense for Directors and Officers of Insolvent Depository Institutions or a Tighter Noose ?*, 39 UCLA L. Rev. 1703 (1992), p. 1718. Voir l'Annexe n°2.10.1.

[371] Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) (2). Voir l'Annexe n°2.9.2.

[372] H. HOVENKAMP, *The Classical Corporation in American Legal Thought*, 76 Geo. L.J. 1593 (1988), p. 1667. Voir l'Annexe n°2.11.1.

[373] M. A. LOPATTO, *Hasan v. Clevetrust Realty Investors: the Business Judgment Rule and Procedural Review of the Special Litigation Committee*, 4 Cath. U. L. Rev. 791 (1985), 791, Note 1. Voir l'Annexe n°2.12.1.

95. Affaire n°2 : Briggs v. Spaulding (1891)[374]. — En l'espèce, la banque, *First National Bank of Bufallo*, a été organisée en vertu des lois fédérales en tant que *national bank association* (d'où, sa présentation en tant que *federally chartered bank* ou *national bank*). Elle a exercé les activités bancaires de 1864 à 1882, c'est-à-dire jusqu'à sa faillite. La banque a été solvable jusqu'au 3 octobre 1881, c'est-à-dire jusqu'à la nomination de M. Lee en tant que vice-président. En décembre 1881, le président de la banque est décédé. En janvier 1882, M. Lee a été nommé nouveau président de la banque. Trois mois après, en avril 1882, la banque est devenue insolvable. M. Lee travaillait à la banque depuis 1868. Il a possédé les deux tiers des actions de la banque. En tant que vice-président puis président de la banque, il a accordé des prêts exorbitants, sans garanties suffisantes, à lui-même ainsi qu'aux membres de sa famille et aux amis. Avec les autres *officers*, il a violé les différentes lois et les statuts de la banque.

Au nom de la société, le *receiver* a intenté une action contre les cinq directeurs pour engager leur responsabilité personnelle à l'égard de la société. Il a été allégué que les directeurs n'étaient pas diligents et qu'ils n'avaient pas surveillé les affaires de la banque. La cour d'appel (*United States Circuit Court for the northern district*), dans l'arrêt du 23 mars 1887, a décidé que les directeurs n'étaient pas responsables[375].

La décision a été confirmée par l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis rendu le 25 mai 1891. La décision constitue une *opinion*. La majorité a été atteinte avec 5 juges contre 4 juges (Harlan, Gray, Brewer et Brown).

La question de droit était de savoir quels étaient les devoirs des directeurs et quand ils ont été transgressés. Au nom de la majorité, le M. *Chief Justice* Fuller a rédigé la décision.

---

[374] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891), voir l'Annexe n°2.13.1.

[375] Movius v. Lee, 24 Blatchf. 291, 30 F. 298 (C.C.N.D.N.Y. Mar 23, 1887). La cour décida que M. Cushing résigna avant la survenance de la perte, que M. Coit était en congé (leave of absence) d'octobre 1881 jusqu'au décembre 1881, c'est-à-dire sa mort, et que les 3 autres directeurs, MM. Spaulding, Johnson et Coit, qui n'exercèrent que leurs fonctions pendant quelques mois, n'étaient pas responsables ni en vertu du droit écrit (la loi), ni de la jurisprudence (la *common law*).

(1) Il a qualifié les directeurs en tant que mandataires de la société et fiduciaires à l'égard des *cestui que trust*[376]. Il a reconnu que les directeurs ont un devoir de soin et de prudence, qui comprend un devoir de surveillance (*supervision*)[377]. D'abord, le *Chief Justice* Fuller a dit que le degré de soin et de prudence requis dépend du sujet auquel il s'applique et chaque cas doit être déterminé au vu de toutes les circonstances[378]. Ensuite, il a dit que le degré de soin est tel que les hommes ordinairement prudents et diligents auraient exercé dans des circonstances similaires et que les restrictions de la loi et les usages des affaires devaient être pris en compte[379].

Le *Chief Justice* Fuller a cité l'arrêt Hun v. Cary et l'ouvrage *Morawetz on Private Corporations*[380]. Selon l'arrêt Hun v. Cary, les directeurs de la société sont obligés à gérer les affaires de celle-ci avec le même degré de soin et de prudence qui est, en général, exercé par les hommes d'affaires dans la gestion de leurs propres affaires[381]. Selon l'ouvrage *Morawetz on Private Corporations*, les directeurs s'engagent implicitement à utiliser autant d'attention et de soin que le propre exercice de leurs fonctions exige. Il semble que le *Chief Justice* Fuller n'a repris le degré de devoir requis posé ni par l'arrêt Hun v. Cary ni par l'ouvrage *Morawetz on Private Corporations*.

(2) En ce qui concerne la gravité de la faute, le *Chief Justice* Fuller a dit que les directeurs ne sont responsables qu'en raison de leur propre négligence qui peut consister en défaut de surveillance ou en défaut de soin dans la sélection des agents[382].

---

[376] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 165, 11 S.Ct. 924, 935, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.2.

[377] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 165, 11 S.Ct. 924, 935, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.3.

[378] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 147, 11 S.Ct. 924, 929, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.4.

[379] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 152, 11 S.Ct. 924, 931, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.5.

[380] V. MORAWETZ, *A Treatise on the Law of Private Corporations*, *op. cit.*, § 551, note 3 pp. 526-527; § 551. *The Duty of Directors to exercise Care*; Note 3. Voir l'Annexe n°2.14.1.

[381] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 551, 552. Voir l'Annexe n°2.14.2.

[382] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 147, 11 S.Ct. 924, 929, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.6.

C'est ici que le *Chief Justice* Fuller se réfère à l'ouvrage de Victor Morawetz sur les sociétés privées et les affaires y cités[383]. Ensuite, il a affirmé que ce qui peut être la négligence dans un cas peut ne pas être un manque de soin ordinaire dans l'autre cas et c'est pourquoi la question de négligence est une question de fait à déterminer dans les circonstances d'espèce[384]. Ces termes semblent s'inspirer de l'ouvrage de M. Morawetz[385]. Enfin, il a assuré que les directeurs sont responsables d'un manque de connaissance du méfait, si cette ignorance est le résultat d'une inattention grossière (crassa) flagrante[386]. Les arrêts posant le devoir de soin et de prudence ordinaire et exigeant la négligence grossière sont critiqués par l'ouvrage de M. Morawetz[387]. Le *Chief Justice* Fuller a décidé que les directeurs n'étaient pas responsables de ne pas prévenir la perte par la mise en liquidation de la banque dans les 90 jours après leur prise des fonctions[388].

(3) Le *Chief Justice* Fuller a cité un nombre d'arrêts anglais et américains[389]. Le *Chief Justice* Fuller a précisé qu'il fonde la décision sur la *common law*. La question qui s'est posée est celle de savoir s'il s'agit de la *common law* fédérale générale. La jurisprudence postérieure et la doctrine estiment que l'arrêt Briggs v. Spaulding a été l'expression de la *common law* fédérale générale (*federal common law*) appliquant la

---

[383] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 551 s'intitule le devoir des directeurs à exercer le soin.

[384] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 147, 11 S.Ct. 924, 931, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°3.13.7.

[385] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 551, 552.

[386] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 165-166, 11 S.Ct. 924, 935-936, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voi l'Annexe n°2.13.8.

[387] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 551, § 552. Voir l'Annexe n°2.14.4.

[388] Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 165-166, 11 S.Ct. 924, 935-936, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891). Voir l'Annexe n°2.13.9.

[389] En ce qui concerne les arrêts anglais, il cite (1) Land Credit Co. v. Lord Fermoy (1870) ; (2) In Re Dean Coal Min. Co. (1878) ; (3) Hallmark's Case (1878).

En ce qui concerne les arrêts américains, il cite, par exemple, (1) l'arrêt Percy v. Millaudon rendu dans l'Etat de Louisiane; (2) l'arrêt Spering's Appeal rendu dans l'Etat de Pennsylvanie ; (3) l'arrêt Association v. Coriell rendu dans l'Etat de New Jersey ; (4) l'arrêt Hodges v. Screw Co. rendu dans l'Etat de Rhode Island ; (5) Wakeman v. Dalley rendu dans l'Etat de New York.

jurisprudence Swift v. Tyson[390]. Par conséquent, la jurisprudence postérieure et la doctrine considèrent que l'arrêt Brigs v. Spaulding a été abrogé par la jurisprudence Erie[391].

(4) Il n'est pas contesté que l'arrêt, Briggs v. Spaulding, énonce le standard général de soin (*general standard of care*)[392], y compris le devoir général de supervision (*duty of reasonable supervision*)[393]. Une partie de la doctrine estime que l'arrêt Briggs v. Spaulding a posé le fondement de la formulation de l'obligation de soin en droit bancaire[394].

(5) La jurisprudence Briggs v. Spaulding est considérée confuse. La confusion concerne l'origine du devoir, le degré du devoir requis, ainsi que la gravité de la faute. En ce qui concerne l'origine du devoir, une partie de la doctrine considère qu'il s'agit du devoir d'origine délictuelle[395]. En ce qui concerne le degré de soin requis, la doctrine, en général, considère que le degré posé par l'arrêt est le soin ordinaire[396] ou

---

[390] Jurisprudence : Atherton v. F.D.I.C., 519 U.S. 213, 214 (U.S.N.J. Jan 14, 1997). Voir l'Annexe n°2.15.1.; Doctrine : H. HOVENKAMP, *op. cit.*, pp. 1667-1668 ; P. A. LOWY, *The Director Liability Provision of the Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act : What Does It Do ?,* 16 Ann. Rev. Banking L. 355 (1997), pp. 358-359; M. J. SHEPHERD, S. N. WAGNER, N. M. WILLIAMS, *Financial Institutions Fraud*, 38 Am. Crim. L. Rev. 843 (2001) ; D. CLEARMAN, *FDIC and FSLIC Pursuit of Claims Againts Officers, Directors, and Others Involved With Failed Lenders*, 58 Miss. L.J. 89 (1988), pp. 107-108 ; N. J. GUTTILLA, *Banking Law – State Common law Defines Standard of Care for Officers and Directors of Federal Financial Institutions, Atherton v. FDIC*, 117 S. Ct. 666, 31 Suffolk U. L. Rev. 535 (1997), pp. 539-540. Voir l'Annexe n°2.15.2.

[391] Jurisprudence : Atherton v. F.D.I.C. (1997). Voir l'Annexe n°2.15.1.

[392] Atherton v. F.D.I.C., 519 U.S. 213, 214 (U.S.N.J. Jan 14, 1997); P. A. LOWY, *op. cit*., p. 360. Voir l'Annexe n°2.16.1.

[393] M. J. SHEPHERD, S. N. WAGNER, N. M. WILLIAMS, *op. cit.*, 38 Am. Crim. L. Rev. 843 (2001). Voir l'Annexe n°2.17.1.

[394] P. A. McCOY, *A Political Economy of the Business Judgment Rule in Banking : Implications for Corporate Law*, Case Western Law Review (Fall 1996), p. 6. Voir l'Annexe n°2.18.1.

[395] Ch. M. BRUNER, *Berle IV: The Future of Financial and Securities Markets the Fourth Annual Symposium of the Adolf A. Berle, Jr. Center on Corporations, Law and Society : Conceptions of Corporate Purpose in Post-Crisis Financial Firms*, 6 Seattle U. L. Rev. 527, Note 54. Voir l'Annexe n°2.19.1.

[396] Ch. M. BRUNER, *op. cit.*, Note 54. Voir l'Annexe n°2.19.1.

d'un homme ordinairement raisonnable et prudent[397]. En ce qui concerne la gravité de la faute, la jurisprudence et la doctrine, en général, considèrent que l'arrêt exige la faute non intentionnelle aggravée, c'est-à-dire la négligence grossière (la faute lourde)[398]. A.R. Palmiter soulève que l'ignorance simple peut ne pas suffire à mettre en cause la responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société[399]. Une partie de la jurisprudence n'a pas appliqué le critère de la négligence grossière, mais le critère de la négligence ordinaire[400].

(6) Une partie de la doctrine estime que l'arrêt Briggs v. Spaulding a formulé la *business judgment rule*[401]. Un auteur considère même qu'il peut s'agir de l'un des premiers arrêts relatifs à la *business judgment rule*[402]. Une autre partie de la doctrine, au contraire, ne voit pas dans l'arrêt Briggs v. Spaulding l'expression de la *business judgment rule*. Elle estime que l'arrêt Briggs v. Spaulding prouve que la formulation de la *business judgment rule* n'a pas été établie.

[Contre] Il est admis que la règle ne s'applique qu'à la décision consciente des directeurs. Or, en l'espèce, dans l'arrêt Briggs v. Spaulding, il s'agit de l'omission des directeurs (défaut de surveillance).

[Pour] L'une des justifications de la *business judgment rule* est de ne pas mettre en cause la responsabilité personnelle des directeurs parce que cela aurait pu conduire à

---

[397] E. J. GOUVIN, *Of Hungry Wolves and Horizontal Conflicts : Rethinking The Justifications for Bank Holding Company Liability*, 1999 U. Ill. L. Rev. 949, p. 970; Th. M. McEACHIN, *Thierot v. Bourg : The Demise of the Business Judgment Rule in Louisiana ?*, 59 La. L. Rev. 375 (1998). Voir l'Annexe n°2.20.1.

[398] M. J. SHEPHERD, S. N. WAGNER, N. M. WILLIAMS, *op. cit.*; D. CLEARMAN, *op. cit.*, 58 Miss. L.J. 89 (1988), p. 107-108; H. HOVENKAMP, *The Classical Corporation in American Legal Thought*, 76 Geo. L.J. 1593 (1988). Voir l'Annexe n°2.21.

[399] A. R. PALMITER, *Reshaping the Corporate Fiduciairy Model : A Director's Duty of Independence*, 67 Tex. L. Rev. 1351 (1989), pp. 1386-1387.

[400] D. CLEARMAN, *op. cit.*, pp. 107-108. Voir l'Annexe n°2.23.

[401] M. A. LOPATTO, *op. cit*. Voir l'Annexe n°2.12.1.

[402] P. J. RYAN, *Strange Bedfellows Corporate Fiduciaires and the General Law Complaince Obligation in Section 2.01 (A) of the American Law Institute's Principles of Corporate Governance*, 66 Wash. L. Rev. 413, p. 449 : « [FN132]. In what may be the earliest business judgment case, Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132 (1891) […] ».

l'absence de candidats sérieux désirant devenir les directeurs. Cette justification se retrouve dans l'arrêt Briggs v. Spaulding[403].

(7) La jurisprudence Briggs v. Spaulding a été critiquée déjà par les quatre juges constituant l'opinion dissidente[404], ainsi que par la jurisprudence[405] et la doctrine[406]. Cependant, avec le temps, les termes de la jurisprudence Briggs v. Spaulding sont devenus l'une des références les plus citées par la jurisprudence fédérale et étatique, ainsi que par la doctrine[407]. Les termes utilisés dans l'opinion de la majorité, à savoir « ordinairement prudent » et « dans les circonstances similaires » ont été codifiés par les versions des *Model Business Corporation Acts*[408], et par conséquent, par les

---

[403] M. KUYKENDALL, *Symmetry and Dissonance in Corporate Law : Perfecting the Exoneration of Directors, Corrupting Indemnification and Straining the Framework of Corporate Law*, 1998 Colum. Bus. L. Rev. 443, p. 459; Ch. J. BEBEL, *Why the Approach of Heckman v. Ahmanson Will Not Become the Prevailing Greenmail Viewpoint : Race to the Bottom Continues*, 18 Tex. Tech L. Rev. 1083, p. 1102 ; D. A. BURGMAN, P. N. COX, *Corporate Directors, Corporate Realities and Deliberative Process : An Analysis of the Trans Unions Case*, 11 J. Corp. L. 311, p. 321.

[404] Les 4 autres *justices*, dans l'opinion dissidente, rédigé par le *justice* Harlan n'étaient pas d'accord avec l'opinion majoritaire relative à la responsabilité des directeurs MM. Spaulding, Johnson et Coit. Selon eux, ces directeurs étaient responsables pour les pertes qui auraient pu être prévenues/ évitées s'ils avaient exercé le propre soin. Comme l'opinion majoritaire, l'opinion présente les devoirs des directeurs en des termes différentes. Cependant, elle les applique autrement que l'opinion majoritaire. Elle considère que ces directeurs ont abdiqué leurs devoirs, qu'ils ont signé les rapports sans connaissance sur leur conformité avec la réalité.

[405] v. l'atrrêt, Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 616 (S.D.N.Y. 1924), dans lequel juge Learned Hand a dit l'arrêt Barnes v. Andrews serait jugé de manière différente [« a case ... which to-day would probably havegone the other way.... »].

[406] J. W. BISHOP, Jr., *Sitting Ducks and Decoy Ducks : New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 Yale L. J. 1078, p. 1097. Voir l'Annexe n°2.338.

[407] D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *The Business Judgment Rule : Fiduciary Duties of Corporate Directors*, *op. cit.*, pp. 30-48. Voir l'Annexe n°2.339.

[408] *American Bar Association*, *Model Business Corporation Act*, Section 35; *Model Business Corporation Act*, § 8.30(a) (1990). Section 8.30(a)(2). v. pour v. E. J. GOUVIN, *Of Hungry Wolves and Horizontal Conflicts : Rethinking the Justifications for Bank Holding Company Liability*, 1999 U. Ill. L. Rev. 949, p. 971.

législations étatiques[409] et les *Principles of Corporate Governance* de l'*American Law Institute*[410]. Cet arrêt est reconnu en tant qu'arrêt de principe (*seminal case*).

96. Affaire n°3 : Bowerman v. Hamner (1919)[411]. — En l'espèce, la banque, *First National Bank of Salmon*, a été constituée en janvier 1906. Elle a fait faillite en août 1911, après 5 ans et demi. Le *receiver*, Frank R. McCormick, a intenté une action pour engager la responsabilité personnelle des *officers* et directeurs à l'égard de la société pour mauvaise gestion.

La cour de district d'Idaho (*United States District Court for the District of Idaho, Eastern Division*) a rendu l'arrêt contre les directeurs King et Andrews, en faveur des directeurs Bowerman et Edwards. Mr. McCormick, en tant que *receiver*, a interjeté l'appel. La cour d'appel (*Circuit Court of Appeals, Ninth Circuit*), dans l'arrêt du 8 avril 1917, a renversé le jugement de première instance[412].

Seulement le directeur Bowerman a porté l'affaire devant la Cour suprême des Etats-Unis. Le *receiver* M. F.R. McCormick a été remplacé par M. C.D. Hamner. Ce dernier a été le défendeur à l'action.

A défaut de preuve que le directeur Bowerman a résigné ou a refusé de qualifier quand il a été réélu au conseil, la Cour suprême a confirmé la conclusion de la cour

---

[409] Ala. Code s 10-2A-74 (1994); Conn. Gen. Stat. s 33-313(d) (1991); Ky. Rev. Stat. Ann. s 271B.8-300 (Michie 1989); Miss. Code Ann. s 79-4-8.30 (1996); Neb. Rev. Stat. s 21-2035 (1993); N.H. Rev. Stat. Ann. s 293-A:35 (Supp. 1995); N.C. Gen. Stat. s 55-8-30(a) (1996); N.D. Cent. Code s 10-19.1-50(1) (1995); Ohio Rev. Code Ann. s 1701.59(B) (Banks-Baldwin 1992); Tenn. Code Ann. s 48-18-301(a) (1995); Wash. Rev. Code Ann. s 23B.08.300(1) (West Supp. 1997); Wyo. Stat. Ann. s 17-16-830(a) (Michie 1996).

[410] *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994) ; *Part IV. Duty of Care and the Business Judgment Rule* ; *§ 4.01 Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule ; Reporter's Note* : 4. « Classic Supreme Court cases on the duty of care pursuant to authority vested by national bank acts have used an « ordinarily prudent man … under similar circumstances » formulation » ; Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 511-12, 39 S.Ct. 549, 551-52, 63 L.Ed. 1113 (1919) ; Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132, 152, 11 S.Ct. 924, 931, 35 L.Ed. 662 (1891).

[411] McCormick v. King, 241 F. 737, 154 C.C.A. 439 (C.C.A.9 (Idaho) Apr 09, 1917) (N°2742), reversed, Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).

[412] McCormick v. King, 241 F. 737, 154 C.C.A. 439 (C.C.A.9 (Idaho) Apr 09, 1917) (N°2742).

d'appel selon laquelle le directeur Bowerman a été directeur depuis la constitution de la banque en janvier 1906 jusqu'à sa faillite en août 1911, c'est-à-dire 5 ans et demi.
Il a été allégué que le Mr. Bowerman ne s'était pas informé de quelque manière que ce soit sur les affaires de la banque, par exemple, qu'il n'avait attendu aucune réunion du conseil, qu'il n'avait pas examiné les documents de la banque, etc. (le côté actif)[413]. M. Bowerman a allégué qu'il n'était ni consulté ni informé par la banque, sauf sur sa propre requête (le côté passif). En outre, il s'est justifié par le fait qu'il habitait à 200 miles de la ville où la banque était localisée et que la communication entre deux lieux était difficile.
La question était de savoir si M. Bowerman a été responsable de la faillite de la banque.
(1) La Cour suprême a confirmé que le directeur Bowerman n'avait pas violé intentionnellement les dispositions de la loi fédérale (*National Bank Act*). La Cour suprême a appliqué la jurisprudence Briggs v. Spaulding et a confirmé qu'à côté de la responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société ayant sa source dans les lois fédérales, il existe la responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société ayant sa source dans la common-law (la jurisprudence)[414]. La Cour suprême a confirmé le devoir jurisprudentiel (de la *common law*) de se comporter et d'administrer la banque de manière honnête et diligente, y compris le devoir de soin, le devoir de surveillance et de contrôle de la société[415]. Elle a constaté que le directeur Bowerman avait violé ce devoir de manière grossière, qu'il avait commis une faute lourde, qu'il avait évité délibérément d'acquérir des connaissances de ses affaires et qu'il avait abdiqué totalement le devoir de surveillance et de contrôle qui pesait sur lui en tant que directeur[416].

---

[413] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 507, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.345.

[414] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 511, 39 S.Ct. 549, 551, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.346.

[415] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 510-511, 39 S.Ct. 549, 551, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.347.

[416] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 511, 39 S.Ct. 549, 551, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289): « For example, in this case we have the gross negligence of the appellant, in failing to discharge his common-law duty to diligently administer the affairs of the bank. »

(2) En ce qui concerne le degré de soin requis, la Cour suprême a cité les deux extraits de l'arrêt Briggs v. Spaulding[417] et un extrait de l'arrêt Martin v. Webb[418]. Concernant la gravité de la violation du degré de soin, il semble que la Cour suprême exige seulement la négligence grossière (*gross negligence*/faute lourde).

(3) La Cour suprême a comparé le comportement du directeur Bowerman au comportement d'un homme ordinairement prudent et diligent et à l'exercice ordinaire de soin et de prudence. Elle a conclu que le directeur Bowerman avait été négligent par rapport à un comportement de référence et qu'il n'avait pas exercé la diligence dont qu'un homme prudent aurait d'habitude d'exercer dans la détermination de l'état des affaires de la banque ou au cours d'un contrôle ou d'une surveillance raisonnable sur les affaires et sur les *officers* de la société. Enfin, la Cour suprême a refusé de mettre les directeurs à l'abri de toute responsabilité en raison d'un manque de connaissance d'un acte répréhensible, étant donné que cette ignorance avait été le résultat d'une grossière inattention (*gross inattention*) dans l'accomplissement de son devoir volontairement assumé et assermenté[419].

(4) La Cour suprême a constaté que le directeur Bowerman était un banquier d'expérience et qu'un soin même léger de sa part aurait dû le conduire à la découverte que la banque était gérée de manière hasardeuse. De plus, la Cour suprême a constaté que le directeur Bowerman était un banquier d'une telle importance et réputation que l'utilisation de son nom a dû contribuer à assurer la confiance de la communauté et des déposants de la banque. C'est pourquoi la Cour suprême a refusé d'accepter la localisation de sa résidence à une distance considérable de la banque – une condition qui existait au moment où il avait accepté la fonction de directeur – comme justification pour une abdication absolue de la fonction de directeur[420].

---

[417] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 511-512, 39 S.Ct. 549, 552, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.349.

[418] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 512, 39 S.Ct. 549, 552, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.350.

[419] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 512, 39 S.Ct. 549, 552, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).Voir l'Annexe n°2.351.

[420] Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 513-514, 39 S.Ct. 549, 552, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289). Voir l'Annexe n°2.352.

(5) En ce qui concerne la dénomination d'un devoir, la doctrine estime que l'arrêt pose un devoir de soin[421] et de prudence, ainsi que de contrôle et de surveillance[422].
En ce qui concerne le degré d'un devoir requis, la doctrine estime que l'arrêt exige le niveau de soin qu'un homme ordinairement soigneux et prudent aurait utilisé dans les circonstances similaires[423] ou un soin et une prudence ordinaires[424]. En ce qui concerne la violation d'un degré requis, la doctrine estime que l'arrêt dit qu'il s'agit d'une abdication[425] ou d'un absentéisme[426]. Selon la doctrine, l'arrêt dit que l'absence aux réunions du conseil ainsi que l'absence d'examen des documents de la société constitue une négligence[427] et l'éloignement de la résidence du lieu des réunions n'est pas une justification[428]. La doctrine estime qu'il s'agit d'un arrêt de principe (*seminal case*)[429]. L'arrêt ne contient pas l'expression la *business judgment rule*.

---

[421] M. P. MALLOY, Banking Law and Regulation, Aspen Publishers (2013), Part I, Chapter 4, § 4.01. Voir l'Annexe n°2.353.

[422] P. WALTER, *The Director's Business Judgment Rule – the Final Act ?*, 22 Suffolk U. L. Rev. 649 (1988), accessible sur *Westlaw International*, Note 37; R. T. MILLER, *Wrongful Omissions by Corporate Directors : Stone v. Ritter and Adapting the Process Model of the Delaware Business Judgment Rule*, U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 911 (2008), disponible sur *Westlaw International*, note 84. Voir l'Annexe n°2.354.

[423] *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994); *Part IV.; § 4.01; Reporter's Note : 4.* ; J. K. VILLA, *Bank Directors', Officers', and Lawyers' Civil Liabilities* (Aspen Publishers, 2013), disponible sur westlaw, Chapter 1 (1-6) § 1.02. Voir l'Annexe n°2.355.

[424] P. WALTER, *op. cit.*, Note 37; R. T. MILLER, *op. cit.*, note 84; J. K. VILLA, *op. cit.*, Chapter 1 (1-6) § 1.02, c. Voir l'Annexe n°2.356.

[425] J. W. BISHOP, *Sitting Ducks and Decoy Ducks : New Trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 Yale L. J. 1078 (1968). Voir l'Annexe n°2.357.

[426] K. CHITTUR, *The Corporate Director's Standard of Care : Past, Present and Future*, 10 Del. J. Corp. L. 505 (1985), p. 524 ; Th. C. LEE, *Limiting Corporate Director's Liability : Delaware's Section 102(b)(7) and the Erosion of the Director's Duty of Care*, 36 U. Pa. L. Rev. 239 (1987), pp. 267-268; J. K. VILLA, *op. cit*., Chapter 1; (1-6) § 1.02 c. Voir l'Annexe n°2.358.

[427] W. M. FLETCHER, *op. cit.*, Chapter 11. § 1049.; J. K. VILLA, *op. cit.*, Chapter 1 (1-6) § 1.02. c. Voir l'Annexe n°2.359.

[428] W. M. FLETCHER, *op. cit*., Chapter 11. XXVII. D. § 1057. [FN1]; J. K. VILLA, *op. cit*., Chapter 1 (1-6) § 1.02 c. Voir l'Annexe n°2.360.

429 H. LOWELL BROWN, *The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the Post Caremark Era*, 26 Del. J. Corp. L. 1 (2001), p. 23, note 68 : « [T]he seminal case of Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504 (1919) […] ».

97. Affaire n°4 : Bates v. Dresser (1920)[430]. — En l'espèce, la *National City Bank de Cambridge* (Massachusetts) au capital de 100 000$ et dépôts moyens de 300 000$, à la suite des vols d'un employé de la banque commis entre 1906 et 1910, a subi une perte de 310 143$.

J.L. Bates, le *receiver* de la banque a intenté une action en responsabilité personnelle du président et des directeurs.

La question était de savoir si le président et les directeurs étaient responsables pour cette perte.

(1) La Cour suprême des Etats-Unis, dans l'arrêt rendu le 1er mars 1920, a décidé que le président de la banque est responsable, mais que les directeurs de la banque ne sont pas responsables pour la perte. La Cour suprême des États-Unis a cité l'arrêt Briggs v. Spaulding (1891) et l'arrêt Warner v Penoyer.

En ce qui concerne le président, la Cour suprême des États-Unis a décidé que le devoir du président en tant qu'*executive officer* présent quotidiennement dans la banque, un actionnaire et déposant important, était supérieur à celui des directeurs. La Cour suprême a estimé que le président avait des drapeaux rouges[431] et par conséquent, il avait le devoir de contrôler et d'enquêter sur les affaires de la banque pour prévenir le vol.[432] La Cour suprême a décidé que le président avait violé son devoir.

Concernant les directeurs, la Cour suprême a mentionné qu'ils n'ont pas été rémunérés. Elle a décidé qu'ils auraient pu se fonder sur l'examen semestriel effectué par l'examinateur du gouvernement et sur les déclarations du président[433], qu'ils n'avaient pas le devoir d'examiner, en détail et personnellement, les documents de la banque[434] et qu'ils n'avaient pas de drapeaux rouges[435].

---

[430] Bates v. Dresser, 229 F. 772 (D.Mass. Dec 17, 1915) (N°227), Reversed in Part, Modified in Part by, Dresser v. Bates, 250 F. 525, 162 C.C.A. 541 (C.C.A.1 (Mass.) Mar 05, 1918) (N°1265, 1266, 1267), Affirmed as Modified by Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[431] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (US, March 1,1920) (530).

[432] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (US, March 1,1920) (531).

[433] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (US, March 1,1920) (530, 531).

[434] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (US, March 1,1920) (530).

Selon l'opinion dissidente, émise par les deux juges, McKenna et Pitney, non seulement le président, mais aussi les directeurs ont été responsables pour la négligence[436].

(2) La doctrine estime que l'arrêt a été l'expression de la *common law* fédérale. Selon l'*American Law Institute* (l'*ALI*), le juge Holmes a soulevé le devoir d'un *officer* de faire une enquête sur les activités des subordonnés ou des employés, constatant que le président (contrairement aux directeurs extérieurs) devait être mis en alerte par le style de vie du caissier et les manquements dans les dépôts. Il devait prévenir la fraude[437]. Selon la doctrine, l'arrêt a imposé le devoir de prudence ordinaire[438]. La doctrine souligne que les directeurs d'une banque nationale ne sont pas appelés à se consacrer aux détails de la gestion de l'entreprise et peuvent bien les déléguer à leurs représentants dûment autorisés[439].

Selon la doctrine, l'arrêt exprime une différence entre le degré d'un devoir requis des *officers* et des directeurs[440]. Le degré d'un devoir de soin des *officers* est supérieur à celui des directeurs[441]. A notre avis, ce degré de soin est différent et il dépend des différents pouvoirs des deux organes. Les *officers*, ainsi que les directeurs doivent

---

[435] Bates v. Dresser, *ibid*.

[436] Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (US, March 1,1920) (532).

[437] *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994); Part IV. Duty of Care and the Business Judgment Rule; § 4.01 Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule*. Voir l'Annexe n°2.369.

[438] *American Jurisprudence*, Second Edition (10 Am. Jur. 2d) (August 2013), *Banks and Financial Institutions, Part Two*. VII. D. 1. § 402. [Note 1]; *American Jurisprudence*, Second Edition (10 Am. Jur. 2d) (August 2013), *Banks and Financial Institutions*, *Part Two*, *Operation of Banking Organizations: Powers, Functions, and Duties*, VII. D. 2. a. (3) § 414. Voir l'Annexe n°2.370.

[439] *Corpus Juris Secundum* (C.J.S.), 9 *Banks and Banking*, XVIII. D.2. § 545. Voir l'Annexe n°2.371.

[440] R. B. CAMPBELL, Jr., *A Positive Analysis of the Common law of Corporate Fiduciairy Duties*, 84 Ky. L.J. 455 (1996).

[441] J.R. SUFOLETTA, Jr., *Who Should Pay When Federally Insured Pension Funds Go Broke ?: A Startegy for Recovering From the Wrongdoers*, 65 Notre Dame L. Rev. 308 (1990), p. 338. Voir l'Annexe n°2.373.

faire attention à ce qu'on appelle les « drapeaux rouges », les informations inquiétantes obtenues au cours d'un devoir de contrôle ou autrement[442].

Il semble que les directeurs ne doivent s'informer qu'en cas de « drapeaux rouges »[443]. Voir ou comprendre ces « drapeaux rouges » semble être plus facile pour les *officers* que pour les directeurs (qui ne sont pas *insiders*), pour les *insiders* que pour les *outsiders*[444]. Dans l'arrêt, il n'y a pas de conflit d'intérêts[445].

(3) La décision ne contient pas l'expression la *business judgment rule*. Cependant, la doctrine estime qu'il s'agit de l'un des arrêts les plus cités relatifs au devoir de soin ou au jugement d'affaires[446]. Cette doctrine ne cite pas explicitement la phrase dans l'arrêt correspondant à cette langue du jugement d'affaires dont elle considère que l'arrêt traite. La doctrine semble implicitement associer la *business judgment rule* aux arrêts, y compris l'arrêt, Bates v. Dresser, qui ne mettent pas en cause la responsabilité personnelle des directeurs, sauf les cas les plus flagrants[447].

98. Affaire n°5 : Barnes v. Andrews (1924)[448]. — En l'espèce, le *receiver* de la société, *Liberty Starters Corporation*, a intenté une action contre le directeur, Charles Lee Andrews, pour engager sa responsabilité personnelle à l'égard de la société. La société, *Liberty Starters Corporation*, a été constituée entre 1918 et 1921, pour produire les démarreurs pour les moteurs et avions de *Ford*. Charles Lee Andrews, un ami du président de la société, a été directeur entre le 9 octobre 1919 et le 21 juin 1920, c'est-à-dire les huit mois et les douze jours.

---

[442] T. A. O'NEILL, *Self-Interest And Concern for Others in the Owner-Managed Firm : A Suggested Approach to Dissolution and Fiduciary Obligation in Close Corporations*, 22 Seton Hall L. Rev. 646 (1992), pp. 677-678. Voir l'Annexe n°2.374.

[443] J. SELIGMAN, *Accounting and the New Corporate Law*, 50 Wash. & Lee L. Rev. 943 (1993), p. 944.Voir l'Annexe n°2.375.

[444] A. R. PALMITER, *op. cit.*, 67 Tex. L. Rev. 1351 (1989), p. 1386-1387. Voir l'Annexe n°2.376.

[445] Th. LEE HAZEN, *Corporate Directors' Accountability : The Race to the Bottom – The Second Lap*, 66 N.C. L. Rev. 171 (1987). Voir l'Annexe n°2.377.

[446] M. D. WALLACE, *Life in the Boardroom After FIRREA : A Revisionist Approach to Corporate Governance in Insured Depository Institutions*, 46 U. Miami L. Rev. 1187 (1992), p. 1226.

[447] Th. LEE HAZEN, *The Corporate Persona, Contract (And Market) Failure, and Moral Values*, 69 N.C. L. Rev. 273 (1991), pp. 279-280. Voir l'Annexe n°2.379.

[448] Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

Il a été allégué qu'un manque de compétence et d'accord des *officers* a causé la perte d'un montant important d'argent. L'une des questions a été de savoir si le directeur Andrews a pu être responsable de l'effondrement de l'entreprise. La cour de district de New York (*District Court, S.D. New York*) a rendu l'arrêt le 7 mars 1924. Le juge de district, Learned Hand, a rédigé la décision.

(1) En ce qui concerne l'assiduité aux réunions du conseil, il y avait seulement les deux réunions du conseil. Le directeur Andrews était présent à une et il avait une excuse valable pour son absence à l'autre.

(2) Concernant le devoir d'information des affaires de la société, les directeurs sont collectivement les *managers* de la société, ils ne sont pas censés interférer individuellement dans la conduite des affaires de la société. Les directeurs peuvent agir individuellement par des conseils et des avis. Les directeurs ont un devoir individuel actif de s'informer dans une certaine mesure[449]. Or, le directeur s'est limité à obtenir des réponses générales sans presser le président pour les détails. Il n'a fait aucun effort pour s'informer sur les affaires de la société. Donc, selon le juge, il a échoué à remplir ce devoir de manière adéquate[450].

(3) Le juge Learned Hand a estimé que les directeurs ne sont pas des spécialistes, comme les avocats ou les médecins. Ils doivent avoir le bon sens, ils doivent peut-être avoir connaissance des affaires, mais ils n'ont pas besoin et ne devraient pas avoir de talent technique. Ils sont les conseillers généraux de l'entreprise et s'ils exercent fidèlement leurs fonctions, il ne serait pas légitime de les tenir responsables. Le directeur ne peut pas garantir que son jugement est bon[451]. Selon le juge, il s'agit d'un délit (*tort*) d'omission. Cependant, le demandeur n'établit pas le lien de causalité suffisant et le dommage certain[452].

(4) La question qui se pose est de savoir si l'arrêt a été l'expression de la *common law* fédérale générale ou de la loi de New York. L'arrêt se réfère, par exemple, aussi bien aux arrêts de la *common law* fédérale générale, c'est-à-dire Bowerman v. Hamner ou Briggs v. Spaulding, mais aussi aux arrêts rendus par les juridictions de l'Etat de New

[449] Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 615 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924). Voir l'Annexe n°2.381.

[450] Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 616 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924). Voir l'Annexe n°2.382.

[451] Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 618 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924). Voir l'Annexe n°2.383.

[452] Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 618 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924). Voir l'Annexe n°2.384.

York, c'est-à-dire Hun v. Cary, Kavanaugh v. Commonwealth Trust Co., Robinson v. Smith. Selon nous, l'arrêt est l'expression de la *common law* fédérale générale.

Il s'agit de l'arrêt de principe qui dit que pour mettre en cause la responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société, il faut non seulement une faute (négligence), mais aussi un lien de causalité[453] et un dommage[454].

(5) 70 ans après l'arrêt Barnes v. Andrews, la jurisprudence de la Cour suprême du Delaware constate qu'il s'agit d'un arrêt obscur qui ne s'applique pas aux violations des devoirs fiduciaires[455].

La doctrine présente que l'arrêt concerne la violation du devoir fiduciaire dans le contexte de surveillance et d'une absence de décision ponctuelle. La doctrine souligne que l'arrêt qualifie l'action délictuelle (*torts*)[456].

La doctrine souligne le devoir des directeurs de s'informer dans une certaine mesure[457]. Il est présenté en tant qu'action classique de la société contre ses directeurs pour faute[458]. A.J. Meese estime que l'arrêt décide que le directeur a violé le devoir de soin[459]. On peut concilier les deux thèses en estimant qu'un devoir de soin inclut le devoir de s'informer.

---

[453] L.E. RIBSTEIN, *Takeover Defenses and the Corporate Contract*, 8 Geo. L.J. 71 (1989), pp. 112-113. Voir l'Annexe n°2.385.

[454] K.B. DAVIS, Jr., *Once More, the Business Judgment Rule*, 2000 Wis. L. Rev. 573 (2000), p. 577.

[455] Ch. HANSEN, *The Technicolor Case – A Lost Opportunity*, 19 Del. J. Corp. L. 617 (1994), pp. 636-637. Voir l'Annexe n°2.387.

[456] Th. A. UEBLER, *Shareholder Poloce Power : Shareholders' Ability to Hold Directors Accountable for Intentional Violations of Law*, 3 Del. J. Corp. L. 199 (2008), p. 219; Ch. HANSEN, *ibid.*., 19 Del. J. Corp. L. 617 (1994), p. 636-637. Voir l'Annexe n°2.388.

[457] K. CHITTUR, *op. cit.*, p. 542. Voir l'Annexe n°2.389.

[458] S. J. LUBBEN, A. DARNELL, *Delaware's Duty of Care*, 31 Del. J. Corp. L. 589 (2006), p. 630. Voir l'Annexe n°2.390.

[459] A. J. MEESE, *The Team Production Theory of Corporate Law : A Critical Assessment*, 3 Wm. & Mary L. Rev. 1629 (2002), p. 1685. Voir l'Annexe n°2.391.

La doctrine conclut que l'arrêt est présenté en faveur de la thèse selon laquelle les directeurs ne devaient être responsables qu'en cas de défaut d'un effort de bonne foi[460].

L'arrêt ne contient pas l'expression la *business judgment rule*.

[460] L.E. STRINE, Jr., L. A. HAMERMESH, R. F. BALOTTI, J.M. GORRIS, *Loyalty's Core Demand : The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, 98 Geo. L.J. 629 (2010), p. 687. Voir l'Annexe n°2.392.

§ 2 — La synthèse des arrêts de la *common law* fédérale générale dans le contexte de la *business judgment rule*

99. Comparaisons. — On a examiné les arrêts rendus dans les cinq affaires par les juridictions fédérales traditionnelles entre 1887 et 1924 dont trois arrêts rendus par la Cour suprême [461] ; un arrêt rendu par la cour de circuit[462] ; un arrêt rendu par la cour de district[463]. Dans les quatre arrêts, la société en cause a eu un caractère financier, c'est-à-dire une banque organisée en vertu des lois fédérales (Rev. St. U.S.)[464]. Dans un arrêt, la société en cause a eu un caractère industriel[465]. Les sociétés ont été insolvables et le demandeur à l'action a été le *receiver* agissant au nom de la société dans tous les arrêts[466]. Les défendeurs ont été les directeurs[467] et les *officers*[468].

[461] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158)

[462] Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887).

[463] Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[464] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) First National Bank of Bufallo v. Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) First National Bank of Salmon v. Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (4) National City Bank of Cambridg v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[465] Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[466] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) First National Bank of Bufallo v. Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) First National Bank of Salmon v. Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (4) National City Bank of Cambridge v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (5) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[467] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) First National Bank of Bufallo v. Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) First National Bank of Salmon v. Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (4) National City Bank of Cambridge v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (5) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[468] (1) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

L'objet du litige a été une action des défendeurs dans un arrêt[469] et une omission des défendeurs de prévenir le fait dommageable d'un tiers dans les trois arrêts[470] et une omission des défendeurs de prévenir une faillite de la société, en général, dans un arrêt[471].

Le conflit d'intérêts ne concernait pas les directeurs dans les quatre arrêts[472]. Le conflit d'intérêts concernait les directeurs dans les deux arrêts[473]. La responsabilité des directeurs a été mise en cause dans les deux arrêts, un arrêt concernait le conflit d'intérêts et un autre arrêt ne concernait pas le conflit d'intérêts[474]. La responsabilité des directeurs n'a pas été mise en cause dans les trois arrêts, un arrêt concernait le

[469] C'est-à-dire l'octroi des prêts à un président-directeur et à un client, v. Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887).

[470] (1) Le président a conduit une banque à l'insolvabilité en 6-7 mois v. Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) les officers ont très mal géré la banque, par exemple, le président accorda les prêts illégaux v. Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) les vols commis dans la période de 5 ans v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[471] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (4) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[472] (1) Seulement en ce qui concerne la décision d'octroi d'un prêt à un client, v. Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (4) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[473] (1) Les directeurs ont octroyé un prêt à un président-directeur excédant un minimum législatif v. Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) Le directeur était un ami du président de la banque v. Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[474] (1) La responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société pour la violation des lois fédérales pour l'octroi un prêt à un président-directeur excédant un minimum législatif v. Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) Le directeur, résidant à 200 miles de la banque, qui n'a pas été informé, par exemple, qui n'attendit aucune réunion du coneil des directeurs jugé responsable pour la mauvaise gestion des *officers* v. Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).

conflit d'intérêts[475]. La responsabilité des *officers* a été mise en cause dans un arrêt sans conflit d'intérêts[476].

100. Confirmations. — Il est admis que l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, Briggs v. Spaulding[477], exprime la *common law* fédérale générale, c'est-à-dire « les principes généraux et la doctrine de la jurisprudence commerciale. » L'arrêt se réfère à un nombre d'arrêts anglais et américains, ainsi qu'à la doctrine reconnue en la matière.

101. Découvertes. — Les autres arrêts se réfèrent à l'arrêt Briggs v. Spaulding et aux arrêts rendus dans les différents Etats. A notre avis, les autres arrêts aussi expriment la *common law* fédérale générale.

102. Confirmations. — La doctrine estime que les trois arrêts examinés expriment la *business judgment rule*[478]. Les cinq arrêts examinés se réfèrent à des arrêts relatifs à la genèse de la *business judgment rule*[479]. Ainsi, on peut soutenir que la *business*

---

[475] (1) Les directeurs jugés non responsables pour la mauvaise gestion du président, par exemple, les prêts sans garanties v. Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891); (2) Les directeurs jugés non responsables pour les pertes causées par un vol commis par un cassier pendant 5 ans v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (3) Le directeur jugé avoir violé le devoir de s'informer mais non responsable pour l'effondrement de la société faute de lien de causalité sufisant et du dommage certain, v. Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[476] (1) Le directeur jugé responsable pour les pertes causées par un vol d'un cassier commis pendant 5 ans v. Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[477] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891).

[478] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 141, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[479] (1) Les arrêts, Scott v. Depeyster, Spering's Appeal, Hun v. Cary, sont cités dans l'arrêt Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) les arrêts, Spering's Appeal, Association v. Coriell, Hodges v. Screw Co. sont cités dans l'arrêt Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 141, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (3) l'arrêt Briggs v. Spaulding (1891) est cité dans l'arrêt Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09,

judgment rule est reconnue par la *common law* fédérale générale en tant que principe jurisprudentiel et doctrinal généralement reconnu.

103. Critiques. — La raison de critiquer est qu'il est admis que la *business judgment rule* ne s'applique qu'aux jugements, c'est-à-dire aux décisions conscientes du conseil, actions ou décisions de ne pas agir, mais non aux omissions pures et simples. Or, il semble que les quatre arrêts examinés concernent les omissions des défendeurs[480].

Une autre raison de critiquer est que si les arrêts expriment la *business judgment rule*, la question qui se pose est de savoir en quels termes les arrêts expriment la *business judgment rule* ? La doctrine est muette.

104. Propositions. — Il nous reste à rechercher la *business judgment rule* dans les arrêts examinés. Les arrêts en cause ne contiennent pas l'expression la *business judgment rule* ou le *business judgment*. Les arrêts examinés contiennent les deux types de termes.

Le premier type de termes concerne les quatre arrêts examinés[481]. Ces arrêts imposent aux directeurs[482] et aux *officers*, les devoirs, de soin[483], de prudence[484], de

---

1919) (N°289) ; (4) l' arrêt Briggs v. Spaulding (1891) est cité dans l'arrêt Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (5) les arrêts Bowerman v. Hamner (1919), Briggs v. Spaulding (1891), Robinson v. Smith, Hun v. Cary, sont cités dans l'arrêt Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[480] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (4) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[481] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158) ; (4) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[482] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289)

[483] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891).

[484] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891).

diligence[485], de contrôle[486], de surveillance[487] et de s'informer[488]. Les arrêts précisent le degré des devoirs requis, c'est-à-dire le devoir ordinaire[489], ainsi que la gravité de la transgression des devoirs requis, c'est-à-dire la négligence grossière[490].

Si la *business judgment rule* est exprimée par ce type des termes, elle ne se différencie pas des caractéristiques d'un fait générateur de responsabilité.

Le second type de termes concerne les deux arrêts[491]. Les arrêts examinés précisent les conditions qui doivent être remplies pour que les auteurs d'une décision soient à l'abri de toute responsabilité peu importe les conséquences de leur décision.

En ce qui concerne les conditions, il s'agit, par exemple, de la fidélité, de la bonne foi, de la croyance que la décision est dans les meilleurs intérêts de la société, de l'absence de conflit d'intérêts, d'une information. On peut dire qu'*à contrario*, ces conditions deviennent les devoirs *a minima* à satisfaire par les directeurs ou les *officers* pour ne pas engager la responsabilité personnelle à l'égard de la société.

La question qui se pose est de savoir quelle est la différence entre ces devoirs *a minima* et les devoirs imposés dans le premier type de termes. A notre avis, il n'y a pas de grande différence. Les deux types des devoirs sont complémentaires et entretiennent les relations entre eux, en ce sens qu'exercer les fonctions de bonne foi ou dans les meilleurs intérêts de la société implique le soin, la diligence, la prudence, la surveillance.

---

[485] (1) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).

[486] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158).

[487] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289) ; (3) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247, 64 L.Ed. 388 (U.S.Mass. Mar 01, 1920) (N°155-158)

[488] (1) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

[489] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).

[490] (1) Briggs v. Spaulding et al., 141 U.S. 132, 11 S.Ct. 924, 35 L.Ed. 662 (May 25, 1891) ; (2) Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S.Ct. 549, 63 L.Ed. 1113 (U.S.Idaho, Jun 09, 1919) (N°289).

[491] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887) ; (2) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

En ce qui concerne, l'absence de prise en compte des conséquences des décisions du conseil des directeurs ou des *officers*, il s'agit, par exemple, de l'octroi d'un prêt qui s'est révélé peu judicieux[492] ou d'un jugement qui n'est pas bon[493].

La question qui se pose est de savoir quel est l'intérêt de ce deuxième type de termes. Par exemple, les directeurs sont obligés de vendre d'un actif de la société pour un prix juste. Or, le prix juste varie selon les différentes évaluations de 10 000$ à 20 000$. Les directeurs sans conflit d'intérêts approuvent la vente d'un actif de la société pour 8 000$. Est-ce que le juge examinera seulement les conditions énumérées ? N'examinera-t-il pas le prix de la vente indépendamment? Ou examinera-t-il le prix de la vente en tant qu'un des éléments de la bonne foi ou de l'intérêt de la société ?
En droit français de la responsabilité, il y a une distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens. En transposant cette classification, on peut dire que les conditions énumérées comportent aussi bien les obligations de moyens que les obligations de résultat. La question qui se pose est de savoir si un directeur qui remplit les conditions énumérées, à savoir les obligations de moyens et les obligations de résultat, mais ne remplit pas une obligation de résultat, n'en sera pas responsable.

[492] (1) Witters v. Sowles, 24 Blatchf. 332, 31 F. 1 (C.C.D.Vt. Apr 06, 1887).

[493] (1) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. Mar 07, 1924).

Section 2 — La *business judgment rule* dans la *common law* (*common law* et *equity*) des Etats

105. On recherchera si la *business judgment rule* existe dans la jurisprudence des Etats entre 1823 et 1945. On veut savoir, le cas échéant, dans quel droit d'Etat, elle a pris naissance et dans combien des droits des Etats elle a été adoptée. On examinera les jurisprudences d'Etats selon la date d'entrée des Etats dans l'Union, c'est-à-dire d'abord la jurisprudence du premier Etat, la jurisprudence de l'Etat du Delaware (§1) et ensuite la jurisprudence des 47 Etats subséquents et du district fédéral (§2).

§ 1 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus sous l'empire du droit de l'Etat du Delaware (1915-1939)

106. Premier Etat. — Le nom *Delaware* provient de la baie Delaware et du fleuve Delaware. Ces derniers ont été nommés après Sir Thomas West, 3e baron De La Warr (1577-1618), gouverneur de la colonie anglaise de Jamestown en Virginie entre 1609 (1610) et 1618[494].

Le 4 juillet 1776, le Delaware a été l'une des treize colonies. Les délégués des treize colonies ont approuvé et signé la Déclaration d'Indépendance[495]. Le 7 décembre 1787, le Delaware a ratifié la Constitution des Etats-Unis en tant que premier état[496].

107. Juridiction de la *common law*. — Jusqu'en 1792, dans le Delaware, les juges des *Courts of Common Pleas* ont été compétents pour les affaires qui ont relevé non seulement de la *common law*, mais aussi de l'*equity*[497]. Pendant la période coloniale

---

[494] J. F. FAUSZ, West, Thomas, third Baron De La Warr (1577-1618), dans *Oxford Dictionary of National Biography*.

[495] Caesar RODNEY, George READ; Thomas McKEAN.

[496] D'où son surnom de *First State* (« le Premier Etat ») v. le site officiel de l'Etat du Delaware accessible sur http://www.delaware.gov/facts/gov.shtml (la dernière visite le 15 mai 2013).

[497] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *A Short History of the Delaware Court of Chancery 1792-1992 dans Court of Chancery of the State of Delaware--1792-1992*, *op. cit.*, accessible sur http://courts.delaware.gov/chancery/history.stm (la dernière visite le 15 mai 2013). Voir l'Annexe n°2.431.

ou après l'Indépendance, la majorité des autres Etats ont soit supprimé la juridiction séparée de l'*equity*, soit ne l'ont jamais établie. Par conséquent, dans la majorité des autres Etats, les mêmes juges ont été compétents pour la *common law* et l'*equity*[498].

108. Juridiction de l'equity : cour de la chancellerie de l'Etat du Delaware (*Court of Chancery of Delaware*). — Cependant, la deuxième Constitution de l'Etat du Delaware de 1792[499], l'Article VI, la Section 14, a établi la cour de la chancellerie (*Court of Chancery*)[500]. Entre 1792 et 1939, la cour de la chancellerie a compté un juge unique, le chancelier (*Chancellor*)[501]. Entre 1793 et 1950, la fonction du chancelier a été exercée par : (1) William Killen, *Chief Justice* de la *Supreme Court* sous la première Constitution de 1776 (1793-1801)[502] ; (2) Nicholas Ridgely, appelé *Father of Delaware Equity* (1801-1830)[503] ; (3) Kensey Johns, Sr. (1830-1832); (4) Kensey Johns, Jr. (1832-1857); (5) Samuel M. Harrington (1857-1865); (6) Daniel M. Bates (1865-1873); (7) Willard Saulsbury, Sr. (1873-1892) et (8) James L. Wolcott (1892-1895); (9) John R. Nicholson, arrière-arrière-petit-fils, du côté de sa mère, du premier chancelier (1895-1909); (10) Charles M. Curtis (1909-1921); (11) Josiah O. Wolcott, fils du 8ème chancelier (1921-1938)[504] ; (12) William W. Harrington (1938-1950)[505]. La loi du 12 mai 1939 a établi la fonction du vice-chancelier (*Vice-*

---

[498] J. B. JACOBS, *Introduction: A Brief History of the Delaware Court of Chancery*, 2012 Colum. Bus. L. Rev. 406 (2012), p. 406; W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.*

[499] La première constitution du temps de paix, v. H. R. HORSEY, W. DUFFY, *The Supreme Court of Delaware Until 1951 : « The Leftover Judge » System*, accessible sur le site officiel de la l'Organisation Judiciaire de l'Etat du Delaware (« Delaware State Courts : The Official website of the Delaware Judiciary ») http://courts.delaware.gov/supreme/history2.stm (la dernière visite le 17 mai 2013).

[500] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.* Voir l'Annexe n°2.434.

[501] J. B. JACOBS, *op. cit.*; W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.*

[502] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.*

[503] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.* Voir l'Annexe n°2.437.

[504] Le site biographique du Congrès des Etats-Unis http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=W000669 (la dernière visite : le 3 juin 2013).

[505] V. Le site officiel de la Cour de la chancellerie de l'Etat du Delaware (*Court of Chancery of Delaware*) : http://courts.delaware.gov/chancery/judges.stm (la dernière visite: le 20 mai 2013) ; W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.*

chancellor)[506]. Le premier vice-chancelier a été George B. Pearson, Jr. (1939-1946)[507].

109. Compétence de la cour de la chancellerie (*Court of Chancery*) anglaise jusqu'en 1776. — La cour de la chancellerie du Delaware (*Court of Chancery of Delaware*) était compétente pour examiner les affaires qui relevaient de l'*equity*[508]. La cour de la chancellerie du Delaware a hérité de la compétence de la cour de la chancellerie anglaise en vigueur en 1776, c'est-à-dire de la signature de la Déclaration d'Indépendance[509].

D'abord, la cour de la chancellerie du Delaware a principalement jugé les affaires relatives à la propriété, aux testaments, aux *trusts* et aux contrats. Au début du XXe siècle, Delaware a remplacé New Jersey en tant qu'Etat préféré d'immatriculation des sociétés commerciales. Par conséquent, la cour de la chancellerie du Delaware a commencé à juger de plus en plus des litiges concernant les sociétés commerciales (*corporate litigation*). Les arrêts rendus par la cour de la chancellerie du Delaware ont été appréciés par les milieux juridiques et les milieux des affaires[510]. Selon le chancelier L.E. Strine, le juge unique, c'est-à-dire le chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware a créé et appliqué la jurisprudence de manière cohérente et rapide tout en comprenant la dynamique et les besoins du monde des affaires[511].

---

[506] Le vice-chancelier est devenu l'officier constitutionnel en 1945. v. P. DOLAN, *The Supreme Court of Delaware 1900-1950*, accessible sur le site officiel de la l'Organisation Judiciaire de l'Etat du Delaware (*Delaware State Courts : The Official website of the Delaware Judiciary*) http://courts.delaware.gov/supreme/history1.stm (la dernière visite: le 17 mai 2013).

[507] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.* Voir l'Annexe n°2.441.

[508] La Quatrième Constitution de l'Etat du Delaware de 1897: *« TITLE 10: Courts and Judicial Procedure; Organization, Powers, Jurisdiction and Operation of Courts; CHAPTER 3. COURT OF CHANCERY; Subchapter III. General Jurisdiction and Powers; § 341. Matters and causes in equity. The Court of Chancery shall have jurisdiction to hear and determine all matters and causes in equity. »*

[509] L. E. STRINE, Jr., *The Delaware Way: How We Do Corporate Law and Some of the New Challenges We (And Europe) Face*, 30 Del. J. Corp. L. 673-696 (2005), p. 681. V. l'Annexe n°2.443.

[510] J. B. JACOBS, *op. cit*.

[511] L. E. STRINE, Jr., *op. cit.*, p. 682. V. l'Annexe n°2.446.

110. Cour suprême du Delaware (*Supreme Court of Delaware*). — La deuxième Constitution de l'Etat du Delaware de 1792, a établi, en tant que juridiction de dernier degré, la *High Court of Errors and Appeal*. La *High Court of Errors and Appeal* a compté les 5 juges (*Justices*): le chancelier de la cour de la chancellerie et le *Chief Justice* de la *Supreme Court* et les trois *Associate Justices* des trois *Courts of Common Pleas*. Ainsi, la *High Court of Errors and Appeal* n'a pas été la juridiction séparée. Elle a été la juridiction qui s'est composée des juges des juridictions inférieures qui n'ont pas examiné l'affaire en première instance (*leftover judges*). La *High Court of Errors and Appeal* a été présidée par le chancelier à condition que ce dernier n'ait pas jugé l'affaire en première instance. Ainsi, la fonction du chancelier est devenue la plus haute fonction judiciaire de l'Etat du Delaware.

La quatrième Constitution de l'Etat du Delaware de 1897, en vigueur jusqu'à présent, a remplacé la *High Court of Errors and Appeal* par la Cour suprême du Delaware (*Supreme Court of Delaware*). Le nombre des juges faisant partie de la Cour suprême a été augmenté de cinq à six, la position de *Associate Justice at large* étant établie. Tous les *Justices* ont eu à être nommés par le gouverneur et confirmés par le Sénat pour une durée de 12 ans renouvelable[512]. Seulement la majorité simple des juges ont pu appartenir au même parti politique[513]. La Cour suprême du Delaware est restée composée des juges des juridictions inférieures jusqu'à l'amendement constitutionnel de 1951.

La Cour suprême du Delaware a connu des décisions judiciaires rendues par la juridiction de la *common law* (*Superior Court* ; *Court of Oyster and Terminer* ; *Court of General Sessions*) et par la juridiction de l'*equity* (*Court of Chancery of Delaware*). En cas d'appel formé contre l'arrêt de la juridiction de la *common law*, la Cour suprême du Delaware a statué à trois ou à un plus grand nombre de juges: le chancelier de la cour de la chancellerie et ceux des cinq juges de la juridiction de la *common law* qui n'ont pas examiné l'affaire en première instance.

[512] Jusqu'à 1897, les juges ont été nommés à vie.

[513] H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*

En cas d'appel formé contre l'arrêt de la juridiction de l'*equity*, la Cour suprême du Delaware a statué, en général, à cinq juges, c'est-à-dire les juges de la juridiction de la *common law* : *Chief Justice* et 4 *Associate Justices*[514].

Ainsi, les juges de la *common law* ont examiné les appels dans les affaires de l'*equity*, et le juge de l'*equity*, c'est-à-dire le chancelier, a examiné les appels dans les affaires de la *common law*.

Entre 1900 et 1950, la Cour suprême du Delaware a jugé plus de 300 affaires (200 de la juridiction de la *common law* et 125 de la juridiction de l'*equity*)[515]. Les 38% des affaires ont été jugées par 4 juges et les 43% ont été jugées par trois juges[516].

La Cour suprême du Delaware est une juridiction d'appel à la fois pour le droit et pour le fait.

111. Méthodologie. — On utilisera les deux méthodes de recherche quant aux arrêts rendus dans le Delaware. Premièrement, on recherchera dans la base de donnés de *Westlaw International* (*US Research*)[517]. Deuxièmement, on examinera les références aux arrêts dans la jurisprudence et dans la doctrine.

112. Plan. — D'abord, on analysera les arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (I). Ensuite, on synthétisera les arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (II).

[514] H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*

[515] P. DOLAN, *op. cit*.

[516] P. DOLAN, *op. cit.*

[517] 1. *Westlaw International* ; 2. *US Research* ; 3. *Scope* : *Federal and State Caselaw before 1945* ; 3. *Query* : A. « Delaware » + « *business judgment rule* »; B. « Delaware » + « business judgment »; C. « Delaware » + « presumption ».

I — L'analyse des arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (1909-1939)

113. On présentera les 13 affaires jugées dans la cour de la chancellerie du Delaware et dans la Cour suprême du Delaware lorsque le chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware ont été Charles Minot Curtis de 1909 à 1921 (A) et Josiah Oliver Wolcott de 1921 à 1938 (B).

On analysera les 13 affaires suivantes :
Affaire n°1 : Butler v. New Keystone Copper Co. (1915)
Affaire n°2 : *Allied Chemical & Dye Corporation* v. Steel & Tube Co. of America (1923)
Affaire n°3 : Robinson v. *Pittsburgh Oil Refining Corporation* (1924)
Affaire n°4 : Bodell v. *General Gas & Electric Corporation* (1926, 1927)
Affaire n°5 : Finch v. Warrior Cement Corporation (1928)
Affaire n°6 : Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)
Affaire n°7 : Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)
Affaire n°8 : Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)
Affaire n°9 : Cole v. National Cash Credit Association (1931)
Affaire n°10 : Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)
Affaire n°11 : Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)
Affaire n°12 : Eshleman v. Keenan (1936, 1937)
Affaire n°13 : Loft v. Guth (1938) and Guth v. Loft (1939)

A — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans le Delaware de 1909 à 1921

114. Affaire n°1 : Butler v. New Keystone Copper Co. (1915)[518]. — En l'espèce, *New Keystone Copper Company*, la société anonyme immatriculée dans l'Etat du Delaware (*Delaware corporation*) a vendu substantiellement tous ses actifs (*sale of substantially all of its assets*) à *Inspiration Consolidated Copper Company*, la société anonyme immatriculée dans l'Etat du Maine (*Maine corporation*), pour les actions de cette société.

Joseph A. Butler, l'actionnaire de la société vendeuse, *New Keystone Copper Company* a intenté une action contre cette société, ses *officers* et ses directeurs (*directors*) et a demandé d'interdire la vente (*injunction*).

Dans l'arrêt en date du 2 février 1915, la cour de la chancellerie du Delaware a débouté le demandeur. Le chancelier Charles M. Curtis a validé la clause des statuts qui a autorisé la vente de tous les actifs par le vote des trois-quarts des actionnaires. Le chancelier a déclaré qu'il n'était pas allégué que les *officers*, en exerçant la vente des actifs, ont agi autrement que (1) de bonne foi et (2) sans avantage personnel et qu'il n'est pas prouvé que (3) la considération de la vente a été inadéquate. Il a conclu que dans ces circonstances, le jugement des directeurs sur mérite (*wisdom*) de l'échange ne sera pas examiné[519].

Dans l'Etat du Delaware avant 1916, les directeurs et les actionnaires n'ont pas pu vendre tous ou substantiellement tous les actifs de la société *in bonis* si même un seul actionnaire s'y est opposé[520]. En 1916, en réaction contre les restrictions posées par l'arrêt Butler v. New Keystone Copper Co. (1915), la loi sur la vente des actifs (*sale-of-assets statute*) a été adoptée[521].

---

[518] Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915).

[519] Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915), at 375-376. Voir l'Annexe n°2.454.

[520] Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 377-378, 93 A. 380, 382-383 (Del.Ch., Feb 02, 1915). Voir l'Annexe n°2.455.

[521] E.P. WELCH, A. J. TUREZYN, *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals* (Aspen Publishers 2004), § 271.1, p. 649. Voir l'Annexe n°2.456.

L'arrêt a été cité par les arrêts postérieurs rendus dans le Delaware, par exemple (1) *Allied Chemical & Dye Corporation* v. Steel & Tube Co. of America (1923)[522] ; (2) Sterling v. *Mayflower* Hotel Corp. (1952)[523] ; (3) Alcott v. Hyman (1962)[524] ; (4) Gimbel v. Signal Companies, Inc. (1974)[525].

A notre avis, l'arrêt en cause n'a pas été cité par la doctrine dans le contexte de la *business judgment rule*.

B — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans le Delaware de 1921 à 1938

115. *Dirty Deal* (1921). — En 1921, William D. Denney (1873-1953), le membre du Parti républicain et le gouverneur de l'Etat du Delaware (1921-1925), n'a pas renommé le chancelier Curtis à la cour de la chancellerie du Delaware, bien que ce dernier ait joui d'un respect universel et ait été membre du Parti républicain[526]. Il a nommé Josiah O. Wolcott (1877-1938), le fils du 8e chancelier, le membre du Parti démocrate et le sénateur représentant du Delaware au Sénat des Etats-Unis (1917-1921). Josiah O. Wolcott a accepté la nomination et a démissionné du poste de sénateur. Dans ce cas, le gouverneur Denney a nommé Thomas Coleman du Pont (1863-1930), le membre du Parti républicain et son ami, au siège vacant du sénateur (1921-1922)[527].

---

[522] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, 489+, 14 Del.Ch. 1, 1+ (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[523] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 118, 33 Del.Ch. 293, 312, 38 A.L.R.2d 425, 425 (Del.Supr. Nov 18, 1952).

[524] Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90, 94, 40 Del.Ch. 449, 455 (Del.Ch. Aug 22, 1962).

[525] Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 605+ (Del.Ch. Jan 10, 1974).

[526] H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.* Voir l'Annexe n°2.461.

[527] T. COLEMAN du Pont a aussi été sénateur des Etats-Unis entre 1925-1928. Pour plus de détails, H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*

116. Affaire n°2 : Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[528]. — En l'espèce, *Steel & Tube Company of America* a vendu en espèces tous ses actifs à *Youngstown Sheet & Tube Company*[529]. La valeur comptable des actifs a été de 94 337 426.11$, mais le prix total de vente a été de 73 077 739.67$. Autrement dit, la valeur comptable a été supérieure au prix total de vente de plus de 20 000 000$. C'est pourquoi les actionnaires minoritaires de la société vendeuse (*Steel & Tube Company of America*), c'est-à-dire *Allied Chemical & Dye Corporation*, détenant 16% des actions ordinaires, et *By-Products Coke Corporation*, détenant 4% des actions ordinaires, ont demandé d'interdire la vente en cause (*injunction*).

Dans l'arrêt du 28 mars 1923, la cour de la chancellerie du Delaware leur a donné gain de cause.

Le chancelier Wolcott a appliqué la loi sur les sociétés générales du Delaware (*Delaware General Corporation Law*), la nouvelle section 64a sur la vente des actifs et des franchises[530], qui a prévu que:

« Chaque société […] peut à chaque réunion (*any meeting*) du conseil des directeurs, vendre, louer ou échanger toute la propriété et les actifs sociaux, y compris sa clientèle (*goodwill*) et les franchises sociales (*corporate franchises*), sous de tels termes et conditions que son conseil des directeurs juge convenable et pour les meilleurs intérêts de la société, quand et s'il est autorisé par le vote affirmatif de la majorité des actions émises à l'assemblée des actionnaires dûment convoquée à cette fin ou quand il est autorisé par le consentement écrit de la majorité des actions. Le certificat de constitution (*certificate of incorporation*) peut requérir une plus grande proportion des actionnaires pour le vote ou pour le consentement écrit »[531].

(1) Le chancelier Josiah Wolcott a déclaré que la majorité des actionnaires peut vendre les actifs de la société, ce droit étant absolu. Cependant, en ce qui concerne les

---

[528] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[529] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 489 (Del.Ch. Mar 28, 1923). Voir l'Annexe n°2.464.

[530] Aujourd'hui, il s'agit de la section 271.

[531] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 490 (Del.Ch. Mar 28, 1923). Voir l'Annexe n°2.466.

conditions de vente, la majorité des actionnaires doit prendre en compte, honnêtement et de bonne foi, si elles sont justes, avantageuses et pour les meilleurs intérêts de la société[532].

(2) Le chancelier Wolcott a dit que dans l'*equity* la relation entre la majorité contrôlant et la minorité est de caractère fiduciaire telle que la relation entre les directeurs et la société, et que la majorité des actionnaires doivent le devoir fiduciaire à la minorité comme les directeurs doivent le devoir fiduciaire à tous les actionnaires[533].

(3) Le chancelier Wolcott a dit que la majorité des actionnaires ne peut pas s'avantager au détriment de la minorité des actionnaires[534].

(4) Le chancelier Wolcott a posé que la majorité des actionnaires doit vendre les actifs pour le prix juste et adéquat[535].

(5) Le chancelier Wolcott a déclaré que si l'inadéquation du prix peut être raisonnablement considérée comme « un exercice honnête de sain jugement », elle ne sera pas considérée comme fraude et elle sera permise, mais si l'inadéquation du prix est grossière, « si loin au-dessous de ce qui se trouve être un juste prix », qu'elle ne peut être expliquée que par la fraude ou l'« indifférence imprudente », elle ne sera pas permise[536].

---

[532] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 491 (Del.Ch. Mar 28, 1923). E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals* (Aspen Publishers, A Wolter Kluwer Company 2004), § 271.3.2 p. 653; § 271.3.2 p. 653 -654; § 271.3.2 p. 654; § 271.5.1.1. p. 656 [Note 51 : Allied Chem. & Dye Corp., 120 A. at 491]. Voir l'Annexe n°2.467.

[533] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 491 (Del.Ch. Mar 28, 1923). E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.2.3. *Fiduciary duty of majority stockholders* [Note 69]. Voir l'Annexe n°2.468.

[534] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 491 (Del.Ch. Mar 28, 1923); E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.2.2., p. 658. Voir l'Annexe n°2.469.

[535] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 494 (Del.Ch. Mar 28, 1923). Voir l'Annexe n°2.470 ; E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.2.3. *Fiduciary duty of majority stockholders*. [Note 29].

[536] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 494 (Del.Ch. Mar 28, 1923). E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1., p. 656: « Hence, an

Le chancelier Wolcott a décidé que l'écart entre la valeur comptable et le prix total proposé est tellement grand, en particulier étant donné que les intérêts spéculatifs et pécuniaires qui ont pu motiver le vote de la majorité des actionnaires, que l'examen approfondi de la juste valeur doit être effectué. Il a accordé l'interdiction de vente (*injunction*)[537].

Le chancelier Wolcott a discuté, cité et mentionné cet arrêt dans les arrêts postérieurs, par exemple discuté par (1) Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)[538] ; cité par (2) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[539] ; (3) Heil v. Standard Gas & Elec. Co. (1930)[540]; (4) Cole v. National Cash Credit Ass'n, (1931)[541] ; (5) Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)[542] ; (6) Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[543] ; (7) Topkis v. Delaware Hardware Co. (1938)[544] ; (8) Havender v. Federal United Corporation (1939)[545] ; mentionné par Bodell v. *General Gas & Electric Corporation* (1926)[546].

L'arrêt en cause a été discuté, cité et mentionné par la jurisprudence postérieure du Delaware qui est importante dans le contexte de la *business judgment rule*.

« honest exercice of sound judgment » as to the type and adequacy of consideration will preclude fraud allegations. [Note 49 : Allied Chem. & Dye Corp. v. Steel & Tube Co. of Am., 120 A. 486, 494 (Del.Ch.1923)]. » Voir l'Annexe 2.471.

[537] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486, 496 (Del.Ch. Mar 28, 1923). Voir l'Annexe 2.472.

[538] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 260+, 16 Del.Ch. 318, 323+ (Del.Ch. Jul 15, 1929).

[539] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660, 16 Del.Ch. 157, 169 (Del.Ch. Jun 01, 1928).

[540] Heil v. Standard Gas & Elec. Co., 151 A. 303, 304, 17 Del.Ch. 214, 216 (Del.Ch. Jul 26, 1930).

[541] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188+, 18 Del.Ch. 47, 58+ (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[542] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833+, 19 Del.Ch. 326, 330+ (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[543] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 87 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[544] Topkis v. Delaware Hardware Co., 2 A.2d 114, 119, 23 Del.Ch. 125, 135 (Del.Ch. Aug 16, 1938).

[545] Havender v. Federal United Corporation, 6 A.2d 618, 622, 24 Del.Ch. 96, 102 (Del.Ch. Jun 02,1939).

[546] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 447, 15 Del.Ch. 119, 132 (Del.Ch. Mar 02, 1926).

L'arrêt en cause a été discuté, par exemple, dans (9) l'arrêt Gimbel v. Signal Companies, Inc. (1974)[547]. L'arrêt en cause a été cité, par exemple, dans les arrêts (10) Sterling v. Mayflower Hotel Corp. (1952)[548] ; (11) Bennett v. Breuil Petroleum Corp. (1953)[549] ; (12) Schiff v. RKO Pictures Corp. (1954)[550] ; (13) Baron v. Pressed Metals of America (1955)[551] ; (14) Gerlach v. Gillam (1958)[552] ; (15) Alcott v. Hyman (1962)[553] ; (16) Marks v. Wolfson (1963)[554] ; (17) Epstein v. Celotex Corp. (1968)[555] ; (18) David J. Greene & Co. v. Dunhill Intern., Inc. (1968)[556] ; (19) Levien v. Sinclair Oil Corp. (1969)[557] ; (20) Lynch v. Vickers Energy Corp. (1976)[558] ; (21) Tanzer v. International General Industries, Inc. (1977)[559] ; (22) Weinberger v. UOP, Inc. (1979)[560] ; (23) Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co. (1985)[561] ; (24) In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation (1989)[562] ; (25) In re Tri-Star Pictures, Inc., Litigation (1993)[563] ; (26) Auriga Capital Corp. v. Gatz Properties (2012)[564] ; (27) Feeley v. NHAOCG, LLC (2012)[565].

---

[547] Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 610+ (Del.Ch. Jan 10, 1974).

[548] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 112, 33 Del.Ch. 293, 302, 38 A.L.R.2d 425, 425 (Del.Supr. Nov 18, 1952).

[549] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236, 239+, 34 Del.Ch. 6, 12+ (Del.Ch. Aug 11, 1953).

[550] Schiff v. RKO Pictures Corp., 104 A.2d 267, 270, 34 Del.Ch. 329, 334 (Del.Ch. Mar 26, 1954).

[551] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361+, 35 Del.Ch. 325, 332+ (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[552] Gerlach v. Gillam, 139 A.2d 591, 595, 37 Del.Ch. 244, 251 (Del.Ch. Mar 18, 1958).

[553] Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90, 94, 40 Del.Ch. 449, 456 (Del.Ch. Aug 22, 1962).

[554] Marks v. Wolfson, 188 A.2d 680, 686+, 41 Del.Ch. 115, 125+ (Del.Ch. Feb 08, 1963).

[555] Epstein v. Celotex Corp., 238 A.2d 843, 847, 43 Del.Ch. 504, 511 (Del.Ch. Feb 14, 1968).

[556] David J. Greene & Co. v. Dunhill Intern., Inc., 249 A.2d 427, 434 (Del.Ch. Dec 24, 1968).

[557] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911, 915+ (Del.Ch. Dec 23, 1969).

[558] Lynch v. Vickers Energy Corp., 351 A.2d 570, 573 (Del.Ch. Jan 22, 1976).

[559] Tanzer v. International General Industries, Inc., 379 A.2d 1121, 1123+ (Del.Supr. Oct 18, 1977).

[560] Weinberger v. UOP, Inc., 409 A.2d 1262, 1265 (Del.Ch. Nov 28, 1979).

[561] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 958, Fed. Sec. L. Rep. P 92,046, 92046, Fed. Sec. L. Rep. P 92,077, 92077 (Del.Supr. Jun 10, 1985) (N°152, 1985).

[562] In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, 1989 WL 7036 (22), 57 USLW 2482, 2482, Fed. Sec. L. Rep. P 94,194, 94194, 14 Del. J. Corp. L. 1132, 1169 (Del.Ch. Jan 31, 1989) (N°CIV.A. 10389).

[563] In re Tri-Star Pictures, Inc., Litigation, 634 A.2d 319, 328 (Del.Supr. Nov 24, 1993) (N°123,1992)

L'arrêt en cause a été mentionné, par exemple, dans les arrêts : (28) Nemser v. Aviation Corporation (1942)[566] ; (29) Lynch v. Vickers Energy Corp. (1977)[567] ; (30) Lynch v. Vickers Energy Corp. (1981)[568] ; (31) Smith v. Van Gorkom (1985)[569].
La doctrine a cité l'arrêt indirectement dans le contexte de la *business judgment rule*[570].

117. Affaire n°3 : Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[571]. — En l'espèce, les actionnaires de la société *Pittsburgh Oil Refining Corporation* ont autorisé le conseil des directeurs à vendre toute la propriété de la société[572]. Le conseil des directeurs a obtenu les 3 offres (*bids*). L'une des offres a proposé le prix de 487,946.67$ (seulement 274 235$ en espèces). Une autre offre a proposé le prix de 466,650$, mais payable entièrement en espèces. Cette offre, inférieure en montant, mais entièrement en espèces, a été acceptée.
William Champlin Robinson a intenté une action pour faire interdire aux *officers* et directeurs de la société d'effectuer la vente (*injunction*). Il a voulu démontrer que les directeurs avaient violé les dispositions de la section 64a de la loi sur les sociétés générales du Delaware (*Delaware General Corporation Law*) pour avoir négocié la vente dont les termes et conditions ont été désavantageux et non pour les meilleurs intérêts de la société.

---

[564] Auriga Capital Corp. v. Gatz Properties, 40 A.3d 839, 870 (Del.Ch. Jan 27, 2012) (N°CIV.A. 4390-CS).

[565] Feeley v. NHAOCG, LLC, 62 A.3d 649, 668 (Del.Ch. Nov 28, 2012) (N°CIV.A. 7304-VCL).

[566] Nemser v. Aviation Corporation, 47 F.Supp. 515, 519 (D.Del. Oct 06, 1942) (N°CIV. 253).

[567] Lynch v. Vickers Energy Corp., 383 A.2d 278, 279 (Del.Supr. Oct 18, 1977).

[568] Lynch v. Vickers Energy Corp., 429 A.2d 497, 503 (Del.Supr. Apr 03, 1981) (N°105).

[569] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 889, 46 A.L.R.4th 821, 821, Fed. Sec. L. Rep. P 91,921, 91921 (Del.Supr. Jan 29, 1985) (N°255, 1982).

[570] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1., p. 656. Voir l'Annexe n°2.505.

[571] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[572] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.3.2, p. 653. Voir l'Annexe n°2.507.

(1) Le chancelier Wolcott a distingué cette affaire de l'affaire Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[573] en ce que dans l'affaire en cause, le contrôle de la majorité des actionnaires et l'intérêt personnel n'ont pas été prouvés.

(2) Le chancelier Wolcott a dit que le droit accorde aux directeurs de la société anonyme la présomption qu'ils sont motivés par « le regard de bonne foi pour les intérêts de la société. Par conséquent, la vente en cause doit être examinée avec la présomption que les directeurs ont honnêtement cru qu'ils obtiennent les termes et conditions qui ont été avantageux et pour les meilleurs intérêts de la société »[574].

(3) Le chancelier Wolcott a déclaré que lorsque les termes et conditions de vente sont tellement manifestement injustes qu'ils indiquent la fraude, ils renversent la présomption de justice (*presumption of fairness*)[575]. Le chancelier Wolcott a considéré qu'il ne peut pas être dit que l'action du conseil des directeurs a été tellement déraisonnable au point d'« être entièrement retirée de la sphère de l'exercice du jugement des affaires honnête et sain »[576]. La demande d'interdiction a été refusée (*injunction*).

Il s'agit du premier arrêt qui a utilisé le terme présomption (*presumption*)[577] et l'expression « présomption de justice » (*presumption of fairness*)[578]. L'arrêt a aussi utilisé les expressions « l'exercice du jugement d'affaires honnête et sain » (*exercise*

---

[573] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[574] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924); E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1., p. 656 ; § 271.5.3., p. 660 [Note 79]. Voir l'Annexe n°2.509.

[575] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924). Voir l'Annexe n°2.510.

[576] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 49 (Del.Ch. Apr 02, 1924). Voir l'Annexe n°2.511.

[577] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[578] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

of honest and sound business judgment)[579], ainsi que « l'exercice honnête du jugement sain » (*honest exercice of sound judgment*)[580].

Le chancelier Wolcott ne s'est appuyé sur aucune jurisprudence ou doctrine pour fonder son raisonnement.

Le chancelier Wolcott a cité et mentionné l'arrêt en cause dans les arrêts postérieurs, par exemple : l'arrêt en cause est cité par les arrêts suivants : (1) Finch v. Warrior Cement Corporation (1928)[581] ; (2) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[582] ; (3) Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)[583] ; (4) Cole v. National Cash Credit Ass'n (1931)[584] ; (5) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)[585] ; (6) Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)[586] ; l'arrêt en cause est mentionné par l'arrêt (7) Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[587].

L'arrêt en cause a été discuté dans l'arrêt de la cour de la chancellerie du Delaware, Thomas v. Kempner, en date du 22 mars 1973, qui a précisé l'une des formulations de la *business judgment rule*[588].

L'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Aronson v. Lewis de 1984, en articulant l'une des plus célèbres formulations de la *business judgment rule*, a fait référence à

---

[579] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 49 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[580] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 50-51 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[581] Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A. 54, 61, 16 Del.Ch. 44, 58 (Del.Ch. Feb 08, 1928).

[582] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660, 16 Del.Ch. 157, 170 (Del.Ch. Jun 01, 1928).

[583] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261+, 16 Del.Ch. 318, 325+ (Del.Ch. Jul 15, 1929).

[584] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188, 18 Del.Ch. 47, 58 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[585] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 461, 17 Del.Ch. 325, 325 (Del.Ch. Apr 23, 1931).

[586] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833+, 19 Del.Ch. 326, 330+ (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[587] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 88 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[588] Thomas v. Kempner, 1973 WL 460, (1) (Del.Ch. Mar 22, 1973) (N°CIV.A. 4138).

l'arrêt Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[589], à côté des arrêts : (1) Puma (1971) ; (2) Kaplan (1971) et (3) Zapata (1981).

En outre, l'arrêt en cause a été cité et mentionné par la jurisprudence du Delaware qui est importante pour la *business judgment rule*.

L'arrêt a été cité, par exemple, par les arrêts (1) Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co. (1955)[590] ; (2) Baron v. Pressed Metals of America (1955)[591] ; (3) Baron v. Pressed Metals of America, Inc. (1956)[592] ; (4) Bowling v. Bonneville, Ltd. (1963)[593] ; (5) Marks v. Wolfson (1963)[594] ; (6) Gimbel v. Signal Companies, Inc. (1974)[595] ; (6) Katz v. Bregman (1981)[596] ; (7) In re Anderson, Clayton Shareholders Litigation (1986)[597] ; (8) In re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation (1986)[598] ; (9) Freedman v. Restaurant Associates Industries, Inc. (1987)[599] ; (10) City Capital Associates Ltd. Partnership v. Interco Inc. (1988)[600] ; (11) In re Toys "R" Us, Inc.

---

[589] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[590] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 233+, 35 Del.Ch. 198, 202+ (Del.Ch. May 13, 1955).

[591] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361+, 35 Del.Ch. 325, 331+ (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[592] Baron v. Pressed Metals of America, Inc., 123 A.2d 848, 854, 35 Del.Ch. 581, 591 (Del.Supr. Jul 05, 1956).

[593] Bowling v. Bonneville, Ltd, 1963 WL 922, (1), 2 Del. J. Corp. L. 162, 164+ (Del.Ch. Jan 14, 1963) (N°1688).

[594] Marks v. Wolfson, 188 A.2d 680, 687, 41 Del.Ch. 115, 127 (Del.Ch. Feb 08, 1963).

[595] Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del.Ch. Jan 10, 1974).

[596] Katz v. Bregman, 431 A.2d 1274, 1276+ (Del.Ch. Apr 20, 1981) (N°6407).

[597] In re Anderson, Clayton Shareholders Litigation, 519 A.2d 694, 697 (Del.Ch. Jun 02, 1986) (N°8387).

[598] In re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation, 519 A.2d 669, 676 (Del.Ch. Jun 10, 1986) (N°8501).

[599] Freedman v. Restaurant Associates Industries, Inc., 1987 WL 14323, (6), Fed. Sec. L. Rep. P 93,502, 93502, 13 Del. J. Corp. L. 651, 661 (Del.Ch. Oct 16, 1987) (N°CIV.A. 9212).

[600] City Capital Associates Ltd. Partnership v. Interco Inc., 551 A.2d 787, 802, Fed. Sec. L. Rep. P 94,084, 94084 (Del.Ch. Nov 01, 1988) (N°10105).

Shareholder Litigation (2005)[601] ; (12) In re Novell, Inc. Shareholder Litigation (2013)[602].

L'arrêt en cause a été mentionné non seulement par l'arrêt (1) Aronson v. Lewis (1984)[603] ; mais aussi par les arrêts (1) Nemser v. Aviation Corporation (1942)[604] ; (2) Fidanque v. American Maracaibo Co. (1952)[605] ; (3) Allison on Behalf of General Motors Corp. v. General Motors Corp. (1985)[606] ; (4) Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co. Inc., (1985)[607] ; (5) Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Company, Inc. (1985)[608] ; (6) Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co., Inc. (1986)[609] ; (7) Oliver v. Boston University (2006)[610] ; (8) Forsythe v. ESC Fund Management Co. (U.S.), Inc. (2013)[611].

La doctrine a cité l'arrêt en cause dans le contexte de la *business judgment rule*[612].

---

[601] In re Toys "R" Us, Inc. Shareholder Litigation, 877 A.2d 975, 1000 (Del.Ch. Jun 22, 2005) (N°CIV.A. 1212-N).

[602] In re Novell, Inc. Shareholder Litigation, 2013 WL 322560, (15)+ (Del.Ch. Jan 03, 2013) (N°CIV.A. 6032-VCN).

[603] Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del.Supr. Mar 01, 1984) (N°203).

[604] Nemser v. Aviation Corporation, 47 F.Supp. 515, 519 (D.Del. Oct 06, 1942) (N°CIV. 253).

[605] Fidanque v. American Maracaibo Co., 92 A.2d 311, 321, 33 Del.Ch. 262, 280 (Del.Ch. Nov 05, 1952).

[606] Allison on Behalf of General Motors Corp. v. General Motors Corp., 604 F.Supp. 1106, 1122, 2 Fed.R.Serv.3d 272, 272 (D.Del. Mar 19, 1985) (N°CIV.A. 84-214 MMS).

[607] Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co. Inc., 1985 WL 7995, (7) (Ohio App. 8 Dist. Apr 25, 1985) (N°49184, 49197).

[608] Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Company, Inc., 1985 WL 7996, (2) (Ohio App. 8 Dist. Apr 25, 1985) (N°49184, 49197) (in dissent).

[609] Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co., Inc., 496 N.E.2d 959, 964, 26 Ohio St.3d 15, 20, 55 USLW 2235, 2235, 26 O.B.R. 12, 12 (Ohio Aug 20, 1986) (N°85-704).

[610] Oliver v. Boston University, 2006 WL 1064169, (20), 32 Del. J. Corp. L. 242, 242 (Del.Ch. Apr 14, 2006) (N°CIV.A. 16570-NC).

[611] Forsythe v. ESC Fund Management Co. (U.S.), Inc., 2013 WL 458373, (2) (Del.Ch. Feb 06, 2013) (N°CIV.A. 1091-VCL).

[612] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1, p. 656. Voir l'Annexe n°2.547.

118. Affaire n°4 : Bodell v. General Gas & Electric Corporation (1926, 1927)[613]. — En l'espèce, le conseil des directeurs de la société the *General Gas & Electric Corporation* a décidé d'émettre des actions ordinaires à deux valeurs nominales: (1) à la valeur nominale de 25$, libérées par les dividendes, aux actionnaires tenant les actions de catégorie A (*class A common stockholders*) et (2) à la valeur nominale de 45$ aux actionnaires tenant les actions de catégorie B (*class B common stockholders*) et aux banquiers souscripteurs. Les actionnaires de catégorie A et B ont intenté une action pour demander l'interdiction de l'émission des actions (*injunction*).

Le chancelier Wolcott a appliqué la loi sur les sociétés générales du Delaware (*Delaware General Corporation Law*), la section 4a[614], qui a prévu que les actions sans valeur nominale (*par value*) peuvent être émises par la société pour la contrepartie (*consideration*) fixée soit par le conseil des directeurs s'il est autorisé par le certificat de constitution, soit par le consentement des deux tiers de chaque catégorie des actions en circulation (*each class of stock then outstanding*)[615]. Il a constaté qu'en l'espèce, le conseil des directeurs a été autorisé d'émettre les actions par le certificat de constitution.

(1) Dans l'arrêt de la cour de la chancellerie du Delaware en date du 2 mars 1926, le chancelier Wolcott a donné raison au défendeur qui a invoqué qu'il existe un principe général qui exclut les actionnaires de la gestion et accorde aux directeurs la présomption en faveur de leur propriété et de justice (*presumption in favor of their propriety and fairness*)[616].

(2) Le chancelier Wolcott a rappelé que les directeurs sont les *trustees* ou *quasi-trustees*[617] qui non seulement doivent s'abstenir de s'avantager au détriment de leurs

---

[613] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927).

[614] Aujourd'hui v. section 152 et 153 du *Delaware General Corporation Law* (« DGCL »).

[615] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 445 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.550.

[616] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 446 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.551.

[617] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 446 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.552.

bénéficiaires, mais aussi qu'ils doivent prévenir leurs bénéficiaires de subir une perte[618].

(3) Il a dit que les directeurs ont le pouvoir de fixer le prix des actions à émettre. Ce pouvoir est limité par le pouvoir équitable du juge d'examiner ce prix pour protéger les actionnaires[619].

(4) Le chancelier Wolcott a décidé que les directeurs ont honnêtement cru que leur décision était correcte et que l'absence complète d'un motif égoïste et d'un intérêt personnel indiquait que leur décision a été prise en honnêteté absolue et de bonne foi entière. Par conséquent, la décision sur le prix des actions relève de la discrétion des directeurs et en l'absence de motif malhonnête (*improper motive*), le juge ne s'y immiscera pas[620].

Le chancelier Wolcott a répété ce qu'il a déjà dit dans les arrêts (1) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[621] et (2) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[622], en ce que les directeurs doivent agir honnêtement et de bonne foi dans les meilleurs intérêts de la société. Le chancelier Wolcott ne mentionne pas expressément la limite à la discrétion des directeurs, c'est-à-dire le prix manifestement injuste (Robinson) ou grossièrement inadéquat (Allied). On n'est pas convaincu qu'il y ait un lien suffisamment fort entre l'absence d'intérêt personnel et l'existence d'honnêteté et de bonne foi. L'intérêt personnel, l'intérêt égoïste ou l'intérêt malhonnête, n'étant pas défini de manière précise, il peut être difficile à prouver. A notre avis, il peut y avoir l'absence d'intérêt personnel, quel qu'il soit, et l'absence d'honnêteté et de bonne foi. Plus encore, nous nous demandons pourquoi en l'absence de motif malhonnête, le juge n'a pas à examiner la justice du

---

[618] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 447 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.553.

[619] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 447 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.554.

[620] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 447-449 (Del.Ch. Mar 02, 1926). Voir l'Annexe n°2.555.

[621] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[622] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

prix des actions fixées par le conseil des directeurs. Toutefois, il convient de noter qu'en l'espèce, le chancelier Wolcott a expliqué et approuvé la décision des directeurs.

La décision du chancelier Wolcott a été approuvée par l'arrêt de la Cour suprême du Delaware en date du 22 février 1927[623]. La formation de ce jugement de la Cour suprême du Delaware s'est composée d'un *Chief Justice* Pennewill et des quatre juges, à savoir Rice, Harrington, Richards et Rodney. Le *Chief Justice* Pennewill a rédigé le jugement (*delivered*)[624].

(1) Dans l'arrêt Bodell v. General Gas & Electric Corp., le *Chief Justice* Pennewill a dit que rien n'a démontré que les directeurs n'ont pas exercé la discrétion dans ce qu'ils ont cru être le meilleur intérêt de la société et que certainement l'erreur honnête de jugement d'affaires (*honest mistake of business jugdment*) ne devrait pas être contrôlée par la cour[625].

(2) Il a considéré que la discrétion du conseil des directeurs dans la vente des actions et la fixation du prix ne devrait pas interférer sauf en cas de fraude véritable (*actual fraud*) ou constructive (*constructive fraud*), c'est-à-dire (i) le mobile malhonnête (*improper motive*) ; (ii) le gain personnel (*personal gain*) ; (iii) l'action arbitraire (*arbitrary action*) ; (iv) le mépris conscient des intérêts de la société ou des droits des actionnaires (*conscious disregard of the interests of the corporation and the rights of its stockholders*)[626].

(3) Le *Chief Justice* Pennewill a dit qu'il n'y a pas de preuve que les directeurs n'ont pas cru que la politique proposée aurait été dans le meilleur intérêt de la société et tous les actionnaires, et que la preuve soutient fermement une telle croyance. Tous les directeurs, sauf un, n'ont pas tenu les actions ordinaires de la classe A, et par conséquent, n'ont pas bénéficié d'un gain personnel de la décision en cause[627].

---

[623] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927).

[624] Entre 1897 et 1909, James Pennewill a été *associate justice* de la Cour suprême du Delaware et *resident judge* du Kent County. En 1909, Simeon Pennewill (1867-1935), gouverneur du Delaware (1909-1913), membre du Parti républicain et son frère cadet l'a nommé *chief justice*. James Pennewill est resté *chief justice* pendant les vingt-quatre ans (1909-1933). v. H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*

[625] Bodell v. Gen. Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927). V. l'Annexe n°2.560.

[626] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927).Voir l'Annexe n°2.561.

[627] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.562.

(4) Le *Chief Justice* Pennewill a déclaré que personne ne peut dire que les directeurs n'ont pas rendu leur jugement honnête et meilleur (*honest and best judgment*) à satisfaire une situation d'extrême urgence et à résoudre un problème qui signifiait beaucoup pour le succès de la société[628].

(5) Le *Chief Justice* Pennewill a conclu que les actes des directeurs en cause ont été effectués de bonne foi, dans l'exercice de leur meilleur jugement et dans ce qu'ils croyaient être pour l'avantage de la société et de tous ses actionnaires[629].

Le *Chief Justice* Pennewill s'est interrogé sur la question de savoir si les directeurs ont cru qu'ils avaient agi dans le meilleur intérêt de la société et s'ils avaient eu un intérêt personnel[630]. Il est intéressant de noter que le *Chief Justice* Pennewill ne reprend pas le terme employé par le chancelier Wolcott, c'est-à-dire présomption (*presumption*). Le *Chief Justice* Pennewill n'a utilisé aucune des expressions suivantes : *business judgment rule*, *business judgment test*, *business judgment standard*. Cependant, il a utilisé l'expression *business judgment* au moins deux fois, c'est-à-dire *honest mistake of business judgment*[631] et *in the exercice of fair business judgment*[632] et l'expression *best judgment* au moins deux fois, c'est-à-dire *honest and best judgment*[633] et *in the exercice of their best judgment*.[634] Enfin, c'est le premier arrêt rendu dans le Delaware dans lequel le juge a dit que l'erreur honnête de jugement d'affaires (*honest mistake of business jugdment*) ne devrait pas être contrôlée par la cour[635].

Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt de la Cour suprême, Bodell v. General Gas & Electric Corp., dans les arrêts tels que (1) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[636] et (2) Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[637].

---

[628] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 268 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.563.

[629] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 268 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.564.

[630] Il s'agit des conditions d'application de la *business judgment rule*.

[631] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.566.

[632] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.567.

[633] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 268 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.568.

[634] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 268 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.569.

[635] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr.1927). Voir l'Annexe n°2.570.

[636] Davis v. Louisville Gas & Electric Corp., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. Jun 01, 1928).

[637] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 88 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

Selon la doctrine, l'arrêt de la Cour suprême, Bodell v. General Gas & Electric Corp. (1927) constitue l'une des formulations de la *business judgment rule*[638].

Selon H.R. Horsey et W. Duffy, le raisonnement de l'arrêt Bodell v. General Gas & Electric Corp.[639] a été appliquée postérieurement dans les différents contextes, par exemple, dans l'arrêt Moran v. Household International (1985)[640], qui a appliqué l'*enhanced business judgment rule* (*Unocal standard of review*) à la décision du conseil des directeurs de la société cible d'adopter des *preferred stock rights dividend plan* (*poison pill*) pour se défendre contre la tentative de prise de contrôle hostile[641].

119. Affaire n°5 : Finch v. Warrior Cement Corporation (1928)[642]. — En l'espèce, la société *Gulf States Portland Cement Company*, enregistrée dans le Delaware, a transmis tous ses actifs à la société *Warrior Cement Corporation*, constituée à cette fin et enregistrée dans le Delaware. En contrepartie, la nouvelle société acquéreur, *Warrior Cement Corporation*, a transmis ses actions à ceux des actionnaires de la société vendeuse *Gulf States* Portland *Cement Company* qui ont approuvé la transaction, et non à la société vendeuse *Gulf States Portland Cement Company*.

Les actionnaires de la société vendeuse *Gulf States Portland Cement Company* ont intenté une action et ont demandé la nullité de la transaction en cause (*rescision* ; *null and void*) ou les dommages-intérêts (*damages*). Ils ont invoqué l'absence de contrepartie (*consideration*).

(1) Le chancelier Wolcott a qualifié la transaction en cause de vente de tous les actifs (*sale of all the assets*) prévue par la loi sur les sociétés générales du Delaware, la

---

[638] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2.1, pp. 92-93, Note 92. V. l'Annexe n°2.573.

[639] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 268 (Del.Supr. 1927); v. H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.* Voir l'Annexe n°2.574.

[640] H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*: « Over the ensuing sixty plus years, the court has applied the underlying rationale of Bodell in various factual contexts, as recently as 1985 in Moran v. Household Int'l, Inc., Del. Supr., 500 A.2d 1346 (1985) ».

[641] Moran v. Household Intern., Inc., 490 A.2d 1059 (Del.Ch. Jan 29, 1985), aff'd, Moran v. Household Intern., Inc., 500 A.2d 1346, 54 USLW 2271, Fed. Sec. L. Rep. P92,371 (Del.Supr. Nov 19, 1985) (N°37, 1985). V. Partie II, Titre I, Chapitre 2, Section 1.

[642] Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928).

section 64a[643]. Le chancelier Wolcott a confirmé que conformément aux dispositions de cette loi, la majorité de 90% des actionnaires de la société vendeuse ont autorisé par écrit le conseil des directeurs à procéder à la vente[644]. Cependant, il a constaté que, contrairement aux dispositions de cette loi, les actions de la société acquéreur n'ont pas été versées à la société vendeuse, mais directement à ceux des actionnaires de la société vendeuse qui ont approuvé la vente. Les actionnaires de la société vendeuse qui n'ont pas approuvé la vente sont restés dans la société sans actifs[645].

(2) Le chancelier Wolcott a estimé que les demandeurs n'ont pas de droit à la nullité (*rescision*) de la transaction en cause en raison de leur inaction pendant les dix mois à partir du moment où ils en ont été informés[646]. Il a estimé que les demandeurs ont un droit aux dommages-intérêts d'un montant représentant la valeur de leurs actions[647].

(3) Le chancelier Wolcott s'est interrogé sur la question de savoir quelle était la valeur des actions des demandeurs. Il s'est fondé sur l'évaluation (*appraisal*) *d'American Appraisal Company* en date du 1er juillet 1923, qui a été acceptée par le conseil des directeurs 2 ans avant la transaction en cause[648].

(4) Le chancelier Wolcott a souligné que les directeurs n'ont pas d'intérêt personnel pécuniaire ou d'autres avantages personnels à obtenir. Il a estimé qu'à ce regard la situation est similaire à celle trouvée dans l'arrêt Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp. (1924). Il a rappelé que dans ce dernier arrêt, la présomption a été acceptée que dans la vente des actifs les autorités contrôlaires de la société ont été motivées par « le regard de bonne foi pour les intérêts de la société»[649]. Il s'est limité à examiner si la fraude a eu lieu. Il a dit qu'il ne pouvait pas conclure que la fraude a eu lieu. Au vu

---

[643] Finch v. Warrior Cement Corp., 53, 141 A.54, 59 (Del. Ch.1928). Voir l'Annexe n°2.578.

[644] Finch v. Warrior Cement Corp., 141 A.54, 59 (Del. Ch. 1928) v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.3.4., p. 655. Voir l'Annexe n°2.579.

[645] Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 54-55, 141 A.54, 59 (Del. Ch. Feb. 8, 1928). v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.7, p. 665, Note 118. Voir l'Annexe n°2.580.

[646] Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 55-56, 141 A.54, 59-60 (Del. Ch. Feb. 8, 1928). V. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 152.5, p. 288 ; § 271.5.2.4., p. 660. V. l'Annexe n°2.581.

[647] Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A.54, 60 (Del. Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.582.

[648] Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A.54, 60-61(Del.1928). Voir l'Annexe n°2.583.

[649] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp., 126 A. 46, 48 (Del.Ch. 1924). Voir l'Annexe n°2.584.

(1) de la preuve relative à l'évaluation ; (2) de la condition financière de la société ; (3) de la capacité de gain/ de revenu dans le présent et dans le passé et (4) de la présomption en faveur de bonne foi des deux directeurs et des actionnaires majoritaires, il n'a pas pu conclure que le prix des soixante cents pour l'action privilégiée d'un dollar a été tellement en dessous, le cas échéant, de la juste valeur qu'il indique la fraude en droit[650]. Il a confirmé qu'au moment de la vente : (1) une action privilégiée (*preferred share*) d'un dollar a valu soixante cents et (2) une action ordinaire n'a rien valu[651].

Il a réitéré le terme présomption (Robinson). Il a précisé qu'il s'agit d'une présomption en faveur de bonne foi des deux directeurs et des actionnaires majoritaires.

Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt Finch v. Warrior Cement Corporation (1928), notamment dans les arrêts: (1) Trounstine v. Remington Rand (1937)[652] ; (2) Topkis v. Delaware Hardware Co. (1938)[653]. Il a mentionné l'arrêt Finch v. Warrior Cement Corporation (1928), par exemple, dans les arrêts: (3) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)[654] ; (4) Blair v. F. H. Smith Co. (1931)[655] ; (5) Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[656] ; (6) Bush v. Hillman Land Co., (1938)[657].

L'arrêt a été distingué négativement dans certains arrêts[658] et a été cité positivement dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware et dans les autres Etats[659].

---

[650] Finch v. Warrior Cement Corp., 141 A.54, 61(Del. Ch. Feb. 8, 1928). Voir l'Annexe n°2.585.

[651] Finch v. Warrior Cement Corp., 141 A.54, 61(Del. Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.586.

[652] Trounstine v. Remington Rand, 194 A. 95, 99, 22 Del.Ch. 122, 130 (Del.Ch. Jul 21, 1937).

[653] Topkis v. Delaware Hardware Co., 2 A.2d 114, 117, 23 Del.Ch. 125, 130 (Del.Ch. Aug 16, 1938).

[654] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 461, 17 Del.Ch. 325, 325 (Del.Ch. Apr 23, 1931).

[655] Blair v. F. H. Smith Co., 156 A. 207, 212, 18 Del.Ch. 150, 162 (Del.Ch. Aug 08, 1931).

[656] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 88 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[657] Bush v. Hillman Land Co., 2 A.2d 133, 135, 22 Del.Ch. 374, 378 (Del.Ch. Jun 21, 1938).

[658] (1) Triplex Shoe Co. v. Rice & Hutchins, 152 A. 342, 346, 17 Del.Ch. 356, 364, 72 A.L.R. 934, 934 (Del.Supr. Feb 27, 1930); (2) Meade v. Pacific Gamble Robinson Co., 51 A.2d 313, 319, 29 Del.Ch. 406, 418 (Del.Ch. Feb 14, 1947); (3) Fidanque v. American Maracaibo Co., 92 A.2d 311, 316+, 33 Del.Ch. 262, 270+ (Del.Ch. Nov 05, 1952); (4) Heilbrunn v. Sun Chemical Corp., 150 A.2d 755, 757+, 38 Del.Ch. 321, 325+ (Del.Supr. May 05, 1959); (5) Hariton v. Arco Electronics, Inc., 182 A.2d 22, 24+, 40 Del.Ch. 326, 329+ (Del.Ch. Jun 13, 1962).

[659] Cité par: (1) Stanton v. Schenck, 251 N.Y.S. 221, 234, 140 Misc. 621, 634 (N.Y.Sup. Jun 25, 1931); (2) Bacich v. Northland Transp. Co., 242 N.W. 379, 382+, 185 Minn. 544, 549+ (Minn. Apr 01, 1932) (N°28393); (3) Drug, Inc. v. Hunt, 168 A. 87, 95, 5 W.W.Harr. 339, 339, 35 Del. 339, 360 (Del.Supr. Mar 02, 1933); (4) Ontjes v. Bagley, 250 N.W. 17, 20+, 217 Iowa 1200, 1200+ (Iowa Sep 19, 1933) (N°41953); (5) Trounstine v. Remington Rand, 194 A. 95, 99, 22 Del.Ch. 122, 130 (Del.Ch. Jul 21, 1937); (6) In re Vicksburg Bridge & Terminal Co., 22 F.Supp. 490, 496+ (S.D.Miss. Oct 18, 1937) (N°1236, 1237); (7) Topkis v. Delaware Hardware Co., 2 A.2d 114, 117, 23 Del.Ch. 125, 130 (Del.Ch. Aug 16, 1938); (8) Federal United Corp. v. Havender, 11 A.2d 331, 343, 24 Del.Ch. 318, 346 (Del.Supr. Jan 16, 1940); (9) East River Bottom Water Co. v. Boyce, 128 P.2d 277, 280, 102 Utah 149, 149 (Utah Jul 23, 1942) (N°6455) (in dissent); (10) Alexander v. Phillips Petroleum Co., 130 F.2d 593, 607 (C.C.A.10 (Okla.) Jul 28, 1942) (N°2463 TO 2466); (11) Craddock-Terry Co. v. Powell, 25 S.E.2d 363, 370, 181 Va. 417, 436 (Va. Apr 26, 1943); (12) West v. Sirian Lamp Co., 37 A.2d 835, 841+, 28 Del.Ch. 90, 102+ (Del.Ch. May 29, 1944); (13) Belle Isle Corp. v. MacBean, 61 A.2d 699, 705, 30 Del.Ch. 373, 384 (Del.Ch. Oct 06, 1948); (14) Uccello v. Gold'n Foods, 90 N.E.2d 530, 536, 325 Mass. 319, 330, 16 A.L.R.2d 459, 459 (Mass. Feb 08, 1950); (15) Elster v. American Airlines, 100 A.2d 219, 221, 34 Del.Ch. 94, 97 (Del.Ch. Oct 14, 1953); (16) Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 234, 35 Del.Ch. 198, 204 (Del.Ch. May 13, 1955); (17) Abelow v. Symonds, 156 A.2d 416, 419, 38 Del.Ch. 572, 576 (Del.Ch. Nov 25, 1959); (18) Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90, 94, 40 Del.Ch. 449, 455 (Del.Ch. Aug 22, 1962); (19) Hariton v. Arco Electronics, Inc., 188 A.2d 123, 125+, 41 Del.Ch. 74, 76+ (Del.Supr. Jan 24, 1963); (20) Lipkin v. Jacoby, 202 A.2d 572, 576, 42 Del.Ch. 1, 7 (Del.Ch. Jul 17, 1964); (21) Goodman v. A étérovsky, 213 A.2d 899, 903, 42 Del.Ch. 468, 474 (Del.Supr. Sep 17, 1965); (22) Brown v. Fenimore, 1977 WL 2566, (3), 3 Del. J. Corp. L. 552, 556 (Del.Ch. Jan 11, 1977) (N°4097); (23) Frasier v. Trans-Western Land Corp., 316 N.W.2d 612, 617, 210 Neb. 681, 691 (Neb. Feb 26, 1982) (N°44217); (24) Pike v. Commodore Motel Corp, 1985 WL 11564, (5), 11 Del. J. Corp. L. 303, 311 (Del.Ch. May 10, 1985) (N°940); (25) Danvir Corp. v. Wahl, 1987 WL 16507, (4) (Del.Ch. Sep 08, 1987) (N°CIV.A. 8386); (26) Ueltzhoffer v. Fox Fire Development Co., 1991 WL 271584, (6), 17 Del. J. Corp. L. 1297, 1307 (Del.Ch. Dec 19, 1991) (N°CIV. A. 9871, CIV. A. 9900); (27) Testa v. Jarvis, 1994 WL 30517, (8), 19 Del. J. Corp. L. 1321, 1321 (Del.Ch. Jan 12, 1994) (N°CIV.A. 12847); (28) Technicorp International II, Inc. v. Johnston, 1997 WL 538671, (14) (Del.Ch. Aug 25, 1997) (N°5084); (29) Morente v. Morente, 2000 WL 264329, (2) (Del.Ch. Feb 29, 2000) (N°16763); (30) Omnioffices, Inc. v. Kaidanow, 2001 WL 1701683, (13) (D.D.C. Sep 12, 2001) (N°CIV.A.99-0260); (31) MBKS Co. Ltd. v. Reddy, 924 A.2d 965, 973 (Del.Ch. Apr 30, 2007) (N°CIV.A. 1853-VCL); (32)MBKS Co. Ltd. v. Reddy, 2007 WL 2814588, (6) (Del.Ch. Apr 30, 2007) (N°1853-VCL); (33)Auburn Chevrolet-Oldsmobile-Cadillac, Inc. v. Branch, 2009 WL 667430, (13) (N.D.N.Y. Mar 10, 2009) (N°5:06-CV-0362 GTS/GJD).

120. Affaire n°6 : Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[660]. — En l'espèce, la société *Louisville Gas & Electric Co.* a émis les 1 300 000 actions dont 800 000 actions de catégorie A (*class A common stock*) sans droit de vote et rachetables à toute époque à 32.50$ par action, et 500 000 actions de catégorie B (*Class B common stock*) avec droit de vote. Les 90% des actions de catégorie B (*Class B common stock*) avec droit de vote ont été tenues par la société *Standard Gas & Electronic Company*. La majorité des actionnaires de catégorie A et B a consenti à l'amendement du certificat de constitution modifiant leurs droits[661].

Les actionnaires minoritaires de catégorie B ont agi en justice. Ils ont demandé l'interdiction d'enregistrement de l'amendement (*injunction*). Ils ont invoqué, par exemple, l'injustice de l'amendement[662].

Le chancelier Wolcott a dit qu'il s'agissait d'un conflit entre d'un côté les *managers* de la société et les actionnaires majoritaires de la société et d'un autre côté les actionnaires minoritaires touchant les affaires de la politique d'affaires[663].

(1) Il s'est référé à la réponse des tribunaux selon laquelle il ne leur appartient pas de résoudre à la place des sociétés des questions de la politique et de la gestion d'affaires[664].

(2) Le chancelier a estimé que les directeurs sont choisis pour décider de telles questions et leur jugement sauf fraude sera final[665].

(3) Il a rappelé que le jugement des directeurs de la société jouit d'une présomption, qu'il a été formé en bonne foi et qu'il a été désigné pour promouvoir les meilleurs intérêts de la société[666]. Il a cité l'arrêt Bodell v. General Gas & Electric Corp. de la Cour suprême du Delaware dans lequel le *Chief Justice* Pennewill a dit que s'il n'y a rien à démontrer que les directeurs n'ont pas exercé la discrétion dans ce qu'ils ont cru être le meilleur intérêt de la société, certainement l'erreur honnête de jugement

---

[660] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928).

[661] Les actionnaires de catégorie A ont été en général privés du droit de vote. v. Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 160, 142 A. 654 (Del.Ch., 1928). Voir l'Annexe n°2.596.

[662] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.597.

[663] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.598.

[664] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.599.

[665] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.600.

[666] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.601.

d'affaires (*honest mistake of business jugdment*) ne devrait pas être contrôlée par la cour[667]. Il a rappelé que le même principe a été reconnu par la cour de la chancellerie du Delaware dans l'arrêt Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Co. of America (1923) et expressément confirmé dans l'arrêt Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Co. (1924)[668]. Il a rappelé que lorsque la majorité des actionnaires se prononcent dans les circonstances extraordinaires comme les directeurs dans les circonstances ordinaires, une présompion en faveur de bonne foi (*bona fides*) de leur décision devrait prévaloir[669]. Le chancelier Wolcott a vérifié l'absence de motif dissimulé et d'un intérêt personnel de la part des directeurs ou des actionnaires majoritaires[670]. Il s'est prononcé qu'en l'absence de faits susceptibles de fonder la conclusion que la majorité des actionnaires n'ont pas agi de bonne foi, il ne voit pas de justification d'interférence des cours. Selon lui, cela est une affaire du jugement et de la politique d'affaires[671]. Par conséquent, il a refusé de donner l'interdiction de procéder à l'amendement (*injunction*)[672].

On note qu'il n'a pas examiné la justice des modifications des droits des actionnaires de deux catégories A et B.

Le chancelier Wolcott a distingué l'arrêt en cause de l'arrêt Keller v. Wilson & Co. (1935)[673]. Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt en cause, par exemple, dans les arrêts Maddock v. Vorclone Corporation (1929)[674] et Gow v. Consolidated Coppermines Corp. (1933)[675]. Il a mentionné l'arrêt en cause, par exemple, dans les arrêts (1)

---

[667] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch. 1928) ; Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927). Voir l'Annexe n°2.602.

[668] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch.1928). Voir l'Annexe n°2.603.

[669] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928). V. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.4. p. 511. Voir l'Annexe n°2.604.

[670] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch.1928). Voir l'Annexe n°2.605.

[671] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928).Voir l'Annexe n°2.606.

[672] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 171, 142 A. 654, 660 (Del.Ch., Jun 01, 1928). E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.3.2.6., p. 508. Voir l'Annexe n°2.607.

[673] Keller v. Wilson & Co., 180 A. 584, 586+, 21 Del.Ch. 13, 18+ (Del.Ch. May 24, 1935).

[674] Maddock v. Vorclone Corporation, 147 A. 255, 255, 17 Del.Ch. 39, 39 (Del.Ch. Sep 25, 1929).

[675] Gow v. Consolidated Coppermines Corp., 165 A. 136, 139, 19 Del.Ch. 172, 180 (Del.Ch. Feb 15, 1933).

Corbett v. McClintic-Marshall Corporation (1930)[676] ; (2) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)[677] ; (3) Cole v. National Cash Credit Ass'n (1931)[678] et (4) Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[679].

La jurisprudence du Delaware et des autres Etats, y compris celle qui a appliqué la *business judgment rule*, a discuté, cité et mentionné l'arrêt Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[680].

---

[676] Corbett v. McClintic-Marshall Corp., 151 A. 218, 222, 17 Del.Ch. 165, 172 (Del.Ch. Jun 04, 1930).

[677] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 461, 17 Del.Ch. 325, 325 (Del.Ch. Apr 23, 1931).

[678] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188, 18 Del.Ch. 47, 58 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[679] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 88 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[680] Discuté par la Cour suprême du Delaware, par exemple: (1) Keller v. Wilson & Co., 190 A. 115, 120+, 21 Del.Ch. 391, 401+ (Del.Supr. Nov 10, 1936); (2) Hartford Acc. & Indem. Co. v. W. S. Dickey Clay Mfg. Co., 21 A.2d 178, 180+, 26 Del.Ch. 16, 16+ (Del.Ch. Jul 09, 1941).

Cité par la Cour suprême du Delaware, par exemple: (1) Gottlieb v. Heyden Chemical Corp., 90 A.2d 660, 667, 33 Del.Ch. 82, 94 (Del.Supr. Jul 17, 1952); (2) Lieberman v. Becker, 155 A.2d 596, 601, 38 Del.Ch. 540, 548 (Del.Supr. Oct 28, 1959); (3) Coyne v. Park & Tilford Distillers Corp., 154 A.2d 893, 897+, 38 Del.Ch. 514, 522+ (Del.Supr. Oct 29, 1959); (4) Williams v. Geier, 671 A.2d 1368, 1386, 64 USLW 2493, 2493 (Del.Supr. Jan 23, 1996) (N°380, 1994) (in dissent).

Cité par la cour de la chancellerie de l'Etat du Delaware, par exemple (1) Barrett v. Denver Tramway Corporation, 53 F.Supp. 198, 200 (D.Del. Dec 03, 1943) (N°CIV. 345); (2) Barrett v. Denver Tramway Corp., 146 F.2d 701, 707 (C.C.A.3 (Del.) Dec 13, 1944) (N°8575); (3) Weinberg v. Baltimore Brick Co., 108 A.2d 81, 83+, 34 Del.Ch. 586, 590+ (Del.Ch. Sep 28, 1954).

Cité dans les autres Etats: California: Schroeter v. Bartlett Syndicate Bldg. Corp., 63 P.2d 824, 826+, 8 Cal.2d 12, 15+ (Cal. Dec 15, 1936) (N°L.A. 14987); Idaho: A. C. Frost & Co. v. Coeur d'Alene Mines Corporation, 92 P.2d 1057, 1063, 60 Idaho 491, 491 (Idaho Jul 10, 1939) (N°6595); Illinois: Shlensky v. Wrigley, 237 N.E.2d 776, 779, 95 Ill.App.2d 173, 178 (Ill.App. 1 Dist. Apr 25, 1968) (N°51750); New York: Breslav v. New York & Queens Elec. Light & Power Co., 291 N.Y.S. 932, 937, 249 A.D. 181, 185 (N.Y.A.D. 2 Dept. Dec 04, 1936); Ohio: Johnson v. Lamprecht, 15 N.E.2d 127, 129, 133 Ohio St. 567, 572, 11 O.O. 297, 297 (Ohio May 18, 1938) (N°26847); Opdyke v. Security Sav. & Loan Co., 97 N.E.2d 435, 452+, 59 Ohio Law Abs. 212, 212+, 43 O.O. 463, 463+ (Ohio Com.Pl. Jun 27, 1950) (N°607237, 607315, 607529, 610256, 610603); Rhode Island: Yoakam v. Providence Biltmore Hotel Co., 34 F.2d 533, 544+ (D.R.I. Aug 12, 1929) (N°312); Texas: Stevens Bros. Foundation, Inc. v. C. I. R., 39 T.C. 93, 134 (Tax Ct. Oct 16, 1962) (N°89120); B & H Warehouse, Inc. v. Atlas Van Lines, Inc., 348 F.Supp. 517, 522+, 11 UCC Rep.Serv. 1041, 1041+ (N.D.Tex. Sep 28, 1972) (N°CIV. A. 5-924).

Selon la doctrine, l'arrêt en cause a appliqué la *business judgment rule* aux amendements du certificat de constitution[681].

121. Affaire n°7 : Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)[682]. — En l'espèce, tout l'actif social de la société *Consolidated Oil Company* (*holding company*), enregistrée dans le Delaware, a consisté en 10 000 actions de la société *Consolidated Oil Company of Texas*, enregistrée dans le Delaware. La société *Consolidated Oil Company* a conclu le contrat de vente de tout l'actif social, c'est-à-dire les 10 000 actions de la société *Consolidated Oil Company of Texas* avec la société *Huff Oil Company*, enregistrée dans le Delaware. La société *Huff Oil Company* a eu à payer le prix de 50 000$ en espèces (moins de frais de vente) et assumer les dettes de 700 000$[683]. L'actionnaire minoritaire de la société vendeuse, tenant les 49 908 actions sur 200 000 émises, a agi en justice. Il a invoqué, par exemple, le prix grossièrement inadéquat (*grossly inadequate price*) et l'avantage personnel des dirigeants et des actionnaires dominants (*personal advantage*)[684].

(1) Le chancelier Wolcott n'a pas vu l'avantage qui a pu attribuer la fraude à ceux qui ont proposé d'effectuer la vente[685].

Mentionné par la Cour suprême du Delaware: Bennett v. Propp, 187 A.2d 405, 408, 41 Del.Ch. 14, 20 (Del.Supr. Dec 28, 1962).

Mentionné par la cour de la chancellerie du Delaware, par exemple: (1) Sandler v. Schenley Industries, 79 A.2d 606, 610, 32 Del.Ch. 46, 55 (Del.Ch. Mar 13, 1951) ; (2) Fidanque v. American Maracaibo Co., 92 A.2d 311, 321, 33 Del.Ch. 262, 280 (Del.Ch. Nov 05, 1952) ; (3) Manacher v. Reynolds, 165 A.2d 741, 755, 39 Del.Ch. 401, 425 (Del.Ch. Oct 21, 1960) ; (4) Levin v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc., 221 A.2d 499, 502, 43 Del.Ch. 168, 171 (Del.Ch. Jun 14, 1966) ; (5) Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251, 1256 (Del.Ch. Mar 18, 1980).

Mentionné dans les autres Etats : Illinois : Stamp v. Touche Ross & Co., 636 N.E.2d 616, 621, 263 Ill.App.3d 1010, 1015, 201 Ill.Dec. 184, 189 (Ill.App. 1 Dist. Feb 26, 1993) (N°1-89-3214); Massachusetts : Beacon Wool Corp. v. Johnson, 119 N.E.2d 195, 199, 331 Mass. 274, 280, 25 Lab.Cas. P 68,288, 68288 (Mass. Apr 02, 1954); New York : In re Mt. Sinai Hospital, 164 N.E. 871, 875, 250 N.Y. 103, 113, 62 A.L.R. 564, 564 (N.Y. Dec 31, 1928).

[681] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.4., p. 511. Voir l'Annexe n°2.616.

[682] Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929).

[683] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 258-259 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.618.

[684] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 258-259 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.619.

[685] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 260 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.620.

(2) Il a ajouté que la majorité favorable à la vente doit à la minorité non seulement de s'abstenir de bénéficier d'un avantage personnel, directement ou indirectement, mais aussi elle lui doit de vendre l'actif pour le prix juste et adéquat[686]. Il a cité deux arrêts de la cour de la chancellerie, à savoir Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[687] et Bodell v. General Gas & Electric Corporation (1926, 1927)[688].

(3) Le chancelier Wolcott s'est demandé si le prix que la majorité a décidé d'accepter a été juste et adéquat[689]. Il a estimé que pour interdire la vente, la disparité entre le prix de l'actif et sa valeur doit être suffisamment importante pour indiquer qu'elle résulte non de l'erreur honnête du jugement sur la valeur de l'actif, mais soit d'un motif malhonnête soit d'une indifférence imprudente ou d'une ignorance volontaire des intérêts de tout le corps des actionnaires, y compris de la minorité[690]. Il a rappelé qu'en substance, ce principe est déductible des arrêts jugés par la cour de la chancellerie du Delaware, à savoir Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[691] et Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[692].

(4) Le chancelier Wolcott a rappelé que le jugement des directeurs sur la fixation des termes et conditions de vente est autorisé à la présomption en sa faveur qu'il a été exercé honnêtement et en bonne foi. Il a cité Robinson v. Pittsburgh Oil Refining

---

[686] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 260-261 (Del.Ch. 1929); v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.2., p. 657; § 271.5.2.3. Voir l'Annexe n°2.621.

[687] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[688] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926).

[689] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.624.

[690] Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 325, 147 A. 257, 261 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.2.1., p. 657, v. aussi § 271.5.2.2., p. 658. v. l'Annexe n°2.625.

[691] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[692] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

Corporation (1924)[693]. La preuve que les directeurs n'ont pas été des représentants responsables de la société est nécessaire pour refuser au jugement le bénéfice de cette présomption de bonne foi et de justice que le droit lui accorde[694].

(5) Le chancelier Wolcott a conclu que la preuve n'a pas réussi à renverser la présomption qui existe en faveur de la justice du prix que les autorités responsables de la société vendeuse ont déterminé[695].

On note que le chancelier Wolcott accepte l'erreur honnête portant sur la valeur du prix de l'actif.[696] Cependant, l'erreur ne peut pas être grossière[697]. Seulement le prix grossièrement inadéquat sera sanctionné[698].

L'arrêt en cause n'a jamais été distingué des autres arrêts. Il a été cité et mentionné à plusieurs reprises dans le Delaware et dans les autres Etats, y compris par la jurisprudence sur la *business judgment rule*[699].

---

[693] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[694] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.629.

[695] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 262-263 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.630.

[696] Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 325, 147 A. 257, 261 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1., p. 656. Voir l'Annexe n°2.631.

[697] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2.4., p. 99. Voir l'Annexe n°2.632.

[698] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2., p. 99. Voir l'Annexe n°2.633.

[699] Cité par la Cour suprême du Delaware, par exemple: (1) Baron v. Pressed Metals of America, Inc., 123 A.2d 848, 854+, 35 Del.Ch. 581, 591+ (Del.Supr. Jul 05, 1956); (2) Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 813 (Del.Supr. Mar 01, 1984) (N°203); (3) Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873+, 46 A.L.R.4th 821, 821+, Fed. Sec. L. Rep. P 91,921, 91921+ (Del.Supr. Jan 29, 1985) (N°255, 1982); (4) Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 187+, 56 USLW 2601, 2601+, Fed. Sec. L. Rep. P 93,683, 93683+ (Del.Supr. Mar 15, 1988) (N°133, 1987); (5) Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64, Fed. Sec. L. Rep. P 94,860, 94860 (Del.Supr. Dec 22, 1989) (N°270, 1988); (6) Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 360, Fed. Sec. L. Rep. P 97,811, 97811 (Del.Supr. Oct 22, 1993) (N°336, 1991, 337, 1991); (7) In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27, 67, 37 Employee Benefits Cas. 2756, 2756 (Del.Supr. Jun 08, 2006) (N°411,2005).

Cité par la cour de la chancellerie du Delaware, par exemple: (1) Massaro v. Fisk Rubber Corp., 36 F.Supp. 382, 385 (D.Mass. Jan 10, 1941) (N°640 CIV. A); (2) Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236, 239, 34 Del.Ch. 6, 12 (Del.Ch. Aug 11, 1953); (3) Schiff v. RKO Pictures Corp., 104 A.2d 267, 272, 34 Del.Ch. 329, 337 (Del.Ch. Mar 26, 1954); (4) Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361+, 35 Del.Ch. 325, 332+ (Del.Ch. Oct 19, 1955); (5) Kors v. Carey, 158 A.2d 136, 142, 39 Del.Ch. 47, 56 (Del.Ch. Feb 18, 1960); (6) Manacher v. Reynolds, 165 A.2d 741, 749, 39 Del.Ch.

La doctrine a cité l'arrêt en cause dans le contexte de la *business judgment rule*[700].

122. Affaire n°8 : Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)[701]. — En l'espèce, la société *Rosenbaum Grain Corporation* a émis les 25 000 actions ordinaires (*common shares*) ne comportant pas de valeur nominale. Ces

---

401, 415 (Del.Ch. Oct 21, 1960); (7) Marks v. Wolfson, 188 A.2d 680, 685+, 41 Del.Ch. 115, 123+ (Del.Ch. Feb 08, 1963); (8) Condec Corp. v. Lunkenheimer Co., 230 A.2d 769, 776, 43 Del.Ch. 353, 363 (Del.Ch. Jun 02, 1967); (9) Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 609+ (Del.Ch. Jan 10, 1974).

Smith v. Pritzker, 1981 WL 15145, (4) (Del.Ch. Feb 03, 1981) (N°C.A. 6342); (10) Smith v. Pritzker, 1982 WL 8774, (5), 8 Del. J. Corp. L. 406, 413 (Del.Ch. Jul 06, 1982) (N°6342); (11) Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp., 547 A.2d 963, 970, 12 Del. J. Corp. L. 1156, 1170 (Del.Ch. Dec 04, 1986) (N°CIV. A. 7547); (12) In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, 1989 WL 7036, (22), 57 USLW 2482, 2482, Fed. Sec. L. Rep. P 94,194, 94194, 14 Del. J. Corp. L. 1132, 1169 (Del.Ch. Jan 31, 1989) (N°CIV.A. 10389); (13) Tomczak v. Morton Thiokol, Inc., 1990 WL 42607, (12), Fed. Sec. L. Rep. P 95,327, 95327, 16 Del. J. Corp. L. 924, 946 (Del.Ch. Apr 05, 1990) (N°CIV. A. 7861); (14) Kahn v. Roberts, 1995 WL 745056, (4), 21 Del. J. Corp. L. 674, 674 (Del.Ch. Dec 06, 1995) (N°C.A. 12324); (15) Gelfman v. Weeden Investors, L.P., 2004 WL 1433534, (21) (Del.Ch. Jun 14, 2004) (N°CIV.A. 18519); (16) Gelfman v. Weeden Investors, L.P., 859 A.2d 89, 114 (Del.Ch. Jun 14, 2004) (N°CIV.A. 18519); (17) McGowan v. Ferro, 859 A.2d 1012, 1039+ (Del.Ch. Oct 08, 2004) (N°CIV.A. 18672); (18) In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 750+, 31 Del. J. Corp. L. 349, 349+, 35 Employee; (19) Benefits Cas. 1705, 1705+ (Del.Ch. Aug 09, 2005) (N°CIV.A. 15452); (20) In re Novell, Inc. Shareholder Litigation, 2013 WL 322560, (16) (Del.Ch. Jan 03, 2013) (N°CIV.A. 6032-VCN).

Cité dans les autres Etats, par exemple : Idaho : McLeod v. Lewis-Clark Hotel Co., 164 P.2d 195, 198, 66 Idaho 584, 590 (Idaho Nov 27, 1945) (N°7272); Minnesota: Potter v. Pohlad, 560 N.W.2d 389, 392+ (Minn.App. Mar 04, 1997) (N°C5-96-1921); New York : Hecht v. Farnsworth Television & Radio Corp., 89 N.Y.S.2d 724, 730 (N.Y.Sup. Apr 19, 1949); Ohio : Opdyke v. Security Sav. & Loan Co., 97 N.E.2d 435, 451, 59 Ohio Law Abs. 212, 212, 43 O.O. 463, 463 (Ohio Com.Pl. Jun 27, 1950) (N°607237, 607315, 607529, 610256, 610603); Pennsylvanie : [la juridiction fédérale] ; Gomberg v. Midvale Co., 157 F.Supp. 132, 137+ (E.D.Pa. Dec 30, 1955) (N°CIV. 20012, CIV. 20019); Matter of Reading Co., 551 F.Supp. 1205, 1214 (E.D.Pa. Aug 11, 1982) (N°71-828); Virginie: [juridiction fédérale] Williams v. 5300 Columbia Pike Corp., 891 F.Supp. 1169, 1183, 1995-2 Trade Cases P 71,101, 71101, 11 A.D.D. 1009, 1009 (E.D.Va. Jul 13, 1995) (N°CIV. A. 95-225-A).

[700] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2., p. 99. Voir l'Annexe n°2.635.

[701] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931).

actions ont formé le *common stock* et ont constitué la totalité des actions émises de cette catégorie. Elles ont été tenues par la société *Mercantile Trading Corporation*. En outre, la société *Rosenbaum Grain Corporation* a émis les 72 500 actions privilégiées (*preferred shares*) comportant une valeur nominale de 50$, dont 2 500 ont été tenues par cette société dans la trésorerie et 70 000 ont été tenues par des centaines de personnes, des entreprises, de sociétés, etc.

Certains actionnaires privilégiées ont demandé d'analyser les documents de la société (*to inspect the corporate books*). Par crainte de diffamation, le conseil des directeurs a décidé de répondre positivement à cette demande[702].

La société *Mercantile Trading Corporation*, l'actionnaire de la société *Rosenbaum Grain Corporation*, a agi en justice pour interdire d'accès aux documents de la société (*injunction*). Le chancelier Wolcott a dit que si les actionnaires demandeurs ont déjà reçu une information complète à laquelle ils ont droit ou si leurs motivations pour la demande d'inspection des documents sociaux ont été inappropriées, le défendeur serait autorisé à refuser l'inspection[703].

(1) Le chancelier Wolcott a dit que l'affaire relève du champ de la gestion et que l'actionnaire n'a pas de droit à l'aide de la cour de l'*equity* de l'assister pour écarter le jugement des directeurs[704].

(2) Il a rappelé que la présomption existe que l'action de la société soit par les actionnaires soit par les directeurs dans la vente des actifs est dans les meilleurs intérêts de la société[705]. Il a cité les arrêts de la cour de la chancellerie, (1) Robinson

---

[702] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 461 (Del.Ch. 1931). V. l'Annexe n°2.635.

[703] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457, 460 (Del.Ch. Apr 23, 1931); v. aussi E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 220.6.2., p. 446. V. l'Annexe n°2.638.

[704] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). V. l'Annexe n°2.639.

[705] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp.,154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). V. l'Annexe n°2.640.

v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[706] ; (2) Finch v. Warrior Cement Corporation (1928)[707] ; (3) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[708].

(3) Il a rappelé qu'il a été dit, en général, que les tribunaux n'inquiéteront pas les décisions soit des directeurs soit des actionnaires sur les questions de la politique et de la gestion des affaires. Il a rappelé que l'abondance d'autorité des autres juridictions peut être citée dans le même sens[709].

(4) Il a dit que la fraude (*fraud*), actuelle ou présumée, ou la conduite illégale ou *ultra vires* doivent être démontrées pour justifier l'interférence par les tribunaux dans de telles décisions[710].

(5) Il a conclu que la capitulation des directeurs devant la demande des actionnaires, motivée par la crainte de diffamation et injustifiée, ne constitue pas pour la cour de l'*equity* un fondement valable pour interférer. C'est ainsi qu'il a refusé l'interdiction de l'inspection (*injunction*)[711].

L'arrêt en cause n'a pas été distingué des autres arrêts. Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt en cause, par exemple, dans l'arrêt Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[712]. En outre, l'arrêt a été cité par la juridiction étatique et fédérale[713].

---

[706] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[707] Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A. 54, 61, 16 Del.Ch. 44, 58 (Del.Ch. Feb 08, 1928).

[708] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660, 16 Del.Ch. 157, 169 (Del.Ch. Jun 01, 1928).

[709] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.644.

[710] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.645.

[711] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.646.

[712] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607, 21 Del.Ch. 81, 88 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[713] Cité par la cour de la chancellerie du Delaware: par exemple (1) Hartford Acc. & Indem. Co. v. W. S. Dickey Clay Mfg. Co., 21 A.2d 178, 184, 26 Del.Ch. 16, 16 (Del.Ch. Jul 09, 1941); (2) Sandler v. Schenley Industries, 79 A.2d 606, 610, 32 Del.Ch. 46, 54 (Del.Ch. Mar 13, 1951).
Cité par la juridiction fédérale: Young v. Columbia Gas & Electric Corporation, 37 F.Supp. 22, 24 (D.Del. Feb 20, 1941) (N°CIV. 52); Overfield v. Pennroad Corp., 146 F.2d 889, 917 (C.C.A.3 (Pa.) Dec 28, 1944) (N°8288, 8289, 8303, 8304, 8371, 8372) (« in dissent »).

Selon la doctrine, l'arrêt dit que la décision des directeurs de permettre l'inspection sera maintenue en tant qu'affaire de leur jugement d'affaires sain, sauf en cas de fraude, de violation du devoir, d'intérêt ou d'autre mauvaise conduite[714]. Cependant, on note que l'arrêt ne mentionne expressément que la fraude, l'illégalité ou l'*ultra vires*.

123. Affaire n°9 : Cole v. National Cash Credit Association (1931)[715]. — En l'espèce, la société National Cash Credit Association a émis 327 324 actions privilégiées (*preferred shares*) et 170 297 actions ordinaires (*common shares*). La société a signé un traité de fusion par absorption (*merger agreement*) avec la société *Franklin Plan Corporation*.

Les actionnaires tenant 40 000 des actions privilégiées (*preferred shares*) ont agi en justice. Ils ont demandé l'interdiction de fusion en cause (*injuction*). Ils ont invoqué la sous-estimation (*undervaluation*) des actifs de l'absorbée, *National Cash Credit Association* et la sur-estimation (*overvaluation*) des actifs de l'absorbante, *Franklin Plan Corporation*[716].

Le chancelier Wolcott a dit que le point crucial de la demande concernait la valeur des actifs des sociétés participantes[717].

(1) Selon le chancelier Wolcott, la sur-estimation ou la sous-estimation, doit démontrer l'abus de discrétion consciente (*conscious abuse of discretion*) pour constituer la fraude en droit (*fraud in law*)[718]. Il a cité l'arrêt de la cour de chancellerie du New Jersey, Donald v. American Smelting & Refining Co., en date du 13 mars 1901[719].

Mentionné par Beacon Wool Corp. v. Johnson, 119 N.E.2d 195, 199, 331 Mass. 274, 280, 25 Lab.Cas. P 68,288, 68288 (Mass. Apr 02, 1954).

[714] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 220.4, p. 443. Voir l'Annexe n°2.649.

[715] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[716] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187 (Del.Ch. 1931).

[717] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.652.

[718] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.653.

[719] Donald v. American Smelting & Refining Co., 61 N.J. Eq. 458, 16 Dickinson 458, 48 A. 786 (N.J.Ch. Mar 13, 1901), v. Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

(2) Le chancelier Wolcott a estimé que même s'il existe l'inégalité entre les sociétés participantes, ceux qui ont participé dans le processus de décision ne bénéficient pas de cette inégalité[720].

(3) Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[721] selon lequel la seule inadéquation du prix ne révélera pas la fraude. L'inadéquation du prix doit être tellement importante qu'elle soit de nature à conduire le juge à conclure qu'elle n'était pas due à une erreur honnête de jugement (*honest error of judgment*), mais plutôt à la mauvaise foi (*bad faith*) ou à une indifférence totale (*a reckless indifference*) quant aux droits des autres intéressés[722].

(4) Le chancelier Wolcott a rappelé qu'il existe une présomption que le jugement d'un organe dirigeant d'une société, des directeurs ou des actionnaires majoritaires, soit formé de bonne foi et inspiré par un but/objectif de bonne foi[723]. Il a cité les arrêts de la cour de la chancellerie du Delaware: (1) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[724] et (2) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[725]. De plus, il a cité l'arrêt de la cour de la chancellerie du New Jersey, Donald v. American Smelting & Refining Co., en date du 13 mars 1901[726]. Cet arrêt a cité l'extrait de l'ouvrage de S. D. Thompson (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations (1895)*[727].

---

[720] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187-188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.655.

[721] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, 489+, 14 Del.Ch. 1, 1+ (Del.Ch. Mar 28, 1923)

[722] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.657.

[723] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.658.

[724] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924)

[725] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660, 16 Del.Ch. 157, 169 (Del.Ch. Jun 01, 1928).

[726] Donald v. American Smelting & Refining Co., 61 N.J. Eq. 458, 16 Dickinson 458, 48 A. 786 (N.J.Ch. Mar 13, 1901), v. Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931). Voir l'Annexe n°2.661.

[727] S. D. THOMPSON (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations*, Vol. I-VI, Vol. IV, San Franscisco: Bancroft-Whitney Company (1895), accessible sur http://archive.org/details/commentariesonl06thomgoog (la dernière visite: le 20 mars 2013), § 4518. Voir l'Annexe n°2.662.

(5) Le chancelier Wolcott a rappelé que la même présomption de justice (*presumption of fairness*) qui s'applique aux jugements discrétionnaires des directeurs, doit être accordée aux actionnaires majoritaires chaque fois qu'ils sont appelés à parler au nom de la société dans les affaires qui leur sont assignées pour la décision, par exemple à l'occasion d'une vente d'actifs ou d'une fusion. Il a dit qu'aucune distinction rationnelle ne peut être faite à cet égard entre d'une part, les directeurs et d'autre part, les actionnaires majoritaires[728]. Il a rappelé qu'aucune distinction n'a été reconnue par les arrêts (1) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[729] et Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[730].

Après avoir examiné la valeur des différents actifs, le chancelier Wolcott a conclu qu'il n'y avait rien sur le plan de la fusion (*plan of merger*) qui révélait la fraude (*fraud*), actuelle (*actual*) ou constructive (*constructive*). Il a refusé d'accorder une injonction[731].

Le chancelier Wolcott a cité l'arrêt en cause dans l'arrêt Rankin v. Interstate Equities Corp. (1935)[732]. Un certain nombre d'arrêts, qui ont examiné, discuté, cité et mentionné l'arrêt en cause, ont appliqué la *business judgment rule*[733].

---

[728] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.663.

[729] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, 489+, 14 Del.Ch. 1, 1+ (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[730] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924).

[731] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.666.

[732] Rankin v. Interstate Equities Corp., 180 A. 541, 542, 21 Del.Ch. 39, 42 (Del.Ch. Jul 10, 1935).

[733] Distingué par la Cour suprême du Washington:Matteson v. Ziebarth, 242 P.2d 1025, 1032, 40 Wash.2d 286, 297 (Wash. Apr 10, 1952) (N°31776) HN: 3 (A.).

I — La juridiction de l'Etat de Delaware : I A.— La Cour suprême du Delaware :

Examiné par la Cour suprême du Delaware: Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 112+, 33 Del.Ch. 293, 302+, 38 A.L.R.2d 425, 425+ (Del.Supr. Nov 18, 1952) " HN: 9,10,13 (A.)

Discuté par la Cour suprême du Delaware: Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp., 498 A.2d 1099, 1104+, 54 USLW 2230, 2230+ (Del.Supr. Sep 23, 1985) (N°232, 1984) HN: 11 (A.).

Cité par la Cour suprême du Delaware: Federal United Corp. v. Havender, 11 A.2d 331, 341, 24 Del.Ch. 318, 340 (Del.Supr. Jan 16, 1940) HN: 7 (A.); Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 714 (Del.Supr. Feb 01, 1983) (N°58).

Mentionné par la Cour suprême du Delaware: Southern Production Co. v. Sabath, 87 A.2d 128, 134, 32 Del.Ch. 497, 508 (Del.Supr. Mar 12, 1952) (N°3 NOV. SESS. 1951) HN: 8 (A.); Reynolds Metals Co.

v. Colonial Realty Corp., 190 A.2d 752, 755, 41 Del.Ch. 183, 188 (Del.Supr. Apr 29, 1963); Rosenblatt v. Getty Oil Co., 493 A.2d 929, 940 (Del.Supr. May 09, 1985) (N°352, 1983) HN: 10 (A.); Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 889, 46 A.L.R.4th 821, 821, Fed. Sec. L. Rep. P 91,921, 91921 (Del.Supr. Jan 29, 1985) (N°255, 1982) HN: 11 (A.).

I. B.— La cour de la chancellerie du Delaware :

Discuté par la cour de la chancellerie du Delaware: Porges v. Vadsco Sales Corp., 32 A.2d 148, 150+, 27 Del.Ch. 127, 132+ (Del.Ch. May 17, 1943) " HN: 7,8 (A.); Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 89 A.2d 862, 866+, 33 Del.Ch. 20, 27+ (Del.Ch. Jun 17, 1952) HN: 13 (A.).

Cité par la cour de la chancellerie du Delaware, par exemple: Hartford Acc. & Indem. Co. v. W. S. Dickey Clay Mfg. Co., 21 A.2d 178, 184+, 26 Del.Ch. 16, 16+ (Del.Ch. Jul 09, 1941); In re Northeastern Water Co., 38 A.2d 918, 921, 28 Del.Ch. 139, 145 (Del.Ch. Aug 30, 1944) HN: 7 (A.); Fidanque v. American Maracaibo Co., 92 A.2d 311, 321, 33 Del.Ch. 262, 280 (Del.Ch. Nov 05, 1952) HN: 11 (A.); Colonial Realty Corp. v. Reynolds Metals Co., 185 A.2d 754, 755+, 40 Del.Ch. 515, 517+ (Del.Ch. Nov 21, 1962) HN: 8 (A.);

David J. Greene & Co. v. Dunhill Intern., Inc., 249 A.2d 427, 430+ (Del.Ch. Dec 24, 1968) HN: 13 (A.); Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 908+ (Del.Ch. Aug 10, 1973) HN: 9 (A.); Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 610 (Del.Ch. Jan 10, 1974) HN: 6,10 (A.); Weinberger v. UOP, Inc., 1984 WL 478433, (1) (Del.Ch. Apr 24, 1984) (N°CIV.A.5642) ; Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp., 480 A.2d 655, 660 (Del.Ch. Jul 03, 1984) (N°CIV. 7547); Sealy Mattress Co. of New Jersey, Inc. v. Sealy, Inc., 532 A.2d 1324, 1342 (Del.Ch. Jul 20, 1987) (N°CIV A 8853); In re Unocal Exploration Corp. Shareholders Litigation, 793 A.2d 329, 343, Blue Sky L. Rep. P 74,206, 74206 (Del.Ch. Jun 13, 2000) (N°C.A. 12453).

Mentionné par la cour cour de la chancellerie du Delaware: Perrine v. Pennroad Corp., 43 A.2d 721, 728, 28 Del.Ch. 342, 358 (Del.Ch. Aug 09, 1945) HN: 11 (A.); Bruce v. E.L. Bruce Co., 174 A.2d 29, 30, 40 Del.Ch. 80, 82 (Del.Ch. Sep 19, 1961); Stauffer v. Standard Brands Inc., 178 A.2d 311, 313, 40 Del.Ch. 202, 206 (Del.Ch. Feb 21, 1962); Western Air Lines, Inc. v. Allegheny Airlines, Inc., 313 A.2d 145, 153, 1973-2 Trade Cases P 74,715, 74715 (Del.Ch. Sep 27, 1973) (N°CIV. A. 4146) HN: 1 (A.); Singer v. Magnavox Co., 367 A.2d 1349, 1355, Blue Sky L. Rep. P 71,312, 71312 (Del.Ch. Oct 26, 1976); Kaplan v. Goldsamt, 380 A.2d 556, 568 (Del.Ch. Oct 20, 1977); Weinberger v. United Financial Corp. of California, 405 A.2d 134, 137 (Del.Ch. Jul 30, 1979); Berger v. Intelident Solutions, Inc., 911 A.2d 1164, 1174 (Del.Ch. Oct 12, 2006) (N°CIV.A. 1527-N).

II — La juridiction des autre Etats : cité par les juridictions des autres Etats: Hawaii: Perl v. IU Intern. Corp., 607 P.2d 1036, 1045, 61 Haw. 622, 638; (Hawai'i Mar 06, 1980) (N°7300); Michigan: Dratz v. Occidental Hotel Co., 39 N.W.2d 341, 347+, 325 Mich. 699, 715+ (Mich. Oct 10, 1949) (N°51, 52) " HN: 12 (A.); New York: Loengard v. Santa Fe Industries, Inc., 519 N.Y.S.2d 801, 803+, 514 N.E.2d 113, 115+, 70 N.Y.2d 262, 266+, Blue Sky L. Rep. P 72,657, 72657+ (N.Y. Sep 15, 1987) (N°193) HN: 9 (A.); Green v. Santa Fe Industries, Inc., 519 N.Y.S.2d 793, 800, 514 N.E.2d 105, 112, 70 N.Y.2d 244, 260, Blue Sky L. Rep. P 72,656, 72656 (N.Y. Sep 15, 1987) (N°192) HN: 11 (A.); Ohio:

Selon la doctrine, l'arrêt en cause a appliqué la *business judgment rule* aux fusions[734]. En France, en cas de fusion, « il faut procéder à l'évaluation des patrimoines des sociétés concernées »[735]. Un arrêt a estimé que même si la parité d'échange des actions de la société absorbée contre celles de la société absorbante a été un peu défavorable aux actionnaires de la société absorbée, l'écart a été assurément si minime qu'il a exclut toute intention dolosive, et en tout cas trop peu significatif pour entrainer pour cette seule raison l'annulation de l'opération[736].

On a les deux remarques. Les deux arrêts, de la cour de la chancellerie du Delaware et de la cour d'appel de Versailles font un lien entre l'évaluation des patrimoines de la société et l'intention des parties à la fusion. Toutefois, les deux arrêts ont utilisé des expressions différentes quant à l'étendue du préjudice réparable. Pour la cour de la chancellerie du Delaware, le préjudice réparable doit manifestement résulter d'une fraude. Pour la cour d'appel de Versailles, le préjudice réparable doit être au-dessous d'un montant minime excluant le dol. Le préjudice minimal réparable dans le Delaware semble être supérieur au préjudice minimal réparable en France. De même, le préjudice maximal irréparable dans le Delaware semble être supérieur au préjudice maximal irréparable en France.

124. Affaire n°10 : Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)[737]. — En l'espèce, la société *Highland-Western Glass Corporation*, enregistrée dans le Delaware, a émis les 20 000 actions privilégiées de catégorie 1 (*first preferred stock*); les 6 000 actions privilégiées de catégorie 2 (*second preferred stock*) et les 20 000

Anderson v. Cleveland-Cliffs Iron Co., 87 N.E.2d 384, 393, 54 Ohio Law Abs. 65, 65, 40 O.O. 130, 130 (Ohio Com.Pl. Jun 09, 1948) (N°579838); Oregon: Stringer v. Car Data Systems, Inc., 841 P.2d 1183, 1190, 314 Or. 576, 590 (Or. Nov 19, 1992) (N°CA A65113, CC A8907-04022, SC S38792) HN: 11 (A.); South Carolina: Johnson v. Baldwin, 69 S.E.2d 585, 591+, 221 S.C. 141, 155+ (S.C. Feb 08, 1952) (N°16590) HN: 7,8 (A.).

[734] E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.4., p. 511; § 251.5., p. 543. Voir l'Annexe n°2.669.

[735] P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°1610, p. 1004.

[736] CA Versailles, 1er oct. 1986, Neiman c/ SA M. Neiman cité par P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°1613, p. 1005 et approuvé par P. LE CANNU, Note — Fusion-absorption: Refus d'annulation du traité de fusion pour abus de majorité malgré une parité d'échange énequitable, Bulletin Joly Sociétés (BJS), 01 janvier 1987, n°1, p. 28, § 8.

[737] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

actions ordinaires (*common stock*). Cette société a vendu tous les actifs à la société *Mississippi Glass Company* pour une contrepartie en 53 000 actions de la société acheteuse[738]. La vente des actifs a été effectuée en vertu de la loi sur les sociétés générales du Delaware (*Delaware General Corporation Law*), la section 64(a) relative à la vente de l'actif social[739].

Les actionnaires minoritaires de la société vendeuse, Baird Mitchell and John O. Tucker, co-associés de la société *Mitchell, Tucker & Co.*, tenant 288 actions privilégiées de catégorie 1 (*first preferred stock*), 75 actions privilégiées de catégorie 2 (*first preferred stock*) et 300 actions ordinaires (*common stock*), ont agi en justice contre la société vendeuse. Ils ont attaqué la vente en cause (*injunction*)[740].

(1) En premier lieu, les demandeurs ont invoqué que les *officers* et les directeurs ont contrôlé la majorité des actions de la société vendeuse et ont été intéressés[741]. Le chancelier Wolcott a dit que le fait que les trois des vice-présidents de la société vendeuse sont devenus directeurs et vice-présidents (*officers*) de la société acquéreur n'a pas constitué un avantage personnel[742].

(2) En deuxième lieu, les demandeurs ont invoqué que les *officers* et les directeurs ne se sont pas informés sur la valeur des patrimoines des parties à la fusion[743]. Le chancelier Wolcott a conclu que les directeurs de la société vendeuse n'ont pas agi tellement loin sans information qu'on peut dire qu'ils ont passé un jugement inintelligent et imprudent[744].

A notre avis, il s'agit du premier arrêt rendu dans le Delaware qui a mis à la charge des directeurs une obligation de s'informer.

(3) En troisième lieu, les demandeurs ont invoqué que la considération reçue par la société vendeuse a été grossièrement inadéquate, par conséquent, qu'elle a été injuste

---

[738] E.P. WELCH, A. J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.4, p. 655. Voir l'Annexe n°2.673.

[739] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.674.

[740] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[741] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832 (Del.Ch.1933). Voir l'Annexe n°2.676.

[742] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832-833 (Del.Ch. 1933). v. aussi E.P. WELCH, A. J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.2.2., p. 658. Voir l'Annexe n°2.677.

[743] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.678.

[744] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.679.

et a constitué la fraude en droit[745]. Le chancelier Wolcott, sur le fondement des arrêts Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[746] et Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[747], a conclu que le prix des actifs a été juste[748].

L'arrêt a été discuté par la Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Smith v. Van Gorkom rendu en 1985, l'arrêt de principe en matière de la *business judgment rule* moderne[749]. L'arrêt a été cité et mentionné à plusieurs reprises par les arrêts de la juridiction du Delaware[750] et des autres Etats[751].

---

[745] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.680.

[746] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924)

[747] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, 489+, 14 Del.Ch. 1, 1+ (Del.Ch. Mar 28, 1923).

[748] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833-4 (Del.Ch. 1933). V. l'Annexe n°2.683.

[749] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872+, 46 A.L.R.4th 821, 821+, Fed. Sec. L. Rep. P 91,921, 91921+ (Del.Supr. Jan 29, 1985) (N°255, 1982) HN: 1,4 (A.).

[750] Cité par la Cour suprême du Delaware, par exemple, Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 113+, 33 Del.Ch. 293, 304+, 38 A.L.R.2d 425, 425+ (Del.Supr. Nov 18, 1952); Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 959, Fed. Sec. L. Rep. P 92,046, 92046, Fed. Sec. L. Rep. P 92,077, 92077 (Del.Supr. Jun 10, 1985) (N°152, 1985).

Cité par la cour de la chancellerie du Delaware: Schiff v. RKO Pictures Corp., 104 A.2d 267, 279, 34 Del.Ch. 329, 350 (Del.Ch. Mar 26, 1954); Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 234, 35 Del.Ch. 198, 204 (Del.Ch. May 13, 1955) HN: 1 (A.); Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361+, 35 Del.Ch. 325, 332+ (Del.Ch. Oct 19, 1955) " HN: 4 (A.); Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90, 95+, 40 Del.Ch. 449, 457+ (Del.Ch. Aug 22, 1962); Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 609+ (Del.Ch. Jan 10, 1974); Simkins Industries, Inc. v. Fibreboard Corporation, 1977 WL 2564, (1), 3 Del. J. Corp. L. 144, 146+ (Del.Ch. Jul 28, 1977) (N°5369) " HN: 1 (A.); Smith v. Pritzker, 1982 WL 8774, (5), 8 Del. J. Corp. L. 406, 413 (Del.Ch. Jul 06, 1982) (N°6342) HN: 3 (A.); Weinberger v. United Financial Corp. of California, 1983 WL 20290, (8) (Del.Ch. Oct 13, 1983) (N°CIV.A. 5915 (1979); In re NVF Co. Litigation, 1989 WL 146237, (5), 16 Del. J. Corp. L. 361, 375 (Del.Ch. Nov 22, 1989) (N°CIV. A. 9050); In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693, 748+, 31 Del. J. Corp. L. 349, 349+, 35 Employee Benefits Cas. 1705, 1705+ (Del.Ch. Aug 09, 2005) (N°CIV.A. 15452); Perlegos v. Atmel Corp., 2007 WL 475453, (20) (Del.Ch. Feb 08, 2007) (N°CIV.A. 2320-N, CIV.A. 2321-N).

Mentionné par la cour de la chancellerie du Delaware: Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 89 A.2d 862, 866, 33 Del.Ch. 20, 27 (Del.Ch. Jun 17, 1952) HN: 4 (A.); Andresen v. Bucalo, 1984 WL 8205, (3), 9 Del. J. Corp. L. 149, 154 (Del.Ch. Mar 14, 1984) (N°6372).

125. Affaire n°11 : Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[752]. — En l'espèce, les directeurs et *officers* de la société *Goldman Sachs Trading Corporation* (ultérieurement, *Pacific Eastern Corporation*) ont décidé de résoudre un différend entre la société et les actionnaires qui ont agi en justice, notamment, contre ses *officers* et directeurs pour la mauvaise gestion et les pertes de façon amiable (*to reach the setlements*). Les règlements à l'amiable ont été approuvés par la majorité des actionnaires de la société en cause[753]. La minorité des actionnaires qui n'a pas approuvé les règlements à l'amiable ont agi en justice pour le faire interdire (*for an injunction restraining the settlement*).

Le chancelier Wolcott a rappelé qu'une grande disparité de valeur entre ce qu'une société reçoit en échange de quoi elle renonce, peut être un signe de fraude *prima facie* sur la minorité dissidente. Il a cité Allied Chemical & Dye Corp v. Steel & Tube Co. of America (1923)[754]. Il a continué toutefois, en disant que si la disparité, malgré son ampleur, est conforme à l'honnêteté de l'intention de l'accepter, l'apparence de la fraude est retirée[755].

On note que l'arrêt en cause pose qu'on peut y avoir en même temps une grande disparité du prix et « l'honnêteté de l'intention de l'accepter ».

Il a dit qu'il y a une présomption simple (relative) que les directeurs de la société sont animés dans leur conduite des affaires de la société par le regard de bonne foi pour les intérêts de la société (*bona fide regard for the interests of the corporation*)[756]. Il a cité les quatre arrêts : (1) Mercantile Trading Corp v. Rosenbaum Grain Corp (1931)[757] ;

---

[751] Nebraska: Rettinger v. Pierpont, 15 N.W.2d 393, 415, 145 Neb. 161, 204 (Neb. Jul 28, 1944) (N°31559-31561) HN: 1 (A.); New York: Hecht v. Farnsworth Television & Radio Corp., 89 N.Y.S.2d 724, 731 (N.Y.Sup. Apr 19, 1949) HN: 1 (A.); Calandrino v. Town of Babylon, 2011 WL 283237, (283237), 2011 N.Y. Slip Op. 30139(U), 30139(U) (Trial Order) (N.Y.Sup. Jan 04, 2011) (N°06-25511); Ohio: Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Company, Inc., 1985 WL 7996, (11) (Ohio App. 8 Dist. Apr 25, 1985) (N°49184, 49197) (in dissent).

[752] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[753] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 606 (Del.Ch. 1935). Voir l'Annexe n°2.688.

[754] Allied Chemical & Dye Corp v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del Ch. 1, 120 A. 486.

[755] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607 (Del.Ch. 1935). Voir l'Annexe n°2.690.

[756] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604, 607 (Del.Ch. 1935). Voir l'Annexe n°2.691.

[757] Mercantile Trading Corp v. Rosenbaum Grain Corp, 17 Del Ch. 325, 154 A. 457.

(2) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[758] ; (3) Finch v. Guerrier Cement Corp (1928)[759] ; (4) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp (1924)[760]. Il a rappelé que l'erreur honnête du jugement d'affaires de la part des directeurs n'est pas révisable par les cours. Il a rappelé que c'est la règle générale et il est soutenu par la décision de la Cour suprême du Delaware dans un arrêt Bodell v. General Gas & Electric Corp (1927)[761].

L'arrêt a été discuté, cité et mentionné à plusieurs reprises par la juridiction étatique du Delaware[762] et des autres Etats[763], ainsi que par la juridiction fédérale, y compris celle qui a appliqué la *business judgment rule*[764].

---

[758] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del Ch. 157, 142 A. 654.

[759] Finch v. Guerrier Cement Corp, 16 Del Ch. 44, 141 A. 54.

[760] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp, 14 Del Ch. 193, 126 A. 46.

[761] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 180 A. 604 (Del.Ch. 1935). Voir l'Annexe n°2.696.

[762] I — La Cour suprême du Delaware: Discuté par la Cour suprême du Delaware: Perrine v. Pennroad Corp., 47 A.2d 479, 488+, 29 Del.Ch. 531, 549+ (Del.Supr. May 10, 1946).

Cité par la Cour suprême du Delaware: Keenan v. Eshleman, 2 A.2d 904, 909+, 23 Del.Ch. 234, 245+, 120 A.L.R. 227, 227+ (Del.Supr. Nov 28, 1938) HN: 8 (A.); Cheff v. Mathes, 199 A.2d 548, 555, 41 Del.Ch. 494, 506 (Del.Supr. Mar 17, 1964) HN: 9 (A.); In re Coffee Associates, Inc., 1993 WL 512505, (4), 19 Del. J. Corp. L. 1165, 1165 (Del.Ch. Dec 03, 1993) (N°CIV A 12950) " HN: 1 (A.)

Mentionné par la Cour suprême du Delaware: In re Public Service Holding Corp., 24 A.2d 584, 586, 26 Del.Ch. 436, 436 (Del.Supr. Feb 20, 1942) HN: 1 (A.).

II — La cour de la chancellerie du Delaware:

Cité par la cour de la chancellerie du Delaware: Perrine v. Pennroad Corp., 43 A.2d 721, 728+, 28 Del.Ch. 342, 357+ (Del.Ch. Aug 09, 1945); Schiff v. RKO Pictures Corp., 104 A.2d 267, 277+, 34 Del.Ch. 329, 346+ (Del.Ch. Mar 26, 1954) HN: 5 (A.); Duane v. Menzies, 144 A.2d 229, 233, 37 Del.Ch. 416, 423 (Del.Ch. Jul 22, 1958); Barroway v. Reynolds, 176 A.2d 850, 853, 40 Del.Ch. 124, 129 (Del.Ch. Nov 27, 1961);

Mentionné par la cour de la chancellerie du Delaware: Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236, 239+, 34 Del.Ch. 6, 12+ (Del.Ch. Aug 11, 1953); Prince v. Bensinger, 244 A.2d 89, 94 (Del.Ch. Jun 19, 1968).

[763] Cité par la juridiction étatique des autres Etats: New York: Levine v. Behn, 8 N.Y.S.2d 58, 63, 169 Misc. 601, 606 (N.Y.Sup. Oct 07, 1938); Washington: Goodwin v. Castleton, 144 P.2d 725, 734, 19 Wash.2d 748, 768, 150 A.L.R. 859, 859 (Wash. Jan 04, 1944) (N°29146).

[764] Discuté par la juridiction fédérale: HN: 11 (A.); Denicke v. Anglo California Nat. Bank of San Francisco, 45 F.Supp. 524, 530+ (N.D.Cal. Jun 29, 1942) (N°21033-S) " HN: 8 (A.).

Cité par la juridiction fédérale: Mendelson Bros. Factors v. Sachs, 1 N.Y.S.2d 838, 840, 253 A.D. 270,

126. Affaire n°12 : Eshleman v. Keenan (1936, 1937)[765]. — En l'espèce, la société, *Sanitary Company of America* a payé les frais de gestion à la société mère, *Consolidated Management Corporation*. Les directeurs de la société filiale ont été les *officers* de la société filiale et de la société mère. Les actionnaires minoritaires de la société ont agi en justice, au nom de la société (*derivative action*), pour demander de restituer les paiements effectués. La présomption n'a pas été appliquée parce que les paiements ont été considérés frauduleux[766]. La responsabilité solidaire des dirigeants a été mise en cause.

127. Affaire n°13 : Loft v. Guth (1938) and Guth v. Loft (1939)[767]. — En l'espèce, la société *Loft, Inc.* a agi en justice contre Charles G. Guth, son ex-président et ex-directeur. La société demanderesse a invoqué que durant sa présidence chez *Loft*, Guth a créé la société *Pepsi-Cola Company* en s'appropriant une possibilité

---

273 (N.Y.A.D. 1 Dept. Jan 28, 1938); Blaustein v. Pan Am. Petroleum & Transport Co., 21 N.Y.S.2d 651, 738+, 174 Misc. 601, 695+ (N.Y.Sup. Jun 08, 1940) HN: 9 (A.); Toebelman v. Missouri-Kansas Pipe Line Co., 41 F.Supp. 334, 335 (D.Del. Oct 13, 1941) (N°129) " HN: 3 (A.); Overfield v. Pennroad Corp., 146 F.2d 889, 918 (C.C.A.3 (Pa.) Dec 28, 1944) (N°8288, 8289, 8303, 8304, 8371, 8372) (in dissent); Feldman v. Pennroad Corp., 155 F.2d 773, 775 (C.C.A.3 (Del.) May 21, 1946) (N°9038); Birnbaum v. Birrell, 17 F.R.D. 409, 411 (S.D.N.Y. Apr 25, 1955) " HN: 8 (A.); England v. Christensen, 52 Cal.Rptr. 402, 410, 243 Cal.App.2d 413, 426 (Cal.App. 1 Dist. Jul 12, 1966) (N°CIV. 22497) HN: 1 (A.); Weiss v. Kay Jewelry Stores, Inc., 470 F.2d 1259, 1271, 152 U.S.App.D.C. 350, 362 (D.C.Cir. Nov 03, 1972) (N°24443, 24444); In re APF CO., 274 B.R. 634, 637 (Bankr.D.Del. Aug 27, 2001) (N°00-00844, 98-1596 (PJW)) HN: 1 (A.).

Mentionné par la juridiction fédérale: Wyles v. Campbell, 77 F.Supp. 343, 349 (D.Del. Mar 31, 1948) (N°CIV. 1014) HN: 8 (A.); Pergament v. Frazer, 93 F.Supp. 13, 21 (E.D.Mich. Aug 11, 1950) (N°CIV. 7354).

[765] Eshleman v. Keenan, 21 Del.Ch. 259, 187 A. 25 (Del.Ch. Jul 08, 1936), aff'd, Keenan v. Eshleman, 23 Del.Ch. 234, 2 A.2d 904, 120 A.L.R. 227 (Del.Supr. Nov 28, 1938) ; Eshleman v. Keenan, 22 Del.Ch. 82, 194 A. 40 (Del.Ch. Jul 07, 1937), determination sustained by, Keenan v. Eshleman, 23 Del.Ch. 234, 2 A.2d 904, 120 A.L.R. 227 (Del.Supr. Nov 28, 1938).

[766] Eshleman v. Keenan, 187 A. 25, 26 (Del.Ch. 1936) ; Eshleman v. Keenan, 194 A. 40, 43 (Del.Ch., 1937). Voir l'Annexe n°2.701.

[767] Loft, Inc. v. Guth et Al., 23 Del. Ch. 138, 2 A.2d 225 (Del. Ch. Sept. 17, 1938), aff'd, Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503 (Del. Sup. 1939).

qui s'offrait à la société *Loft, Inc.* (*usurpation of corporate opportunity*) et en utilisant les ressources de la société *Loft, Inc.*, c'est-à-dire les laboratoires et l'usine, les salariés, l'argent, les magasins pour vendre et promouvoir la boisson *Pepsi-Cola* au lieu de la marque déjà établie de *Coca-Cola*[768]. La société demanderesse a demandé en *equity* la propriété de la totalité des actions de Guth dans la société *Pepsi-Cola*. Elle a obtenu gain de cause. Pour bien comprendre l'affaire, il faut analyser l'histoire de Charles Guth[769] et celle de la société *Loft, Inc.*[770] et de la société *Pepsi-Cola Company*[771].

Le chancelier Wolcott de la cour de la chancellerie du Delaware a rendu une décision le 17 septembre 1938. Cela a été la dernière décision rédigée par le chancelier Wolcott, qui est décédé le 11 novembre 1938[772].

(1) Pour décider que l'opportunité d'acheter la *Pepsi-Cola* appartenait à la société *Loft, Inc.* et non à son président, le chancelier Wolcott a appliqué le critère d'un intérêt ou d'une espérance (*interest-or-expectancy test*) et le critère d'une activité des affaires (*line-of-business test*). Selon le critère d'un intérêt ou d'une espérance, l'opportunité appartient à la société si « la société avait un droit ou une amorce de droit sur » elle.[773] Selon le critère d'une activité des affaires, une chance économique

---

[768] Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 229 (Del. Ch. 1938). Voir l'Annexe n°2.703.

[769] Charles G. GUTH (1976-1948, appelé *stormy pétrel*, était un homme d'affaires spécialisé dans les activités sucrières, bien qu'il fut diabétique. v. Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 505 (Del. Sup. 1939) ; v. J. YING, *Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine*, accessible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1414478 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1414478 (la dernière visite: le 4 juin 2013), en particulier p. 31 ; Encyclopedia Brittanica, accessible sur le site http://www.britannica.com/EBchecked/topic/249909/Charles-G-Guth (la dernière visite le 4 juin 2013). Voir l'Annexe n°704.

[770] v. Loft, Inc. v. Guth et al., 2. A.2d 225 (Del. Ch. 1938) ; Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503,505 (Del. Sup.1939). Voir l'Annexe n°2.705.

[771] Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 228, 243-244 (Del. Ch. Sept. 17, 1938); v. pour plus de détails, v. J. YING, *op. cit.*, pp. 1-10 ; M. W. MARTIN, *Twelve Full Ounces* (Holt, Rinehart and Winston, New York, 1962); B. STODDARD, *Pepsi: 100 Years* (General Publishing Group, Los Angeles, CA, U.S.A. 1997). Voir l'Annexe n°2.706.

[772] v. W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit*. Voir l'Annexe n°2.707.

[773] Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 239-240 (Del. Ch. Sept. 17, 1938); v. aussi W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 348, n°9.5.1; A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 142. Voir l'Annexe n°2.708.

appartient à la société si elle est associée à l'activité de la société, si elle est avantageuse pour elle et si elle lui est destinée[774]. La jurisprudence postérieure a aussi utilisé le troisième critère (*fairness test*), selon lequel l'opportunité appartient à la société si cela est équitable[775].

(2) Dans l'autre partie de la décision, le chancelier Wolcott a dit qu'il peut être admis, seulement *arguendo*, que Guth a reçu et accepté la proposition de Megargel en son propre nom et non pas au nom de la société *Loft, Inc*. Cependant, puisque Guth a utilisé les ressources de la société *Loft, Inc*. dont il a été président pour créer et développer la société *Pepsi-Cola Company*, ce qu'il a acquis en tant qu'individu en *equity* a été acquis par lui pour la société *Loft* et reste la propriété de la société *Loft*. Autrement dit, selon le chancelier Wolcott, les actes postérieurs à la création de la société, par exemple l'utilisation des ressources de la société *Loft, Inc*. pour financer la *Pepsi-Cola Company*, ont transféré la propriété de la *Pepsi-Cola Company* de Charles Guth à la société Loft, Inc.[776].

La Cour suprême du Delaware s'est prononcée le 11 avril 1938[777]. La formation de ce jugement de la Cour suprême du Delaware s'est composée d'un *Chief Justice* Layton et des quatre *justices*, c'est-à-dire Richards, Rodney, Speakman et Terry. Le *Chief Justice* Layton a rendu le jugement[778].

(1) Le *Chief Justice* Layton a re-appliqué le critère d'un droit ou d'une espérance[779] et le critère d'une ligne des affaires[780].

(2) En outre, il a clarifié que le droit de Guth de s'approprier une chance économique doit être examiné au moment de la présentation de l'offre sans tenir compte des

---

[774] Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 239-241 (Del. Ch. Sept. 17, 1938) ; v. aussi W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 349, n°9.5.1 ; A.TUNC, *ibid*. Voir l'Annexe n°2.709.

[775] A.TUNC, *ibid.*; W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 349, n°9.5.1. Voir l'Annexe n°2.710.

[776] Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 231, 240, 244, 246 (Del. Ch. 1938) ; E.P. WELCH, A. J. TUREZYN, *op. cit.*, § 143.1, p. 649. Voir l'Annexe n°2.711.

[777] Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503 (Del. 11 april 1939).

[778] v. H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit*. Voir l'Annexe n°2.713.

[779] Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510-511 (Del. 1939). Voir l'Annexe n°2.714.

[780] Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510-511 (Del. 1939). Voir l'Annexe n°2.715.

événements subséquents[781]. Cela semble casser la deuxième partie de l'opinion du chancelier Wolcott. Le *Chief Justice* Layton a conclu que la chance d'acquérir la marque (*trademark*) et la formule de *Pepsi-Cola* appartenait à la société *Loft, Inc*., et Guth en tant que président de la société *Loft, Inc*. n'a pas eu de droit de s'approprier cette chance économique[782]. A notre avis, le résultat final reste controversé[783].

L'arrêt de la cour de la chancellerie et l'arrêt de la Cour suprême n'ont pas employé le terme présomption[784]. Cependant, dans l'arrêt de la Cour suprême, le *Chief Justice* Layton a formulé le devoir fiduciaire des directeurs :

« Bien qu'ils ne soient pas techniquement des *trustees*, … [les directeurs] sont dans une situation fiduciaire à l'égard de la société et de ses actionnaires. Un souci d'ordre public, que l'on retrouve au fil des ans et qui vient d'une profonde connaissance des caractéristiques humaines et des motivations, a établi une règle qui demande d'un directeur ou d'un *officer* de société, péremptoirement et inexorablement, le respect le plus scrupuleux de son devoir, non seulement pour promouvoir les intérêts de la société confiée à sa charge, mais pour s'abstenir de faire quoi que ce soit qui viendrait nuire à la société, ou à la priver d'un profit ou d'un avantage que son adresse et ses capacités auraient pu lui apporter ou qu'elle aurait pu réaliser par un exercice

---

[781] Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 513 (Del. 1939). Voir l'Annexe n°2.716.

[782] Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 513 (Del. 1939). Voir l'Annexe n°2.717.

[783] Après cette décision, le règlement à l'amiable (*settlement*) a été conclu entre les parties au procès. GUTH a retourné les 237,500 actions de la société *Pepsi-Cola Company* à la société *Loft, Inc*. Il a obtenu environ 3 millions de dollars en bénéfice et indemnités. Les cabinets d'avocats qui représentaient la société *Loft, Inc*. ont obtenu 12.5% des 91% des actions tenu par GUTH. Les *lawyers* ont été rétribués en proportion de ce qu'ils firent gagner à Loft, Inc., en vertu d'un pacte de *quota litis* (*contingent fee*). Pendant le procès, la société *Phoenix Securities* a prêté l'argent à la société *Loft, Inc.* Après après la victoire de la société *Loft, Inc*., la société *Phoenix Securities* a exercé les options d'achats des actions de la société *Loft, Inc*. Par conséquent, elle a acheté les 375,000 actions de la société *Loft, Inc*. pour le prix entre $1.50 et $ 2.00 par action, au lieu du prix de $5 par action. Walter MACK, le président de la société Phoenix Securities est devenu président de la société Pepsi-Cola, la société Phoenix Securities a été dissoute. v. J. YING, Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine, accessible sur SSRN: http://ssrn.com/abstract=1414478 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1414478 (la dernière visite le 4 juin 2013), en particulier pp. 30-31.

[784] Le Chancelier utilise l'expression *presumption* un fois pour dire que la présomption a été renversée, v. Loft, Inc. v. Guth et Al., 2 A.2d 225, 241 (Del. Ch. 1938). Voir l'Annexe n°2.719.

raisonnable et légal de ses pouvoirs. La règle qui requiert une loyauté sans partage et désintéressée à la société exige qu'il n'y ait pas de conflit entre le devoir et l'intérêt. Les circonstances où doivent se manifester l'honnêteté, la bonne foi, la loyauté, sont nombreuses et variées, et aucune règle simple ne peut être formulée. Le principe de loyauté ne se pèse pas»[785].

Or, le devoir fiduciaire ainsi exprimé est constamment cité par la jurisprudence et la doctrine[786]. Il sera l'un des fondements prétoriens sur lequel la *business judgment rule* moderne sera bâtie.

128. Innovation. — Dans les recherches sur la genèse de la *business judgment rule* dans le Delaware, on a présenté les décisions de justice dans les treize affaires. Les conclusions sont les suivantes.

[785] La traduction par A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit*., n°78, p. 138 ; Le texte original v. Guth et al. v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del.1939). Le *chief justice* LAYTON a expliqué que la règle, référée en tant que la règle d'une chance économique de la société (*corporate opportunity*) est l'une des manifestations de la règle générale qui requiert la plus grande bonne foi (*utmost good faith*) d'un *officer* ou d'un directeur dans leur relation avec la société. Voir l'Annexe n°2.720.

[786] D. J. BLOCK, N. E. BARTON, S. A. RADIN, *op.cit.*, p. 262; A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op.cit.*, n°78, p. 138.

II — La synthèse des arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (1909-1939)

129. Confirmations. — La jurisprudence du Delaware ainsi que la doctrine ont reconnu, tantôt explicitement tantôt implicitement, que nombre d'arrêts qu'on a examinés formule ou justifie la *business judgment rule* : par exemple, (1) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)[787] ; (2) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[788] ; (3) Bodell v. General Gas & Electric Corporation (1926, 1927)[789] ; (4) Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)[790] ; (5) Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)[791] ; (6) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)[792] ; (7) Cole v. National Cash Credit Association (1931)[793] ; (8) Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)[794] ; (9) Guth v. Loft (1939)[795].

---

[787] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923), l'arrêt a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1.

[788] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; l'arrêt a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple l'arrêt Aronson v. Lewis (1984); E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1.

[789] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927) ; l'arrêt a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2. ; H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*

[790] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.4., p. 511.

[791] Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 141.2.2.4., p. 99.

[792] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931) a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple, E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 220.4, p. 443.

[793] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931) a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple, E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 242.4., p. 511.

[794] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831 (Del.Ch. 1933) a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple, par l'arrêt Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985).

[795] Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503 (Del. Sup. 1939).

130. Découvertes. — En ce qui concerne les arrêts rendus par la juridiction du Delaware :

(1) l'arrêt Butler v. New Keystone Copper Co. (1915)[796] est le premier qui refuse d'examiner le mérite de la décision en cas de bonne foi, d'absence d'un avantage particulier et d'une adéquation du prix ;

(2) l'arrêt Allied est le premier qui reconnait « le principe »[797] ;

(3) l'arrêt Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)[798] est le premier qui l'exprime et qui le qualifie de présomption (*presumption*)[799] ;

(4) l'arrêt Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)[800] est le premier qui emploie l'expression la présomption réfragable;

(5) l'arrêt Bodell v. General Gas & Electric Corporation (1927) est le premier qui a dit que l'erreur honnête de jugement d'affaires (*honest mistake of business jugdment*) ne devrait pas être contrôlée par le juge[801].

En ce qui concerne les juges du Delaware[802] :

---

[796] Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915).

[797] Cela est écrit expréssément par le chancelier WOLCOTT dans Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928).

[798] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 126 A. 46 (Del.Ch. 1924) ; l'arrêt a été cité par la jurisprudence et la doctrine, par exemple l'arrêt Aronson v. Lewis (1984); E.P. WELCH, A.J. TUREZYN, *op. cit.*, § 271.5.1.1.

[799] Cela est écrit expressément par le chancelier WOLCOTT dans Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928). Les autres arrêts postérieurs qui emploient l'expression *presumption* sont, par exemple, (1) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926) ; (2) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (3) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (4) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (5) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931) ; (6) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931) ; (7) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[800] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[801] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 267 (Del.Supr. Feb 22, 1927). Voir l'Annexe n°2.737.

(1) le chancelier Curtis, qui a écrit l'arrêt Butler v. New Keystone Copper Co., a préparé le fondement pour la *business judgment rule* ;
(2) le chancelier Wolcott, qui a écrit 12 arrêts dans les 13 affaires que nous avons examinées, a formulé la majorité des éléments qui constitueront la *business judgment rule* moderne[803] ;
(3) le *Chief Justice* Pennewil, qui a écrit la décision d'appel dans l'affaire Bodell, a confirmé la jurisprudence du chancelier Wolcott (sans utiliser le terme « présomption »)[804] ;
(4) le *Chief Justice* Layton, qui a rédigé la décision d'appel dans l'affaire de la *Pepsi-Cola*, a posé le futur fondement de la *business judgment rule*[805].

Selon nous, le chancelier Wolcott est devenu le père fondateur des notions de la *business judgment rule* prétorienne dans le Delaware (*founding father of the Delaware Common law business judgment rule*)[806].
La présomption est nommée la présomption de justice (*presumption of fairness*)[807] ou la présomption de régularité et de justice (*presumption of propriety and fairness*)[808]

---

[802] Les décisions de la cour de la chancellerie du Delaware n'ont pas contenu le nom du chancelier, seulement le mot le chancelier (*Chancellor*).

[803] (1) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; (2) Robisnon ; (3) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926) ; (4) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (5) Davis ; (6) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (7) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931) ; (8) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931) ; (9) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933) ; (10) Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935) ; (11) Eshleman v. Keenan, 21 Del.Ch. 259, 187 A. 25 (Del.Ch. Jul 08, 1936) et Eshleman v. Keenan, 22 Del.Ch. 82, 194 A. 40 (Del.Ch. Jul 07, 1937); (12) Loft, Inc. v. Guth et Al., 23 Del. Ch. 138, 2 A.2d 225 (Del. Ch. Sept. 17, 1938).

[804] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927). Cela est écrit expressément par le chancelier WOLCOTT dans Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928).

[805] Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503 (Del. Sup. 1939).

[806] W. T. QUILLEN, M. HANRAHAN, *op. cit.* ; H. R. HORSEY, W. DUFFY, *op. cit.*. V. l'Annexe n°2.742.

ou la présomption de bonne foi (*presumption of bona fides*)[809] ; ou la présomption de bonne foi et de justice (*presumption of good faith and fairness*)[810].

131. Comparaisons. — On a examiné les treize affaires, les treize arrêts rendus par le juge de l'*equity*, c'est-à-dire le chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware[811] et les trois arrêts confirmatifs rendus par les cinq juges de la *common law* constituant la Cour suprême du Delaware[812]. L'origine de la *business judgment rule* dans le Delaware se trouve dans les règles de l'*equity*.

Les demandeurs à l'action en justice ont été, par exemple, les actionnaires minoritaires de la société vendeuse[813] ou les actionnaires privilégiés (*preferred*

---

[807] Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. 1924) ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.745.

[808] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442, 446 (Del.Ch. Mar 02, 1926): « [A] presumption in favor of their propriety and fairness, is to be here applied. This is true. »

[809] Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A.54, 61(Del. Ch. 1928) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.747.

[810] Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261 (Del.Ch. 1929). Voir l'Annexe n°2.748.

[811] (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; (3) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; (4) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926); (5) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (6) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (7) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929); (8) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931); (9) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931); (10) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933); (11) Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935) ; (12) Eshleman v. Keenan, 21 Del.Ch. 259, 187 A. 25 (Del.Ch. Jul 08, 1936) et Eshleman v. Keenan, 22 Del.Ch. 82, 194 A. 40 (Del.Ch. Jul 07, 1937); (13) Loft, Inc. v. Guth et Al., 23 Del. Ch. 138, 2 A.2d 225 (Del. Ch. Sept. 17, 1938).

[812] (1) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927) ; (2) Keenan v. Eshleman, 23 Del.Ch. 234, 2 A.2d 904, 120 A.L.R. 227 (Del.Supr. Nov 28, 1938) ; (3) Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503 (Del. Sup. 1939).

[813] (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486

shareholders)[814]. Les défendeurs à l'action en justice ont été, par exemple, la société, ses *officers* et ses directeurs[815]. L'objet du litige a concerné le prix de vente de l'actif social[816] ; la parité d'échange dans la fusion-absorption[817] ; le prix des actions à émettre lors de l'augmentation de capital[818] ; la modification des droits des actionnaires par l'amendement du certificat de constitution[819] ; la demande de communication des documents sociaux (*inspection right*)[820] ; le montant du règlement à l'amiable[821]. La décision attaquée a été prise par le conseil des directeurs[822] ou les

(Del.Ch. Mar 28, 1923) ; (3) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (4) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (5) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (6) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[814] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931) ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[815] par exemple, (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; (3) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927) ; (4) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (5) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (6) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (7) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931) ; (8) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[816] (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; (3) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; (4) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (5) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (6) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[817] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931).

[818] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927).

[819] Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928).

[820] Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931).

[821] Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[822] Par exemple, (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02,

actionnaires contrôlaires[823]. Les trois types de remèdes ont été sollicités : (1) l'injonction a été accordée dans l'un des arrêts et refusée dans les autres[824] ; (2) la nullité a été refusée[825] et (3) les dommages-intérêts ont été accordés dans cet arrêt[826]. Ainsi, la présomption a été appliquée dans les 10 affaires sur 13 qu'on a examinées.

1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923); (3) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924); (4) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927); (5) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (6) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (7) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929); (8) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931); (9) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931); (10) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833+, 19 Del.Ch. 326, 330+ (Del.Ch. Jun 21, 1933); (11) Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[823] Par exemple, (1) Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; (2) Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ;(3) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; (4) Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; (5) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (6) Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 147 A. 257 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; (7) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931) ; (8) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833+, 19 Del.Ch. 326, 330+ (Del.Ch. Jun 21, 1933) ; (9) Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[824] L'injonction a été accordée: Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923); L'injonction a été réfusée, par exemple, (1) Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; (2) Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927) ; (3) Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 142 A. 654 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; (4) Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457 (Del.Ch. Apr 23, 1931); (5) Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 156 A. 183 (Del.Ch. Jul 08, 1931); (6) Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 167 A. 831 (Del.Ch. Jun 21, 1933); (7) Karasik v. Pacific Eastern Corp., 21 Del.Ch. 81, 180 A. 604 (Del.Ch. Aug 06, 1935).

[825] Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928).

[826] Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 141 A.54 (Del. Ch. Feb. 8, 1928).

132. Propositions. — Il a été décidé implicitement que les directeurs et les *officers*, ainsi que les actionnaires majoritaires doivent agir de manière juste et de bonne foi.

Les arrêts ont formulé la *business judgment rule* dont la synthèse apparaît être la suivante :

(1) au vue de la discrétion des directeurs et des actionnaires contrôlaires dans l'exercice de leurs fonctions d'un côté[827] ; et

(2) au vue des obligations fiduciaires des directeurs et des actionnaires contrôlaires d'un autre côté[828] ;

(3) la décision des uns ou des autres est présumée être juste et avoir rempli certains autres critères;

(4) la présomption est réfragable, c'est-à-dire qu'elle peut être renversée si la partie opposée parvient à prouver la défaillance de l'une de ces conditions énumérées ;

(5) le juge ne contrôlera que ces conditions énumérées[829] ;

(6) enfin, ces éléments sont différemment formulés dans les arrêts,

(7) par exemple, il peut s'agir (i) d'une absence de fraude[830] ; (ii) d'une exigence de la légalité : la conformité à la loi et aux statuts, y compris l'absence d'actes *ultra vires*[831] ; (iii) d'une absence d'un motif impropre[832] ; (iv) d'une absence d'un intérêt

---

[827] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927). v. l'Annexe n°2.765.

[828] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; Loft, Inc. v. Guth et Al., 23 Del. Ch. 138, 2 A.2d 225 (Del. Ch. Sept. 17, 1938), aff'd, Guth v. Loft, Inc., 23 Del. Ch. 255, 5 A.2d 503 (Del. Sup. 1939).

[829] Butler v. New Keystone Copper Co., 93 A. 380 (Del.Ch., 1915) ; Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr.1927) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654 (Del.Ch. 1928) ; Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch.1931) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.767.

[830] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927) ; Finch v. Warrior Cement Corp., 141 A.54, 61 (Del. Ch. Feb. 8, 1928) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 659 (Del.Ch.1928) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832-3 (Del.Ch. 1933) ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187-8 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.768.

[831] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927); Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.769.

[832] Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.770.

personnel ou d'un avantage personnel[833] ; (v) des meilleurs intérêts de la société[834] ; (vi) des intérêts des actionnaires[835] ; (vii) de bonne foi[836] ; (viii) d'une honnêteté[837] ;

[833] V. *no personal advantage of directors* v. Butler v. New Keystone Copper Co., 93 A. 380 (Del.Ch., 1915) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832 (Del.Ch. 1933) ; *no advantage of the majority of shareholders at the expense of the minority of shareholders* v. Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486 (Del.Ch. 1923) ; *no personal gain* v. Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 267 (Del.Supr. 1927) ; *no peculiar personal interest/ no some personal advantage to gain* v. Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. 1924) ; *no personal interest* v. Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928) ; *no beneficiaries of the alleged inequality* v. Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 57, 156 A. 183, 187-188 (Del.Ch. Jul 08, 1931) ; Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 324-325, 147 A. 257, 260-261 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; Finch v. Warrior Cement Corporation, 141 A.54, 61(Del. Ch. 1928) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 142 A. 654, 660 (Del.Ch. 1928). Voir l'Annexe n°2.771.

[834] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; « [A] bona fide regard for the interests of the corporation » et honestly believed that they were securing terms and conditions which were expedient and for the corporation's best interests v. Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; « no » « evidence which indicates that the directors did not believe the policy they proposed to pursue would be for the best interest of the corporation and all of its stockholders » v. Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. Mar 02, 1926), aff'd, 140 A. 264 (Del.Supr. Feb 22, 1927) : « [F]or what they believed to be the advantage of the corporation and all its stockholders » v. Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 268 (Del.Supr. Feb 22, 1927) : « [D]esigned to promote the best interests of the corporation they serve. » v. Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 169, 142 A. 654, 659 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; « [N]o […] a reckless indifference to or a deliberate disregard of the interests of the whole body of stockholders including of course the minority » v. Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 325, 147 A. 257, 261 (Del.Ch. Jul 15, 1929) : « [I]n the best interests of the corporation » v. Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. 1931) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.772.

[835] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 132 A. 442 (Del.Ch. 1926), aff'd, 140 A. 264, 267-8 (Del.Supr. 1927) ; Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261 (Del.Ch. 1929) ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 56 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.773.

[836] « [I]n good faith » v. Butler v. New Keystone Copper Co., 10 Del.Ch. 371, 93 A. 380 (Del.Ch., Feb 02, 1915) ; Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 268 (Del.Supr. Feb 22, 1927) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 169, 142 A. 654, 659 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 169, 142 A. 654,

(ix) du meilleur ou du juste jugement[838] ; (x) d'une absence de faute grave (*gross négligence*) ; (xi) d'une autre violation des devoirs fiduciaires ; (xii) d'une

659 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 325, 147 A. 257, 261 (Del.Ch. Jul 15, 1929) ; « [A] bona fide regard for the interests of the corporation » v. Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 48 (Del.Ch. Apr 02, 1924) ; « [A] like presumption in favor of the bona fides of their decision should prevail. » v. Davis v. Louisville Gas & Electric Co., 16 Del.Ch. 157, 170, 142 A. 654, 660 (Del.Ch., Jun 01, 1928) ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931): « There is a presumption that the judgment […] is formed in good faith and inspired by a bona fides of purpose. » ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 57-58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931): « The rule there laid town was that mere inadequacy of price will not reveal fraud. The inadequacy must be so gross as to lead the court to conclude that it was due not to an honest error of judgment but rather to bad faith, or to a reckless indifference to the rights of others interested. ».

[837] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 14 Del.Ch. 1, 120 A. 486 (Del.Ch. Mar 28, 1923) ; Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 49 (Del.Ch. Apr 02, 1924) : « [T]he exercise of honest and sound business judgment » ; Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation, 14 Del.Ch. 193, 126 A. 46, 50-51 (Del.Ch. Apr 02, 1924) : « honest exercice of sound judgment » ; Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 268 (Del.Supr. Feb 22, 1927): « [H]onest and best judgment » ; Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 267 (Del.Supr. Feb 22, 1927): « [A]n honest mistake of business judgment » ; Allaun v. Consolidated Oil Co., 16 Del.Ch. 318, 325, 147 A. 257, 261 (Del.Ch. Jul 15, 1929): « The judgment of the directors in fixing the terms and conditions of the sale is entitled to the presumption in its favor that it was exercised honestly and in good faith. » ; Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 57-58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931): « This question is answered by the case of Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel & Tube Co., 14 Del. Ch. 1, 120 A.486 […] : « [A]n honest error of » ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 330, 167 A. 831, 833 (Del.Ch. Jun 21, 1933): « In Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp., the rule was laid down that a sale of the present sort must be examined with the presumption in its favor that the directors who negotiated it honestly believed that they were securing terms and conditions which were expedient and for the corporation's best interests ».

[838] Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 267 (Del.Supr. Feb 22, 1927): « [I]n the exercise of fair business judgment » ; Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 268 (Del.Supr. Feb 22, 1927): « [H]onest and best judgment » ; Bodell v. General Gas & Electric Corporation, 140 A. 264, 268 (Del.Supr. Feb 22, 1927): « [I]n the exercise of their best judgment ».
Finch v. Warrior Cement Corporation, 16 Del. Ch. 44, 58-59, 141 A.54, 61(Del. Ch. Feb. 8, 1928) : « [B]est judgment ».

information[839] ; (xiii) d'une absence d'un abus de discrétion[840] ; (xiv) d'une inadéquation grossière du prix[841] ; (xv) d'un prix non grossièrement inadéquat[842]. (8) Cependant, ces conditions n'incluent pas la simple inadéquation du prix.

133. Critiques. — (1) L'absence de références jurisprudentielles ou doctrinales/ L'absence de citations de précédents ou de doctrine. Les deux arrêts qui ont reconnu et exprimé la présomption (Allied et Robinson) ne contiennent aucune citation de précédents ni de doctrine. Les arrêts étudiés qui leur sont postérieurs ne font référence qu'à ces arrêts et les autres arrêts rendus par la juridiction du Delaware, sauf deux cas. Dans l'un des arrêts, le chancelier Wolcott a justement dit qu'il existe l'abondance de la jurisprudence sur le sujet, et dans l'autre, il a cité directement l'arrêt de la cour de chancellerie du New Jersey, Donald v. American Smelting & Refining Co. en date du 13 mars 1901[843], qui a cité l'extrait de l'ouvrage de S. D. Thompson (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations (1895)*[844].
(2) L'absence de justification. On ne trouve pas de justifications concrètes et expresses de l'introduction de la présomption dans les arrêts Allied (1923) et Robinson (1924). On trouve une justification introduite par référence indirecte à cet

[839] Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.777.

[840] Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 187 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.778.

[841] Butler v. New Keystone Copper Co., 93 A. 380 (Del.Ch. 1915) ; Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486 (Del.Ch. 1923) ; Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 260-1 (Del.Ch. 1929) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 833 (Del.Ch. 1933). Voir l'Annexe n°2.779.

[842] Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America, 120 A. 486, 494 (Del.Ch. 1923); Allaun v. Consolidated Oil Co., 147 A. 257, 261 (Del.Ch. 1929); Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 167 A. 831, 832 (Del.Ch. 1933); Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp., 17 Del.Ch. 325, 154 A. 457, 460-461 (Del.Ch. Apr 23, 1931); Cole v. National Cash Credit Ass'n, 18 Del.Ch. 47, 57-58, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. Jul 08, 1931) ; Mitchell v. Highland-Western Glass Co., 19 Del.Ch. 326, 330-331, 167 A. 831, 832-3 (Del.Ch. Jun 21, 1933).

[843] Donald v. American Smelting & Refining Co., 48 A. 786 (N.J.Ch. 1901), v. Cole v. National Cash Credit Ass'n, 156 A. 183, 188 (Del.Ch. 1931). Voir l'Annexe n°2.781.

[844] S. D. THOMPSON (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations*, Vol. I-VI, Vol. IV, *op. cit.*, § 4518. Voir l'Annexe n°2.782.

ouvrage de Thompson selon lequel il faut limiter le risque d'un grand nombre d'actions en justices intentées par les actionnaires.

(3) Les notions différentes et imprécises. Les notions formulées dans les arrêts écrits par le chancelier Wolcott entre 1923 et 1933 ne sont ni identiques ni précises. Certaines notions se retrouvent dans les arrêts postérieurs. Certaines notions sont omises ou remplacées par les autres. Les liens entre les notions sont proposés, par exemple, (1) le motif incorrect, le gain personnel ou le mépris des intérêts de la société et des actionnaires constituent « la fraude en droit » (*fraud in law*) ou (2) l'absence de motif égoïste ou l'absence de gain personnel indiquent l'honnêteté absolue et la bonne foi entière. Aussi, les liens entre les notions peuvent être déduits, par exemple le profit personnel peut être qualifié de motif égoïste, qui peut être qualifié de motif incorrect, ou le prix grossièrement inadéquat peut être qualifié d'abus de discrétion. Nous ne savons pas ce que signifie exactement la « présomption ».

(4) Le régime juridique obscur. Il n'est pas précisé s'il y a des situations dans lesquelles la *business judgment rule* ne s'applique pas et comment il convient de procéder. Il n'est pas précisé quelle est la relation entre la *business judgment rule* et les devoirs fiduciaires. Il n'est pas précisé si le demandeur doit prouver le prix grossièrement injuste ou le prix simplement injuste. /Il n'est pas précisé ce qui se passe si quelqu'un prouve le prix grossièrement injuste, par exemple, est-ce qu'il doit prouver le prix simplement injuste. Le chancelier a qualifié le principe de « présomption » sans expliquer précisément les conséquences que cette qualification implique.

(5) Le déni de justice. Le chancelier a utilisé les différentes appellations. Il semble que le chancelier Wolcott a introduit la présomption de bonne foi et/ou de justice et/ou de propriété (*presumption of good faith and/or fairness and/or propriety*) qui n'a sanctionné que l'« injustice grossière » (*manisfest injustice*). Le chancelier Wolcott a dit qu'il s'agissait d'une présomption réfragable. A notre avis, il semble qu'il s'agissait précisément d'une présomption réfragable d'une absence d'une injustice manifeste. Le chancelier Wolcott n'examine pas la justice ou l'injustice de la transaction en cause. Puisque la sanction d'une injustice ordinaire aurait pu être

absente, on s'interrogera sur le déni de justice partiel/conditionnel et sur la raison d'être de cette jurisprudence.

Après avoir recherché la *business judgment rule* dans la jurisprudence de l'Etat du Delaware (§1), on recherchera la *business judgment rule* dans la jurisprudence des quarante-sept autres Etats et du district fédéral (§2).

§ 2 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945)

134. Juridictions des Etats. — Antérieurement à 1945, l'Union a été composée des quarante-sept Etats et d'un district fédéral (le district de Colombie avec la capitale fédérale de Washington)[845]. Chaque Etat organisa son propre système judiciaire comportant soit trois soit deux degrés de juridictions[846]. Dans la plupart des Etats il y a un ordre des juridictions, les cours connaissant de la *common law* et de l'*equity*. Dans un petit nombre d'Etats il y a deux ordres de juridictions séparées, des cours de la *common law* et de l'*equity*.

135. Jury. — En vertu du 14e Amendement, le droit au jury n'était pas garanti aux citoyens dans les juridictions des Etats. Cependant, les divers Etats permettaient la constitution du jury pour déterminer les faits en matière civile et pénale[847].

---

[845] (1) Delaware (1787) ; (2) Pennsylvanie (1787) ; (3) New Jersey (1787) ; (4) Georgia (1788) ; (5) Connecticut (1788) ; (6) Massachusetts (1788) ; (7) Maryland (1788) ; (8) South Carolina (1788) ; (9) New Hampshire (June 21, 1788) ; (10) Virginie (June 15, 1788) ; (11) New York (July 26, 1788) ; (12) North Carolina (November 21, 1789) ; (13) Rhode Island (May 29, 1790) ; (14) Vermont (March 4, 1791) ; (15) Kentucky (1er juin 1792); (16) Tennesse (1er juin 1796) ; (17) Ohio (March 1, 1803) ; (18) Louisiana (April 30, 1812) ; (19) Indiana (December 11, 1816) ; (20) Mississippi (December 10, 1817) ; (21) Illinois (December 3, 1818) ; (22) Alabama (December 14, 1819) ; (23) Maine (March 15, 1820) ; (24) Missouri (August 10, 1821) ; (25) Arkansas (June 15, 1836) ; (26) Michigan (January 26, 1837) ; (27) Florida (March 3, 1845) ; (28) Texas (December 29, 1845) ; (29) Iowa (December 28, 1846) ; (30) Wisconsin (May 29, 1848); (31) Caliornia (September 9, 1850); (32) Minnesota (May 11, 1858); (33) Oregon (February 14, 1859); (34) Kansas (January 29, 1861); (35) West Virginia (June 20, 1863); (36) Nevada (March 1, 1867); (37) Nebraska (March 1, 1867); (38) Colorado (August 1, 1876); (39) North Dakota (November 2, 1889); (40) South Dakota (November 2, 1889); (41) Montana (November 8, 1889); (42) Washington (November 11, 1889); (43) Idaho (July 3, 1890); (44) Wyoming (July 10, 1890); (45) Utah (January 4, 1896); (46) Oklahoma (November 16, 1907); (47) New Mexico (January 6, 1912); (48) Arizona (February 14, 1912).

[846] (1) La Cour suprême ou portant une autre dénomination; (2) parfois la cour intermédiaire d'appel; (3) la juridiction de première instance. Dans un tiers d'Etats, les cours d'appel n'existent pas. v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, no350-351, pp. 326-327.

[847] v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *ibid.*; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *ibid*.

136. Juges des Etats. — Les juges des Etats pouvaient être soit élus par le suffrage universel, soit désignés par le gouverneur. Dans les Etats où les juges étaient élus par le suffrage universel, le gouverneur pouvait désigner les candidats ou l'association des juristes devait approuver les candidats. Les juges siégeaient pour une durée qui variait d'un Etat à un autre et d'une juridiction à une autre. Leur mandat pouvait être renouvelé. Parfois, ils pouvaient siéger à vie[848].

137. Méthodologie. — On utilisera les deux méthodes de recherche. Premièrement, on recherchera les arrêts dans la base de donnés de *Westlaw International* [849]. Secondement, on recherchera les références aux arrêts dans la jurisprudence et dans la doctrine.

138. Plan. — D'abord, on examinera les arrêts rendus dans les 47 Etats de l'Union et dans le district fédéral (I). Ensuite, on synthétisera les arrêts examinés (II).

[848] v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *ibid.*.; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *ibid.*

[849] 1. *Westlaw International*; 2. *US Reserch*; 3. *Scope*: *Federal and State caselaw before 1945*; 4. *Query*: A. *business judgment rule*; B. « presumption » et « good faith » et « best interest of the corporation » ; C. « good faith will not interefere » ; D. « honest mistake of judgment ».

I — L'analyse des arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945)

139. On présentera les arrêts selon les Etats dans lesquels ils ont été rendus. On présentera les Etats selon la date d'adhésion à l'Union.

140. On analysera les 34 affaires suivantes :

Affaire n°1 : Spering's Appeal (1872)

Affaire n°2 : Wildes v. Rural Homestead Co. et al. (1895)

Affaire n°3 : Trimble v. American Sugar-Refining Co. (1901)

Affaire n°4 : Hamilton v. United Laundries Corp. (1932)

Affaire n°5 : Whitfield v. Kern (1936)

Affaire n°6 : Smith v. Banister (1940)

Affaire n°7 : Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins (1829)

Affaire n°8 : Verplanck v. Mercantile Ins. Co. (1831)

Affaire n°9 : Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al. (1928)

Affaire n°10 : Bown v. Ramsdell (1931)

Affaire n°11 : Winter v. Anderson (1934)

Affaire n°12 : Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al. (1940)

Affaire n°13 : Everett v. Phillips (1941)

Affaire n°14 : Hayman et al. v. Brown et al. (1941)

Affaire n°15 : Weinberger v. Quinn et al. (1942)

Affaire n°16 : Oshrin v. Celanese Corporation America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. Sept. 4, 1942)

Affaire n°17 : Simon v. Socony-Vacuum Oil Company (1942)

Affaire n°18 : Hoffman v. Abbott et al. (1943)

Affaire n°19 : Marony et al. v. Applegate et al. (1943)

Affaire n°20 : Mann v. Luke (1943)

Affaire n°21 : Bayer v. Beran (1944)

Affaire n°22 : Casey v. Woodruff (1944)

Affaire n°23 : Dumont v. Raymond (1944)

Affaire n°24 : Faurie & Al. v. Millaudon & Al. (1825)

Affaire n°25 : Percy v. Millaudon (1829)

Affaire n°26 : State v. Bank of Louisiane (1834)

Affaire n°27 : Reliance Homestead Ass'n v. Nelson (1934)

Affaire n°28 : Godbold v. The Branch Bank at Mobile (1847)

Affaire n°29 : Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al. (1931)

Affaire n°30 : Wagner Electric Corp. v. Hydraulic Brake Co. (1934)

Affaire n°31 : Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., (1941)

Affaire n°32 : Orlando Orange Groves Co. v. Hale (1935)

Affaire n°33 : Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., (Minn. 1937)

Affaire n°34 : Noll v. Boyle et al. (1934)

141. Etat n°2 : Pennsylvanie (Etat entré dans l'Union en 1787). — Les deux arrêts, rendus par la juridiction de l'Etat de Pennsylvanie et cités dans le contexte de la genèse de la *business judgment rule*, sont Appeal of Spering (Spering's Appeal) (1872) et Appeal of Watt (Watt's Appeal) (1874).

142. Affaire n°1 : Spering's Appeal (1872)[850]. — En l'espèce, la société, *National Safety Insurance and Trust Company*, a été constituée le 17 avril 1841 pour exercer l'activité d'assurance. Elle est devenue insolvable dans l'hiver 1860-1861. Un certain Joshua Spering, le *trustee*, a intenté une action contre les directeurs et les *officers* pour engager leur responsabilité personnelle à l'égard des actionnaires pour les pertes causées par la mauvaise, frauduleuse et illicite gestion de la société.

La question s'est posée de savoir si les directeurs de la société pouvaient être responsables personnellement à l'égard des actionnaires pour les pertes causées par la mauvaise gestion, pour les erreurs de jugement ou pour le défaut d'une compétence ou d'une connaissance, pour les actes en dehors des pouvoirs (*ultra vires*), par exemple, en violation des statuts. Le jugement de première instance a répondu par la négative à cette question. M. Spering a interjeté l'appel à la Cour suprême. La Cour

[850] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872).

suprême a confirmé le jugement de première instance. Le raisonnement de la Cour suprême semble avoir été le suivant :

(1) La Cour suprême a estimé que les directeurs de la société sont les fiduciaires, à l'égard des actionnaires, dans un sens général, mais non technique, qu'ils sont les mandataires, qu'ils se sont obligés gratuitement à exercer certains devoirs et c'est pourquoi, ils sont obligés d'exercer, seulement, la compétence et la diligence ordinaire (*ordinary skill and diligence*).

(2) La Cour suprême a jugé que quand les directeurs sont aussi bien les actionnaires de la société intéressés à ce que les affaires de la société soient profitables et quand ils ne cherchent pas à faire un autre profit que celui qui serait commun à tous les actionnaires (l'absence de conflit d'intérêts), il y a une forte présomption qu'ils avaient apporté à l'administration de la société leurs meilleurs jugement et compétence (*their best judgment and skill*). La question qui se pose est de savoir si le demandeur pouvait prouver que les directeurs n'ont pas apporté leurs meilleurs jugements et compétence. S'agit-il de la présomption irréfragable ?

(3) La cour a estimé que les directeurs choisis par les actionnaires parmi eux ne devaient pas être jugés par les mêmes standards stricts qu'un agent ou un *trustee*. Sinon, aucun gentleman de caractère ou de responsabilité ne souhaiterait accepter une telle fonction.[851] Selon la plus haute juridiction, cette opinion est bien fondée sur la jurisprudence anglaise et américaine[852]. Cependant, cette justification reste controversée et dépourvue de valeur empirique.

---

[851] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11 (Pa. 1872). Voir l'Annexe n°2.791.

[852] En ce qui concerne les arrêts anglais, elle cita (1) The Charitable Corporation v. Sutton, 2 Atk. 400; (2) The York & North Midland Railway Company v. Hudson, 16 Beavan 495; (3) Williams v. Page, 24 Beavan 661; (4) Great Luxembourg Railway Co. v. Magnay, 25 Beavan 592; (5) Ex parte Bennett, 18 Beavan 339; (6) Turquard v. Marshall, 3 Equity (Law Rep.) 127.

En ce qui concerne les arrêts américains, elle cita (1) Koehler v. The Black River Falls Iron Co., 2 Black S. C. 715; (2) Scott v. Depeyster, 1 Edw. Ch. Rep. 513; (3) Robinson v. Smith, 3 Paige 222; (4) Taylor v. Miami Exporting Company, 5 Hammond (Ohio) 162; (5) Verplanck v. Mercantile Insurance Co., 1 Edw. Ch. Rep. 84; (6) Bank of St. Mary v. St. John, 25 Alab. N. S. 566; (7) Butts v. Wood, 38 Barb. 181 S. C. 37 New York 317; (8) The Franklin Fire Insurance Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130; (9) Lexington & Ohio Railroad Co. v. Bridge, 7 B. Monroe 556; (10) Godbold v. Branch Bank at Mobile, 11 Alab. 191; (11) Hodges v. New England Screw Company, 1 Rhode Island 312; (12) Neall v. Hill, 16 California 145.

(4) Selon la Cour suprême, la jurisprudence établit que les directeurs sont responsables personnellement à l'égard des actionnaires pour la fraude ; le détournement (*embezzlement*) ; la faute intentionnelle (*willful misconduct*) ; la violation de confiance (*breach of trust*) sous forme d'une inattention grossière (*gross inattention*) ou de la négligence grossière (*gross negligence*). Au contraire, selon la Cour suprême, la jurisprudence établit que les directeurs ne sont pas responsables personnellement à l'égard des actionnaires pour les erreurs de jugement, même tellement grossières qu'elles semblent être absurdes ou ridicules, si les erreurs sont honnêtes et dans la limite des pouvoirs et de discrétion des directeurs[853]. La plus haute juridiction ne fournit pas une explication de l'expression une « erreur honnête ».
(5) La Cour suprême a estimé que les directeurs ne sont pas responsables pour la violation non intentionnelle des statuts. La Cour suprême a soulevé que les statuts de la société ont été très compliqués. La Cour suprême a ajouté que les directeurs ont exercé tous les soins requis et qu'ils ont fait confiance à un conseil juridique[854]. Enfin, la Cour suprême a cité la juridiction statuant dans ce sens (Hodges v. New England Screw Co.).

143. Etat n°3 : New Jersey (1787). — Dans le New Jersey, la *business judgment rule* a été retrouvée dans un nombre d'arrêts, par exemple, (1) Park v. Grant Locomotive Works (1885)[855] ; (2) Elkins v. Camden & A.R. Co. (1882)[856] ; (3)

---

[853] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11 (Pa. 1872). Voir l'Annexe n°2.793.

[854] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, (11), 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872). Voir l'Annexe n°2.794.

[855] Park v. Grant Locomotive Works, 40 N.J. Eq. 114, 13 Stewart 114, 3 A. 162 (N.J.Ch. Oct 06, 1885), aff'd, Park v. Grant Locomotive Works, 45 N.J. Eq. 244, 18 Stewart 244, 19 A. 621 (N.J.Err. & App. Nov Term 1888) ; S. D. THOMPSON (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations*, Vol. I-VI, *op. cit*. Vol. IV, § 4487, note 3, p. 3318 ; *§ 4487. Equity will not Interfere on Qoestions of Corporate Management or Policy* ; Note 3.

[856] Elkins v. Camden & A.R. Co., 36 N.J. Eq. 241, 9 Stewart 241, 1882 WL 8434 (N.J.Ch. 1882) ; v. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, pp. 237-238, Note 1 (§ 243. *The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*) ; S. D. THOMPSON (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations*, Vol. I-VI, *op. cit*. Vol. IV, § 4487, note 3, p. 3318 (*§ 4487. Equity will not Interfere on Questions of Corporate Management or Policy*).

Williams v. McDonald (1883)[857] ; (4) Williams v. Halliard (1884)[858] ; (5) Ellerman v. Chicago Junction Railways & Union (1891)[859] ; Donald (NJ 1901).

144. Affaire n°2 : Wildes v. Rural Homestead Co. et al. (1895)[860]. — En l'espèce, la société, *Rural Homestad Co.* a vendu à un certain Samuel W. Bower les 238 actions du *capital stock*. Les actionnaires ont agi contre ce transfert en alléguant que le prix a été grossièrement inadéquat et que les directeurs ont agi de mauvaise foi et en vue de se perpétuer dans le contrôle de la société.

(1) La cour de la chancellerie de New Jersey a dit qu'il faut conclure que face à la situation financière des sociétés et le caractère de la propriété achetée, en l'absence d'allégation ou d'un soupçon de mauvaise foi, la transaction aurait été manifestement indiscrète et imprudente.

(2) La cour de la chancellerie a ajouté que la transaction ne peut pas être annulée simplement parce que les directeurs ont agi indiscrètement ou imprudemment.

(3) La cour de la chancellerie a conclu qu'il n'a pas été soulevé que l'acte a été accompli en dehors des pouvoirs des dirigeants (*ultra vires*). En outre, la cour de la chancellerie a déclaré que la règle bien établie est que les actionnaires individuels ne peuvent pas mettre en question des actes des directeurs accomplis dans le cadre de

---

[857] Williams v. McDonald, 37 N.J. Eq. 409, 10 Stewart 409, 1883 WL 7997 (N.J.Ch. 1883) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 557, pp. 530-532 (§ 557. *Directors not responsible for an Excusable Mistake of Law*)

[858] Williams v. Halliard, 38 N.J. Eq. 373, 11 Stewart 373, 1884 WL 456 (N.J.Ch. May Term 1884), rev'd, Williams v. McKay, 40 N.J. Eq. 189, 13 Stewart 189, 1885 WL 208, 53 Am.Rep. 775 (N.J.Err. & App. Jun Term 1885) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 550, note 2, p. 526 *(§ 550. Liability of Agents to the Corporation*), § 562, p. 535 (*§ 562. Liability for Acts of other Officers*).

[859] Ellerman v. Chicago Junction Railways & Union Stock-Yards Co., 49 N.J. Eq. 217, 4 Dickinson 217, 23 A. 287 (N.J.Ch. Dec 18, 1891) ; v. Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969) : « Steel was a New Jersey corporation until January 1, 1966, but plaintiffs do not contend that the law of that State is any different than our own on this issue. It appears to be the same. Ellerman v. Chicago Junction Railways & Union S.Y. Co., 49 N.J.Eq. 217, 23 A. 287 (1891) » ; v. S. D. THOMPSON (1842-1904), *op. cit*. § 4487, note 1, p. 3319 *(§ 4487. Equity will not Interfere on Questions of Corporate Management or Policy*).

[860] Wildes v. Rural Homestead Co. et al., 53 N.J. Eq. 452, 8 Dickinson 452, 32 A. 676 (NJ Ch., July 30, 1895).

leurs pouvoirs (*intra vires*), à moins qu'ils ne puissent prouver que les actes sont frauduleux.

(4) La cour de la chancellerie a cité une doctrine et la jurisprudence[861].

(5) En outre, la cour de la chancellerie a ajouté qu'une preuve que les directeurs n'ont pas agi de bonne foi et avec un jugement honnête doit être assez forte pour renverser les présomptions habituelles en faveur d'une bonne foi et d'une honnêteté[862].

(6) La cour de la chancellerie a décidé que la preuve était suffisante pour renverser la présomption de bonne foi des directeurs et de l'acheteur des actions, M. Bower.

(7) La cour de la chancellerie a décidé d'annuler la transaction[863].

145. Affaire n°3 : Trimble v. American Sugar-Refining Co. (1901)[864], vice-chancelier Pitney. — En l'espèce, un actionnaire, propriétaire des 100 actions des 74,000 du *capital stock* de la société, *American Sugar-Refining Co*., a intenté une action contre cette société, entre autres, pour obliger la société à distribuer des dividendes, ainsi qu'à vendre ses produits au-dessous des coûts.

(1) En ce qui concerne les dividendes, la cour de la chancellerie a déclaré qu'on devait présumer que l'action de la société à l'égard des dividendes était satisfaisante pour la majorité des actionnaires et le simple fait que la société a un montant important de surplus, sans preuve d'une fraude, ne donne pas le droit à un seul actionnaire de forcer sa distribution par la cour de la chancellerie[865].

(2) En ce qui concerne la vente des produits, la cour de la chancellerie a déclaré qu'elle ne devrait pas restreindre la concurrence entre les sociétés, sauf s'il apparaît que les directeurs n'agissent pas de bonne foi dans les meilleurs intérêts de la société ou si leur jugement est entièrement erroné à rendre l'erreur palpable à la cour. Selon la cour de la chancellerie, les allégations de la demande ne démontrent pas un tel manque de bonne foi ou une claire erreur de jugement[866].

---

[861] Wildes v. Riral Homestead Co. et al., 32 A. 676, 679 (NJ Ch. 1895). Voir l'Annexe n°2.801.

[862] Wildes v. Riral Homestead Co. et al., 32 A. 676, 679 (NJ Ch. 1895). Voir l'Annexe n°2.803.

[863] Wildes v. Riral Homestead Co. et al., 32 A. 676, 680 (NJ Ch. 1895). Voir l'Annexe n°2.804.

[864] Trimble v. American Sugar-Refining Co., 61 N.J. Eq. 340, 16 Dickinson 340, 48 A. 912 (N.J. Ch., April 11, 1901).

[865] Trimble v. American Sugar-Refining Co., 48 A. 912, 915 (N.J. Ch. 1901). Voir l'Annexe n°2.806.

[866] Trimble v. American Sugar-Refining Co., 48 A. 912, 916 (N.J. Ch. 1901). Voir l'Annexe n°2.807.

146. Affaire n°4 : Hamilton v. United Laundries Corp. (1932)[867]. — La cour de la chancellerie a déclaré que la règle de droit est que le pouvoir des directeurs dans la conduite des affaires de la société doit être considéré comme absolu quand les directeurs agissent dans la limite de la loi et que les questions de politique de gestion sont laissées exclusivement à la seule décision honnête des *officers* et directeurs d'une société. La cour de la chancellerie a ajouté que le juge ne peut pas substituer son jugement à celui des directeurs. La cour de la chancellerie a cité la jurisprudence[868].

147. Affaire n°5 : Whitfield v. Kern (1936)[869], vice-chancelier Buchanan. — En l'espèce, il s'agit de l'action en responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société pour la négligence grossière de ne pas prévenir le fait dommageable d'un tiers, c'est-à-dire des paiements illégaux tels que l'excès de rémunération d'un président, les paiements des dettes personnelles du président, etc. L'action a été intentée par le *trustee in bankrupcty* contre les trois directeurs de la société, dont Edward Kern, qui a été aussi le président de la société et John Kern, qui a été aussi secrétaire et trésorier de la société.

(1) La cour a posé qu'il y une relation fiduciaire directe entre les *officers*, les directeurs et la société, dans le cadre de laquelle la société est le principal et les *officers* et directeurs sont les agents. La cour a dit qu'un *officer* ou un directeur de la société est responsable personnellement à l'égard de la société pour son action, notamment, la malversation ou le détournement de fonds de la société ou son omission, notamment, la négligence grossière de ne pas prévenir une perte des fonds par la société[870]. La cour a défini qu'une négligence grossière est une négligence absolue de devoirs essentiels par les directeurs. La cour a décidé que les directeurs ont été coupables d'une négligence grossière, notamment les réunions n'ont pas été

[867] Hamilton v. United Laundries Corp., 10 Backes 78, 111 N.J. Eq. 78, 161 A. 347 (N.J.Ch. July 1, 1932).

[868] Hamilton v. United Laundries Corp., 161 A. 347 (N.J.Ch.1932). Voir l'Annexe n°2.809.

[869] Whitfield v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.810.

[870] Whitfield v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.811.

tenues ; les directeurs ne se sont pas informés sur les conditions ou les affaires ou la gestion de la société[871].

(2) La cour a posé que les devoirs des directeurs sont l'attention, le soin et le jugement honnête sur la gestion, la conduite et les affaires de la société d'un propriétaire de la société, ainsi que l'exercice du jugement honnête dans les meilleurs intérêts de la société et non pas dans les intérêts d'un ou de plus ou de tous les actionnaires[872]. La cour a établi que ceux qui agissent comme directeurs de la société doivent assumer les devoirs et responsabilités légaux et que leur ignorance de ces devoirs et responsabilités ne peut excuser leur échec de performance[873]. La cour a déclaré que le conseil d'administration est un organe gouvernant la société et qu'il est investi de la gestion de la propriété et des affaires de la société. La cour a affirmé que ce pouvoir réside dans les directeurs et ne peut pas être révoqué ou contrôlé par les actionnaires. La cour a rappelé que ce pouvoir doit être exercé par les directeurs, honnêtement, de bonne foi et dans – ce que les directeurs en vertu de leur jugement honnête considèrent – être les meilleurs intérêts de la société.

(3) Selon la cour, il n'y a pas de relation fiduciaire entre les actionnaires et la société et par conséquent, les actionnaires peuvent voter en vue de poursuivre leurs propres désirs égoïstes[874].

(4) La cour a conclu que les trois directeurs sont responsables personnellement à l'égard de la société[875].

148. Affaire n°6 : Smith v. Banister (1940)[876]. — L'action en justice a été intentée par les actionnaires contre la société pour saisir l'hypothèque et pour la dissolution de la société.

(1) La cour de la chancellerie a affirmé que cela n'est pas la politique des cours d'intervenir dans la gestion d'une société par les directeurs lorsque ces derniers

[871] Whitfield v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.812.

[872] Whitfield v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.813.

[873] Whitfield v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.814.

[874] Whitfeld v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.815.

[875] Whitfeld v. Kern, 184 A. 333 (N.J. Ch. 1936). Voir l'Annexe n°2.816.

[876] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940).

agissent dans la limite de leurs pouvoirs et donnent des preuves de bonne foi[877]. La cour a rappelé que les questions de politique de gestion sont laissées à la seule décision honnête des directeurs de la société[878]. Selon la cour, le jugement de la majorité des directeurs prévaut en l'absence de mauvaise foi ou d'un abus de pouvoir[879].

(2) La cour a jugé qu'en l'espèce, la question concerne uniquement les problèmes des affaires et les problèmes économiques. Donc, la cour a jugé que ces problèmes doivent être déterminés par les directeurs et non pas par la cour. En outre, la cour a établi que la demande ne contient aucune allégation de fraude, d'acte accompli en dehors des pouvoirs (*ultra vires*), d'illégalité ou de mauvaise foi. Selon la cour, les directeurs ont décidé, en connaissance de cause, de ne pas forcer la vente d'une hypothèque. La cour a conclu que la décision des directeurs est maintenue[880].

149. Etat n°5 : Connecticut (1788). — Dans le Connecticut, les arrêts exprimant la *business judgment rule*, sont, par exemple, Pratt v. Pratt, Read & Co. (1866)[881].

150. Etat n°6 : Massachusetts (1788). — Dans le Maryland, les arrêts exprimant la *business judgment rule*, sont, par exemple, Treadwell v. Salisbury Mfg. Co. (1856)[882] ; Durfee v. Old Colony & F.R.R. Co. (1862)[883].

Etat n°11 : New York (1788). — Dans le New York, un certain nombre d'arrêts expriment la *business judgment rule*, notamment, Scott v. Depeyster

---

[877] Smith v. Banister, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. 1940). Voir l'Annexe n°2.818.

[878] Smith v. Banister, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. 1940). Voir l'Annexe n°2.819.

[879] Smith v. Banister, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. 1940). Voir l'Annexe n°2.820.

[880] Smith v. Banister, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. 1940). Voir l'Annexe n°2.821.

[881] Pratt v. Pratt, Read & Co., 33 Conn. 446, 1866 WL 915 (Conn., Sep Term 1866) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, pp. 237-238, Note 1 *(§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*).

[882] Treadwell v. Salisbury Mfg. Co., 7 Gray 393, 73 Mass. 393, 1856 WL 5891, 66 Am.Dec. 490 (Mass. 1856), v. V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, p. 237 (*§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*). Voir l'Annexe n°2.823.

[883] Durfee v. Old Colony & F.R.R. Co., 5 Allen 230, 87 Mass. 230, (Mass. 1862) ; v. V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, p. 237, Note 1. V. l'Annexe n°2.824.

(N.Y.Ch. 1832)[884] ; Robinson v. Smith, (N.Y.Ch. 1832)[885] ; Cunningham v. Pell (1836)[886] ; Gaffney v. Colvill (1844)[887] ; Litchfield v. White (1850, 1852)[888] ; Butts v. Wood (1862)[889] ; Karnes v. Rochester & G.V.R. Co. (1867)[890] ; Excelsior Petroleum Co. v. Lacey (1874, 1875)[891] ; Hun v. Cary (1880)[892] ; Brinkerhoof v. Bostwick (1884)[893] ; Gernsheim v. Olcott (1889)[894] ; Gamble v. Queens County Water Co. (1889, 1890)[895] ; Pollitz v. Wabash R. Co. (1912)[896].

---

[884] Scott v. Depeyster, 1 Edw.Ch. 513, 6 N.Y. Ch. Ann. 229 (N.Y.Ch. 1832) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 552, Note 1, p. 528 *(§ 552. The Degree of Care to be exercised by Directors*). V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 561, p. 534 (*§ 561. Liability for Failure to watch over the Company's Interests*).

[885] Robinson v. Smith, 3 Paige Ch. 222, 3 N.Y. Ch. Ann. 126, 24 Am.Dec. 212 (N.Y.Ch. 1832).

[886] Cunningham v. Pell, 5 Paige Ch. 607 (1836).

[887] Gaffney v. Colvill, 6 Hill 567 (N.Y.Sup. 1844).

[888] Litchfield v. White, 5 N.Y.Super.Ct. 545, 3 Sandf. 545 (N.Y.Super. 1850) (Text not available on WESTLAW), aff'd, LITCHFIELD and others v. WHITE and LEONARD., 7 N.Y. 438, 1852 WL 5977 (N.Y. Dec 1852) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 552, Note 1, p. 528 *(§ 552. The Degree of Care to be exercised by Directors*).

[889] Butts v. Wood, 38 Barb. 181 (N.Y.Sup.Gen.Term 1862), aff'd, Butts v. Wood, 10 Tiffany 317, 37 N.Y. 317, 1867 WL 6529, 4 Transc.App. 432 (N.Y. 1867).

[890] Karnes v. Rochester & G.V.R. Co., 4 Abb.Pr.N.S. 107 (N.Y.Sup. 1867) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, pp. 237-238, Note 1 *(§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*).

[891] Excelsior Petroleum Co. v. Lacey, 3 Hun 111, 5 Thomp. & C. 305 (N.Y.Sup.Gen.Term 1874), aff'd, Excelsior Petroleum Co. v. Lacey, 18 Sickels 422, 63 N.Y. 422, 1875 WL 10898 (N.Y. 1875) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 560, note 2, p. 533 *(§ 560. Directors not responsible for an excusable Mistake of fact*).

[892] Hun v. Cary, 82 N.Y. 65 (N.Y. 1880) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 550-4, pp. 526-8. Voir l'Annexe n°2.833.

[893] Brinkerhoof v. Bostwick, 34 Hun 352 (N.Y.Sup.Gen.Term 1884), rev'd, Brinckerhoff v. Bostwick, 54 Sickels 185, 99 N.Y. 185, 1 N.E. 663 (N.Y. May 08, 1885), v. V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 550, note 2, p. 526 *(§ 550. Liability of Agents to the Corporation*).

[894] Gernsheim v. Olcott, 7 N.Y.S. 872 (N.Y.Sup. 1889), rev'd, Gernsheim v. Olcott, 10 N.Y.S. 438 (N.Y.Sup.Gen. 1890), v. S. D. THOMPSON (1842-1904), *Commentaries on the Law of Private Corporations*, Vol. I-VI, *op. cit.*, Vol. IV, § 4487, note 3, p. 3318 (*§ 4487. Equity will not Interfere on Qoestions of Corporate Management or Policy*).

[895] Gamble v. Queens County Water Co., 5 N.Y.S. 124 (N.Y.Sup.Gen.Term Mar 29, 1889), rev'd, Gamble v. Queens County Water Co., 78 Sickels 91, 123 N.Y. 91, 25 N.E. 201 (N.Y. Oct 07, 1890), v.

151. Affaire n°7 : Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins (1829)[897]. — Les directeurs de la société d'assurance ont agi en justice contre ses prédécesseurs, notamment pour manque de soin et d'attention ainsi que pour mauvaise gestion intentionnelle. La *Supreme Court of Judicature of New York* dans un arrêt de 1829, a dit que les directeurs d'une société financière sont responsables pour l'obtention et la disposition des fonds de la société ou de la propriété de la société de manière incorrecte[898].

L'arrêt Spering's Appeal a fait référence à cet arrêt. La doctrine présente cet arrêt comme un exemple de la jurisprudence selon laquelle la société peut intenter une action en dommages-intérêts contre les directeurs ou les *officers* pour une mauvaise gestion ou une négligence dans la conduite des affaires[899].

152. Affaire n°8 : Verplanck v. Mercantile Ins. Co. (1831)[900], vice-chancellier McCoun. — La cour de la chancellerie de New York, dans l'arrêt de 1831, Verplanck v. Mercantile Ins. Co., a estimé que les directeurs de la société sont les fiduciaires (*trustees*) et les actionnaires sont les bénéficiaires de cette relation fiduciaire (*trust*). Les directeurs deviennent responsables pour le manquement intentionnel aux devoirs fiduciaires ou la violation intentionnelle des devoirs fiduciaires[901].

S. D. THOMPSON (1842-1904), *op. cit*., § 4487, note 1, p. 3320 (*§ 4487. Equity will not Interfere on Qoestions of Corporate Management or Policy*).

[896] Pollitz v. Wabash R. Co., 150 A.D. 715, 135 N.Y.S. 789 (N.Y.A.D. 1 Dept. May 31, 1912), Order Modified by, Pollitz v. Wabash R. Co., 207 N.Y. 113, 100 N.E. 721 (N.Y. Dec 31, 1912), v. D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *op. cit.*, p. 9.

[897] Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130 (N.Y.Sup. 1829).

[898] Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130 (N.Y.Sup. 1829). Voir l'Annexe n°2.839.

[899] W. M. FLETCHER, *op. cit.*, Chapter 11. § 1271. Voir l'Annexe n°2.840.

[900] Verplanck v. Mercantile Ins. Co., 1 Edw.Ch. 84, 6 N.Y. Ch. Ann. 68 (N.Y.Ch. 1831).

[901] Verplanck v. Mercantile Ins. Co., 1 Edw.Ch. 84, 6 N.Y. Ch. Ann. 68 (N.Y.Ch. 1831) ; R. SPRAGUE, A. J. LYTTLE, *Shareholder Primacy and the Business Judgment Rule: Arguments For Expanded Corporate Democracy*, 16 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1 (2010), note 21. V. l'Annexe n°2.842.

153. Affaire n°9 : Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al. (1928)[902], juge (*Justice*) Frankenthaller. — La jurisprudence *Wellington Bull & Co.* confirme que les directeurs d'une société, agissant comme un organe, ont le droit de fixer la rémunération des *executive officers* et leur décision est finale[903]. Selon cette jurisprudence, la cour interviendra en cas de conflit d'intérêts, de mauvaise foi, de violation des devoirs fiduciaires, d'abus manifeste[904].

154. Affaire n°10 : Bown v. Ramsdell (1931)[905]. — En l'espèce, le conseil des directeurs et l'assemblé des actionnaires ont approuvé la vente des actifs de la société pour le prix de 166 500$, c'est-à-dire au dessus du prix moyen des offres (164 125$) et au-dessous de la valeur des actifs (600 000$). Les actionnaires ont agi contre les directeurs en responsabilité personnelle à l'égard de la société. Les actionnaires ont allégué que les directeurs ont vendu les actifs de la société pour le prix inadéquat.

(1) La cour a jugé que le degré de devoir requis a été la diligence raisonnable et le même degré de soin qu'un homme de prudence ordinaire aurait exercé dans la vente de sa propre propriété.

(2) La cour a ajouté que les directeurs ne sont pas responsables pour l'erreur du jugement, s'ils ont agi de bonne foi et honnêtement.

(3) La cour a décidé que les directeurs ont eu droit à se fier au conseil du conseiller et en le faisant ils sont protégés contre l'accusation de mauvaise foi ou de négligence.[906]

(4) La cour a décidé que les directeurs n'ont pas été responsables.

155. Affaire n°11 : Winter v. Anderson (1934)[907]. — L'actionnaire minoritaire de la société *Niagara Share Corporation of Maryland* a agi en son nom et pour le profit

---

[902] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928).

[903] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 230 N.Y.S. 122, 128 (N.Y. Sup. 1928). Voir l'Annexe n°2.844.

[904] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 512, 230 N.Y.S. 122, 128 (N.Y. Sup. July 5, 1928). Voir l'Annexe n°2.845.

[905] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931).

[906] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 366-367, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931). Voir l'Annexe n°2.847.

des autres actionnaires de la société en responsabilité personnelle à l'égard de la société contre les *officers*, directeurs et actionnaires majoritaires de la société pour avoir approuvé différentes transactions.

(1) La cour a rappelé que (i) les *officers* et les directeurs de la société occupent des positions fiduciaires (*trust*) à l'égard de la société et des actionnaires ; (ii) qu'ils sont tenus d'agir avec fidélité et de bonne foi ultime ; (iii) qu'ils sont requis de surveiller et prendre soin de la propriété de la société et de gérer ses affaires avec le même degré de loyauté et de dévouement que les hommes de prudence moyenne appliquent à leurs propres affaires personnelles ; (iv) qu'ils doivent subordonner leurs intérêts individuels et privés à leur devoir envers la société chaque fois que les deux sont en conflit ; et enfin (v) qu'ils ne peuvent pas tirer un profit personnel ou un autre avantage en raison de leur position, qui n'est pas joui par l'ensemble des actionnaires[908]. Ils peuvent être responsables envers la société ou ses actionnaires pour la violation de ces devoirs, résultant en une perte et en un gaspillage des actifs de l'entreprise[909].

(2) La cour a rappelé que la responsabilité est limitée aux actes frauduleux, malhonnêtes ou de collusion des *officers* ou des directeurs, qui résultent en une perte pour la société et ne peut être invoquée pour une simple erreur de jugement ou un manque d'efficacité de leur part. Le pouvoir et l'autorité des directeurs pour gérer et conduire les affaires de la société sont absolus, tant qu'ils agissent conformément à leur meilleur jugement, et, en l'absence d'objectif de malhonnêteté, de fraude ou de mauvaise foi, de négligence tellement grossière au point de constituer un abus de confiance, leur discrétion ne sera pas examinée par la cour dans une action mettant en cause leur conduite[910].

(3) La cour a rappelé la règle énoncée par le juge Collin dans Pollitz v. Wabash R. Co., selon laquelle les « questions de politique de la gestion, de l'opportunité des contrats ou des actions, l'adéquation de la considération, l'appropriation légitime des

---

[907] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[908] Winter v. Anderson, 275 N.Y.S. 373, 376 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934). Voir l'Annexe n°2.850.

[909] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373, 375-376 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934). Voir l'Annexe n°2.849.

[910] Winter v. Anderson, 275 N.Y.S. 373, 376-377 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934). Voir l'Annexe n°2.851.

fonds de la société pour faire avancer les intérêts de la société, sont laissées seulement (exclusivement) à [la] décision honnête et désintéressée [des directeurs], pour laquelle leurs pouvoirs y sont sans limite et sans contrainte, et dont l'exercice visant les intérêts communs et généraux de la société ne peut pas être remis en question, bien que les résultats démontrent que ce qu'ils faisaient était imprudent ou inopportun»[911].

(4) La cour a rappelé aussi la règle énoncée par le juge Gray dans l'arrêt, Leslie v. Lorillard, selon laquelle dans « les actions par les actionnaires, qui assaillent les actes de leurs directeurs ou des fiduciaires, les cours n'interviendront pas à moins que les pouvoirs soient illégalement ou sans conscience exécutés ou s'il peut apparaître que les actes étaient frauduleux ou de collusion et destructeurs des droits des actionnaires. De seules erreurs de jugement ne sont pas suffisantes comme fondement d'une interférence de l'équité, car les pouvoirs des personnes chargées de la gestion de la société sont largement discrétionnaires »[912].

(5) La cour a dit que les directeurs ne sont pas responsables faute de fraude, de mauvaise foi ou d'illégalité de ces transactions.

156. Affaire n°12 : Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al. (1940)[913]. — Il s'agit de l'action dérivée des actionnaires en leur nom et au nom de la société contre les directeurs et les *officers* de la société pour la violation du devoir fiduciaire (*derivative action*).

(1) La question était de savoir si les directeurs auraient dû construire une raffinerie de barils de 48 000 en une unité ou en deux unités ou s'ils auraient dû construire une raffinerie de 24 000 barils et conclure un contrat de traitement pour le raffinage du reste des besoins de la société pour une période de trois ans. La cour a dit qu'elle ne pouvait pas substituer son propre jugement à celui des directeurs. Selon la cour, les directeurs sont confiés la gestion des affaires de la société, et si au cours de la gestion, ils prennent certaines décisions d'affaires en bonne foi, ce n'est pas la fonction de la cour de dire qu'ils auraient dû agir différemment.

---

[911] Voir l'Annexe n°2.852.

[912] Voir l'Annexe n°2.853.

[913] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940).

(2) La cour a rappelé qu'en examinant la bonne foi des directeurs dans la prise de la décision d'affaires, la cour peut seulement prendre en considération l'état des faits existants au moment où les directeurs ont pris leur décision. Les faits qui se sont produits par la suite ne peuvent pas former la base pour la conclusion de la cour, à moins qu'ils puissent raisonnablement être prévus avec certitude. La sagesse rétrospective (*hindsight*) ne peut pas se substituer à une décision d'affaires basée uniquement sur la prévision. Selon la cour, cela a toujours été la règle en ce qui concerne la responsabilité des directeurs dans les actions des actionnaires minoritaires. La cour a cité la jurisprudence de l'Etat de New York et du Delaware[914].
(3) Selon la cour, les directeurs ont droit à une présomption que leurs actes et jugements relatifs à la raffinerie étaient honnêtes et qu'ils étaient motivés par la bonne foi. Si aucune allégation n'est faite que l'un des défendeurs a profité financièrement de la transaction, la charge de la preuve reste sur le demandeur de renverser cette présomption, en démontrant, par une prépondérance de la preuve, leur faute (*miscoduct*). La cour a cité les deux arrêts rendus dans l'Etat de New York et un arrêt rendu dans l'Etat du Delaware[915]. On voit que la présomption joue en l'absence d'un conflit d'intérêt, en l'espèce, en l'absence d'un avantage particulier personnel.
(4) La cour a cité l'extrait de l'arrêt Gamble v. Queens County Water Corporation[916]. La cour a utilisé le terme présomption. On pense que la cour a pu emprunter ce terme à l'un des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware qu'elle a cités.

157. Affaire n°13 : Everett v. Phillips (1941)[917]. — Selon la cour, c'est aux directeurs qu'il appartient de déterminer, dans l'exercice de leur jugement sur l'affaire, si la société, *Empire Power Corporation*, devrait prendre des mesures immédiates afin de recueillir ou de réduire l'endettement. En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, la cour n'interférera pas avec le contrôle d'une société, en particulier

[914] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 695 21 N.Y.S.2d 651, 737-738 (N.Y. Sup. June 8, 1940). Voir l'Annexe n°2.855.

[915] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 695, 21 N.Y.S.2d 651, 738 (N.Y. Sup. June 8, 1940). Voir l'Annexe n°2.856.

[916] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 695-696, 21 N.Y.S.2d 651, 738 (N.Y. Sup. June 8, 1940). Voir l'Annexe n°2.857.

[917] Everett v. Phillips, 261 A.D. 1082, 26 N.Y.S.2d 881 (N.Y. A.D. 2d Dept. April 7, 1941).

lorsque, comme en l'espèce, aucune perte n'a été subie et la preuve démontre que le prêt ou l'investissement est sûr et donne un rendement juste[918].

158. Affaire n°14 : Hayman et al. v. Brown et al. (1941)[919]. — Les actionnaires minoritaires de la société, *Mexican Northern Railway Company*, ont intenté une action pour forcer la dissolution de la société et la liquidation de ses actifs (*derivative action*). La société est solvable.

(1) Selon la cour, le droit est clair. La cour ne peut pas interférer avec l'exercice honnête du jugement sur l'affaire du conseil des directeurs. La cour ne peut pas substituer son jugement sur les politiques d'affaires d'une société à celui des directeurs chargés de la responsabilité de la conduite des affaires de cette société. La cour agit uniquement lorsqu'elle est confrontée à une faute frauduleuse (*fraudulent misconduct*) ou une mauvaise foi. La cour a cité l'arrêt Blaustein v. Pan American Petroleum & Transport Co.

(2) La cour a décidé que la présomption d'honnêteté d'une action et d'un motif de la part des directeurs défendeurs n'est pas surpassée par la preuve présentée au procès[920]. La cour a utilisé l'expression la présomption d'honnêteté. La cour a cité la jurisprudence Blaustein (1940) utilisant le terme la « présomption » et la jurisprudence du Delaware – Karasik (1935) utilisant l'expression la « présomption d'honnêteté ».

159. Affaire n°15 : Weinberger v. Quinn et al. (1942), *Justice* Callahan[921]. — En l'espèce, un actionnaire minoritaire possédant 50 actions sur 7 818 959 émises, a intenté une action pour forcer les défendeurs à prendre une décision d'affaire, c'est-à-dire ne pas distribuer les dividendes mais de payer la dette (*derivative action*).

---

[918] Everett v. Phillips, 26 N.Y.S.2d 881, 883 (N.Y. A.D. 2d Dept. 1941). Voir l'Annexe n°2.859.

[919] Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941).

[920] Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 177-178, 26 N.Y.S.2d 898, 899-900 (N.Y. Sup. April 16, 1941). Voir l'Annexe n°2.861.

[921] Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942), *justice* Callahan.

Le demandeur a allégué que la société, *Electric Bond and Share Company*, a dominé et contrôlé la société (par la propriété des actions). La société, *Electric Bond and Share Company*, a donné le crédit à la société *United*.

La cour a dit que la détermination des questions telles que la déclaration et le paiement de dividendes appartient aux directeurs d'une société. Les directeurs sont tenus de prendre dûment en considération les affaires d'une société. Une décision sur une telle question relève des pouvoirs discrétionnaires des directeurs et ne sera pas interférée par les cours[922].

Les cours n'examinent pas les questions de simples jugements d'affaires. Pour que la cour puisse interférer, les faits démontrant la mauvaise foi ou une autre violation du devoir doivent être allégués[923].

La cour a vérifié si le paiement des dividendes a été légal. La cour a déclaré que la détermination de savoir si ce paiement est sage ou non n'est pas une matière pour une détermination juridique[924].

160. Affaire n°16 : Oshrin v. Celanese Corporation America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. Sept. 4, 1942)[925], *Justice* Hecht — Il s'agit de l'action d'un actionnaire, Oshrin, au nom de la société (*derivative action*), Celanese Corporation of America, contre notamment la déclaration des dividendes. La cour a vérifié la légalité de la déclaration et a confirmé la jurisprudence Weinberger v. Quinn[926].

161. Affaire n°17 : Simon v. Socony-Vacuum Oil Company (1942)[927], *Justice* Benvenga. — Les actionnaires ont intenté une action au nom de la société (*derivative*

[922] Weinberger v. Quinn et al., 35 N.Y.S.2d 567, 570 (N.Y. Sup. 1942). Voir l'Annexe n°2.863.

[923] Weinberger v. Quinn et al., 35 N.Y.S.2d 567, 570-571 (N.Y. Sup. 1942). Voir l'Annexe n°2.864.

[924] Weinberger v. Quinn et al., 35 N.Y.S.2d 567, 571 (N.Y. Sup. 1942). Voir l'Annexe n°2.865.

[925] Oshrin v. Celanese Corporation America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. Sept. 4, 1942), *Justice* HECHT.

[926] Oshrin v. Celanese Corp. America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.867.

[927] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

action) en responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société. Le conseil des directeurs a acheté de gaz en violation de l'acte de *Sherman Anti-Trust Act*[928].

La question était de savoir si les directeurs, en commettant non-intentionnellement un acte qui était illégal, ont violé leur devoir à l'égard de la société.

La Cour suprême de New York County (*Supreme Court - Special Term*) a dit que la preuve ne démontre pas que les directeurs ont agi avec fraude, négligence, corruption ou mauvaise foi. De même, la cour a déclaré que la preuve ne démontre pas que les directeurs ont eu connaissance ou ont eu la raison de croire que le programme d'achat avait violé la loi Sherman. De même, elle a dit que la preuve ne démontre pas qu'ils ont tiré un profit ou avantage personnel aux dépens de la société. Ainsi, les directeurs ont eu droit à la présomption que leurs actions étaient justes ou honnêtes. La cour a cité l'arrêt Blaustein v. Pan American Petroleum & Transport Corporation[929].

La cour a affirmé qu'il est essentiel que les directeurs exercent un soin raisonnable dans la gestion des affaires de la société, c'est-à-dire avec le même degré de soin qu'un homme d'affaires de prudence ordinaire exerce en général dans la gestion de ses propres affaires. Si les directeurs ne parviennent pas à utiliser un tel soin, ils sont redevables des dommages-intérêts[930].

La cour a ajouté que si les directeurs agissent de bonne foi et exercent le soin raisonnable dans la performance de leurs devoirs, ils ne sont pas responsables des erreurs de droit ou de fait[931].

Les actionnaires ont allégué que les directeurs sont responsables d'avoir commis un acte illégal de manière non-intentionnelle, même s'ils ont agi de bonne foi et avec le soin raisonnable.

La cour a décidé que les directeurs n'ont pas excédé leur autorité ou l'autorité de la société en connaissance de cause, de même qu'ils n'ont pas connu ou ils n'ont pas eu raison de croire que leur participation dans le programme d'achat était interdit par la loi Sherman (*Sherman Act*). C'est pourquoi, ils ne peuvent pas être responsables.[932]

---

[928] Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.869.

[929] Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.870.

[930] Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.871.

[931] Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.872.

[932] Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. 1942). V. l'Annexe n°2.873.

La cour a utilisé les termes la « présomption » ou l'« interférence » de manière interchangeable.

162. Affaire n°18 : Hoffman v. Abbott et al. (1943)[933], *Justice* Shientag. — En l'espèce, les actionnaires ont intenté une action au nom de la société (*derivative action*), *General Electric Company*, en responsabilité personnelle des directeurs et *officers* de cette société, notamment pour les pertes causées à la société par ses actions. Les actionnaires ont allégué, par exemple, que les directeurs et *officers* n'ont pas fait dépenser à la société un montant important d'argent pour les annonces dans les journaux justifiant leurs actions.

La cour dit qu'il n'y a rien à démontrer et que la décision de publier les annonces n'a pas été faite dans l'exercice d'un bon jugement sur l'affaire (*good business judgment*). Les défendeurs ont été justifiés dans la défense de la société contre les accusations qu'ils ont, dans l'exercice de leur jugement, considéré comme faux. Avec l'exercice de ce jugement, cette cour n'interférera pas[934].

163. Affaire n°19: Marony et al. v. Applegate et al. (1943)[935], *Justice* Callahan. — Les actionnaires ont intenté une action au nom de la société, *New York Transit Company*, pour eux-mêmes et pour le bénéfice de tous les autres actionnaires (*derivative action*) en responsabilité personnelle des directeurs et *officers*, par exemple, pour l'argent que la société a payé de manière incorrecte.

L'*appellate cour* a affirmé que la règle générale est qu'en l'absence de tout conflit d'intérêts, si une matière de l'affaire de la société est décidée par les directeurs comme le résultat d'un jugement sur l'affaire honnête (*honest business judgment*), les cours n'interféreront pas[936].

La cour a décidé qu'il n'y a eu ni fraude, ni mauvaise foi. La cour a constaté que les directeurs n'ont pas tiré un profit ou un avantage personnel. Selon la cour, la

[933] Hoffman v. Abbott et al., 180 Misc. 590, 40 N.Y.S.2d 521 (N.Y. Sup. March 2, 1943).

[934] Hoffman v. Abbott et al., 180 Misc. 590, 595, 40 N.Y.S.2d 521, 526 (N.Y. Sup. March 2, 1943).

[935] Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943).

[936] Marony v. Applegate, 42 N.Y.S.2d 768, 778-9 (N.Y. A.D. 1 Dept. 1943). V. l'Annexe n°2.877.

répartition des dépenses communes n'a pas été faite de manière équitable[937]. La cour a dit qu'en considérant tous les éléments de l'affaire, la *business judgment rule* serait applicable.[938] La cour a ajouté que si les directeurs de la société ont démontré qu'ils étaient guidés par les nécessités financières de la situation et non par une arrière-pensée (un motif secret/dissimulé), et qu'ils ont essayé de servir fidèlement les intérêts de leur propre société, et pas uniquement les besoins financiers des autres sociétés du groupe au détriment de leur société, ils doivent être protégés dans leurs actions et décisions.[939] La cour a cité l'arrêt, Gamble v. Quenns County Water Corporation[940].

Il s'agit du premier arrêt qui a utilisé l'expression la *business judgment rule*. Il n'a pas formulé la définition de ce terme.

164. Affaire n°20 : Mann v. Luke (1943)[941], *Justice* Bernstein. — Les actionnaires ont intenté une action en responsabilité au nom de la société (*derivative action*) *West Virginia Pulp & Paper Company* contre les directeurs et les *officers* de la société pour rémunération incitative.

La Cour suprême (*Supreme Court*) a affirmé que le demandeur pouvait obtenir une révision judiciaire d'un mauvais calcul[942]. Elle a ajouté que les directeurs sont responsables des sommes versées à eux-mêmes ou pour autrui en raison de ces mauvais calculs, indépendamment de la bonne foi ou de l'absence de fraude ou de négligence[943].

Dans une telle action, la soi-disant règle du jugement sur affaire qui nie à la cour le droit de demander aux directeurs de rendre compte pour effectuer des paiements excessifs effectués (Rous v. Carlisle) ou pour l'exercice d'un choix (Weinberger v. Quinn) ne s'applique pas[944].

---

[937] Marony v. Applegate, 42 N.Y.S.2d 768, 779 (N.Y. A.D. 1 Dept. 1943). Voir l'Annexe n°2.878.

[938] Marony v. Applegate, 42 N.Y.S.2d 768, 779 (N.Y. A.D. 1 Dept. 1943). Voir l'Annexe n°2.879.

[939] Marony v. Applegate, 42 N.Y.S.2d 768, 779 (N.Y. A.D. 1 Dept. 1943). Voir l'Annexe n°2.880.

[940] Marony v. Applegate, 42 N.Y.S.2d 768, 779-780 (N.Y. A.D. 1 Dept. 1943).V. l'Annexe n°2.880.

[941] Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943).

[942] Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202, 207 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943). Voir l'Annexe n°2.883.

[943] Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202, 207 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943). Voir l'Annexe n°2.884.

[944] Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202, 207 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943). Voir l'Annexe n°2.885.

165. Affaire n°21 : Bayer v. Beran (1944)[945], *Justice* Shientag. — Les actionnaires ont intenté une action (*derivative action*) en responsabilité personnelle des directeurs et *officers* à l'égard de la société *Celanese Corporation of America* pour les deux transactions, c'est-à-dire les programmes de publicité à la radio et la rémunération du vice-président et du directeur.

(1) La cour a dit, notamment que les directeurs de la société ne sont pas les *trustees* et ne sont pas tenus à la responsabilité « stricte » en tant que tels. Néanmoins, leurs obligations sont analogues à celles des *trustees*. Ils sont les agents, ils sont les fiduciaires. Le fiduciaire a deux obligations primordiales, à savoir la responsabilité et la loyauté. Ces obligations s'appliquent avec la même force à un agent ou à un courtier humble et au directeur d'une grande et puissante société. Elles sont au fondement même de tout système de libre entreprise privée et sont aussi importantes. La responsabilité, c'est le soin et la diligence nécessaires pour un agent ou un fiduciaire[946].

(2) Selon la cour, le concept de loyauté et de fidélité absolue a une signification précise. Le fiduciaire doit subordonner ses intérêts individuels et privés à son devoir à la société chaque fois que les deux sont en conflit. La cour a cité la jurisprudence Winter v. Anderson. La cour a cité aussi le *Justice* Stone selon lequel le principe fiduciaire de loyauté indivisé est le précepte vieux comme l'Écriture sainte qui dit que « l'homme ne peut pas servir deux maîtres ». Selon le *Justice* Stone la séparation entre la propriété et la gestion exige l'application du principe de loyauté[947].

(3) La cour a dit que le directeur n'est pas un assureur. Il n'est pas appelé à utiliser un extraordinaire degré de soin et de prudence. Cependant, le directeur ne peut pas agir comme un mannequin ou une figure de proue (*figurehead*). Il est appelé à utiliser le soin que l'on pourrait exiger dans des situations similaires dans la conduite de ses propres affaires[948].

---

[945] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[946] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (5). Voir l'Annexe n°2.887.

[947] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (5). Voir l'Annexe n°2.888.

[948] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (5). Voir l'Annexe n°2.889.

(4) Le directeur d'une société dispose d'une grande latitude d'action. La loi ne cherche pas à le priver d'initiative et d'audace. Les directeurs sociaux peuvent prendre des risques qu'un homme prendrait dans ses propres affaires. Livrés à une grande latitude, les directeurs sociaux ne seront pas responsables des erreurs honnêtes de jugement. La loi n'interférera pas dans les affaires internes d'une société tant qu'elle est gérée par ses directeurs de façon libre, honnête, non-influencée par des intérêts personnels ou par des considérations autres que le bien-être de la société[949].

(5) Selon la cour, pour favoriser la liberté d'action de la part des directeurs ou pour décourager l'interférence avec l'exercice de leur jugement libre et indépendant, il a grandi ce qu'on appelle la *business judgment rule*. La cour a cité de nombreux arrêts. Elle a ajouté que les directeurs ne sont pas responsables pour la négligence en l'absence de fraude, de motif illégitime ou d'intérêt personnel sauf les cas extraordianires[950].

(6) La *business judgment rule* cède devant la règle de loyauté absolue. En cas de conflits d'intérêts, les directeurs doivent prouver non seulement la bonne foi, mais aussi la justice de la transaction[951].

(7) La cour a décidé que les directeurs ont agi de façon libre et honnête, et que leur conduite dans les transactions contestées ne constituent pas une négligence, un gaspillage (*waste*) ou une imprévoyance (*improvidence*)[952].

166. Affaire n°22 : Casey v. Woodruff (1944)[953], *Justice* Shientag. — M. Bernard E. Casey, un actionnaire de la société, *Erie Railroad Company*, a intenté une action, en son nom et au nom des autres actionnaires, ainsi qu'une action au nom de la société, en responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société pour certaines transactions financières.

(1) La cour a déclaré que les erreurs dans l'exercice du jugement des affaires honnête ne soumettent pas les directeurs à la responsabilité pour la négligence dans le

[949] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (5-6). Voir l'Annexe n°2.890.

[950] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (6). Voir l'Annexe n°2.891.

[951] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (6).

[952] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) (15). Voir l'Annexe n°2.893.

[953] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

décharge de leurs devoirs fiduciaires. Le standard est celui de diligence raisonnable et non pas celui de diligence extraordianire. La cour a cité, par exemple, la jurisprudence Hun v. Cary ou Briggs v. Spaulding[954].

(2) La cour a rappelé que les directeurs sont chargés (*are entrusted*) de la gestion des affaires de la voie ferrée (*railroad*). S'ils prennent une décision raisonnable et s'ils agissent de bonne foi, de façon indépendante et non-influencée, avec une croyance honnête dans les meilleurs intérêts de la société, il n'appartient pas à la cour de dire qu'il aurait fallu agir différemment et de mettre en cause la responsabilité des directeurs pour une perte subie[955].

(3) Selon la cour, la loi reconnaît qu'un directeur fera des erreurs, mais s'il est honnête et utilise la diligence raisonnable, il sera dégagé de toute responsabilité. La cour a cité les deux arrêts, pour rappeler que le jugement doit se limiter aux faits au moment de la prise de décision[956].

(4) Selon la cour, le concept de la négligence ne varie pas et il est le même dans une simple action de blessures ou de la responsabilité des directeurs dans la gestion des affaires de leur société. Le degré d'un devoir requis pour un piéton ou pour un directeur est la prudence raisonnable et ordinaire[957].

(5) La cour a expliqué la relation entre la *business judgment rule* et le concept de négligence. Selon la cour, il n'y a pas de conflit entre les deux. Lorsque la cour dit qu'elle n'interférera pas dans les matières du jugement des affaires, il est présupposé que la diligence raisonnable, l'honnêteté et l'impartialité ont été présentes[958].

(6) La cour a décidé qu'en l'espèce, il n'y a pas de négligence de la part des directeurs et que les directeur n'ont pas violé leurs devoirs fiduciaires. La cour a constaté que les directeurs ont agi de façon diligente et informée, honnête et de bonne foi, avec la loyauté, le soin et l'attention[959]. La cour a cité la jurisprudence anglaise et américaine, entre autres, Kavanaugh Trust Co. v. Commonwealth et Pollitz v. W*ABA*sh R.

---

[954] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 642 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.895.

[955] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 642-643 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.896.

[956] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 643 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.897.

[957] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 643 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.898.

[958] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 643 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.899.

[959] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 643-644 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.900.

Corporation[960] et Forest of Dean Coal Mining Corporation[961].
(7) La cour a utilisé l'expression la *business judgment rule* pour qualifier la situation dans laquelle la cour n'interférera pas dans les matières du jugement sur l'affaire.

167. Affaire n°23 : Dumont v. Raymond (1944)[962], *Justice* Deyo. — Les actionnaires ont intenté une action au nom de la société, Lyon-Raymond Corporation, et en leur nom propre contre les directeurs et *officers* de la société.
La cour lie la *business judgment rule* et la proposition selon laquelle la cour ne substituera pas son jugement à celui des directeurs et *officers*. Selon la cour, la règle ne s'applique que si les directeurs ou *officers* ont agi de bonne foi et s'ils ont exercé le soin raisonnable et sauf en cas de fraude. La cour a cité la jurisprudence Everett v. Phillips et Kalmanash v. Smith[963].

168. Etat n°12 : North Carolina (1789). — Dans la Caroline du Nord, la *business judgment rule* est trouvée dans, par exemple, l'arrêt Lord v. Governor and Company of Copper Miners (1848)[964].

169. Etat n°15 : Kentucky (1792). — Dans le Kentucky, la *business judgment rule* est trouvée dans un certain nombre d'arrêts, par exemple, Lexington & O.R. Co. v. Bridges, (1847)[965] ; Dudley v. Kentucky High School (1873)[966] ; Dunn's Adm'r v.

[960] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 644 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.901.

[961] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625, 647 (N.Y. May 15, 1944). Voir l'Annexe n°2.902.

[962] Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[963] Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944). Voir l'Annexe n°2.904.

[964] Lord v. Governor and Company of Copper Miners (1848) 2 Ph. 740.

[965] Lexington & O.R. Co. v. Bridges, 7 B.Mon. 556, 46 Ky. 556, 1847 WL 2872, 46 Am.Dec. 528 (Ky. Sep 24, 1847).

[966] Dudley v. Kentucky High School, 9 Bush 576, 72 Ky. 576, 1873 WL 6664 (Ky., Jun 25, 1873) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, pp. 237-238, *(§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*).

Kyle's Ex'r (1878)[967] ; Batchelor v. Planters' Nat. Bank, 78 Ky. 435, 1880 WL 7228 (Ky. Apr 09, 1880)[968].

170. Etat n°17 : Ohio (1803). — Dans l'Ohio, la *business judgment rule* est trouvée dans un certain nombre d'arrêts, par exemple, Taylor v. Miami Exporting Co. (1831)[969] ; Wadsworth v. Davis (1862)[970] ; Sims v. Street R. Co. (1882)[971] ; Callahan v. Owen Steel Crane Co.(1912)[972] ; Roderick v. Canton Hog Ranch Co. (1933)[973].

171. Etat n°18 : Louisiane (1812). — Dans la Louisiane, la *business judgment rule* est trouvée dans un certain nombre d'arrêts.

---

[967] Dunn's Adm'r v. Kyle's Ex'r, 14 Bush 134, 77 Ky. 134, 1878 WL 7998 (Ky. Apr 12, 1878) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 552, Note 1, p. 527 (*§ 552. The Degree of Care to be exercised by Directors*), § 561, Note 2, p. 534 (*§ 561. Liability for Failure to watch over the Company's Interests*).

[968] Batchelor v. Planters' Nat. Bank, 78 Ky. 435, 1880 WL 7228 (Ky. Apr 09, 1880) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 561, Note 2, p. 534 (*§ 561. Liability for Failure to watch over the Company's Interests*).

[969] Taylor v. Miami Exporting Co., 5 Ohio 162, 1831 WL 57, 22 Am.Dec. 785, 5 Hammond 162 (Ohio Dec Term 1831).

[970] Wadsworth v. Davis, 13 Ohio St. 123, 1862 WL 1 (Ohio Dec Term 1862), G. P. KUSHNER, *A Survey of the Ohio Courts' Application of the Business Judgment Rule – Fortifying the Shield for Corporate Directors*, 15 U. Dayton L. Rev. 511 1989-1990, p. 511, Note 1.

[971] Sims v. Street R. Co., 37 Ohio St. 556, 1882 WL 21 (Ohio Jan Term 1882) ; v. En l'espèce, le conseil des directeurs approuva la vente des actions à un président-directeur. La cour décida qu'elle n'interférerait pas sauf fraude ou violation de confiance (*breach of trust*).
La critique est que la transaction eu lieu entre la société et le président-directeur. ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, pp. 237-238 (*§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*) ; G. P. KUSHNER, *A Survey of the Ohio Courts' Application of the Business Judgment Rule – Fortifying the Shield for Corporate Directors*, *ibid*.

[972] Callahan v. Owen Steel Crane Co., 41 Ohio C.C. Dec. 183 (1912).

[973] Roderick v. Canton Hog Ranch Co., 46 Ohio App. 475, 189 N.E. 669, 16 Ohio Law Abs. 462, 40 Ohio Law Rep. 28 (Ohio App. 5 Dist. Oct 18, 1933) ; v. G. P. KUSHNER, *A Survey of the Ohio Courts' Application of the Business Judgment Rule – Fortifying the Shield for Corporate Directors*, *ibid*.

172. Affaire n°24 : Faurie & Al. v. Millaudon & Al. (1825)[974], *Justice* Martin. — La Cour suprême de Louisiane a dit que les directeurs de la banque Planters' Bank, sont responsables personnellement à l'égard des actionnaires pour la perte causée par leur fraude ou mauvaise gestion. Cependant, les actionnaires ont droit à un montant dû qui reste après le paiement des dettes[975].

La doctrine qui traite la *business judgment rule* dans l'Etat de Louisiane a cité cet arrêt pour illustrer les facteurs qui déterminent si une action ou une omission constitue la violation d'un devoir fiduciaire[976].

173. Affaire n°25 : Percy v. Millaudon (1829)[977], *Justice* Porter. — En l'espèce, la banque *Planter's Bank*, a souffert une perte. La cour de première instance a décidé que la perte a été imputable à la mauvaise gestion du président, Paul Lanusse, et du caissier, Bailly Blanchard, qui s'est suicidé, mais non pas des directeurs. Les actionnaires de la banque ont interjeté l'appel. Les demandeurs ont allégué que les directeurs, Laurent Millaudon, Josep Abat et Jean Lanna, devaient à la banque, 451 000$ pour la conduite frauduleuse et infidèle. La Cour suprême de Louisiane a renversé le jugement de première instance[978].

La question était de savoir si les directeurs ont été responsables pour la perte subie par la banque.

La Cour suprême de Louisiane a exposé les devoirs des directeurs d'une banque et leur responsabilité[979].

---

[974] Faurie & Al. v. Millaudon & Al., 3 Mart.(n.s.) 476, 1825 WL 1300 (La.) (La. March Term 1825).

[975] Faurie & Al. v. Millaudon & Al., 3 Mart.(n.s.) 476, 1825 WL 1300 (La.), (2) (La. March Term 1825). Voir l'Annexe n°2.916.

[976] Th. M. McEACHIN, *op. cit.*, pp. 379-380. J. S. HOLLIDAY, Jr., R.J. NORMAN, *Louisiana Practice Series*, *Database updated November 2012*, *Louisiana Corporations*, *Chapter 7. Directors and Officers*, *XVIII. Liability of Directors and Officers*, *§ 7:181. Mistakes and business judgment rule*, *1 La. Prac. Corp. § 7:181 (2012-2013 ed.)*. Voir l'Annexe n°2.917.

[977] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[978] R. SPRAGUE, A.J. LYTTLE, *Shareholder Primacy and the Business Judgment Rule: Arguments for Expanded Corporate Democracy*, 16 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1 (2010). V. l'Annexe n°2.919.

[979] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (4). V. l'Annexe n°2.920.

(1) Selon la Cour suprême, les directeurs sont les agents ou les mandataires des actionnaires.[980]

(2) En vertu des dispositions du code civil de Louisiane, les agents sont responsables non seulement pour l'infidélité dans la gestion des affaires qui leur sont confiées, mais aussi pour leur faute[981]. Il doit s'agir du code civil de 1825[982]. Les dispositions citées semblent s'inspirer du Code civil français de 1804, et en particulier, de l'article 1992, qui dispose que « le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion ».

(3) Selon la cour, pour déterminer si un agent a commis une faute, il faut examiner s'il a exercé la diligence et le soin nécessaires[983]. Cette diligence et ce soin doivent dépendre de la nature de l'engagement[984]. La Cour suprême de Louisiane a décidé que les directeurs[985] et les *officers*[986] de la banque devaient exercer le soin et l'attention ordinaire[987].

(4) La Cour suprême de Louisiane a synthétisé l'extrait du traité de Pothier sur le mandat de la façon suivante :

« It is said by a writer of great authority who treats of the doctrine of mandate, that the mandatory cannot excuse himself by alleging a want of ability to discharge the trust

---

[980] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3). V. l'Annexe n°2.921.

[981] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3). V. l'Annexe n°2.922.

[982] Pour plus d'informations, v. A. N. YIANNOPOULOS, *The Civil Codes of Louisiana*, 1 Civ. L. Comment. 1 (2008) http://www.civil-law.org/v01i01-Yiannopoulos.pdf (la dernière visite: le 30 août 2013).

[983] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3). V. l'Annexe n°2.924.

[984] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3). V. l'Annexe n°2.925.

[985] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) ; (3) R. SPRAGUE, A.J. LYTTLE, *op. cit.*, 16 Stan. J.L. Bus. & Fin. 1 (2010). Voir l'Annexe n°2.926.

[986] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829), (3). V. l'Annexe n°2.927.

[987] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829), (3). V. les Annexes nos 2.928 et 2.929.

undertaken. That it will not be sufficient for him to say he acted to the best of his ability, because he should have formed a more just estimate of his own capacity before he engaged himself. That, if he had not agreed to become the agent, the principal could have found some other person willing and capable of transacting the business correctly»[988].

Le n°48 de ce traité est rédigé de la façon suivante :

« Si le mandataire n'était pas capable de l'habileté qui était nécessaire pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, serait-il tenu du tort qu'il a causé au mandant dans la gestion de l'affaire par son défaut d'habileté ? La raison de douter est, qu'on ne doit exiger de personne l'impossible. La raison de décider qu'il en est tenu, est qu'on ne doit pas exiger, à la vérité, du mandataire une habilité qu'il n'a pas ; ce serait exiger de lui impossible ; mais qu'on a droit d'exiger qu'il consulte ses forces avant que de se charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Il est donc en faute de ne les avoir pas consultées, et de s'être chargé d'une affaire qui surpassait ses forces […] Spondet diligentiam et industriam negotio gerendo parem. »[989] « Il doit par conséquent être tenu du tort qu'il a causé au mandant, en s'en chargeant, en se faisant tort d'une habilité qu'il n'avait pas. En paraissant vouloir rendre service au mandant, il a induit en erreur le mandant, qui aurait pu gérer l'affaire comme il faut, ou par lui-même, ou par un autre, s'il n'eût pas compté sur ce mandataire imprudent »[990].

Il semble que la cour a critiqué Pothier de la façon suivante :

« This doctrine, if sound, would make the attorney in fact responsible for every error in judgment, no matter what care and attention he exercised in forming his opinion.

---

[988] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3) ; v. R. J. POTHIER, *Le traité du mandat*, dans *Œuvres de Pothier*, annotées et mises en correlation avec le code civil et la legislation actuelle / par M. Bugnet. vol.5 (Paris: Videcoq Père et fils, 1847), disponible sur www.hathitrust.org (La dernière visite le 24 janvier 2013), *Traité du mandat*, Chapitre 2 (Des obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît), Art. II (Du soin que doit apporter le mandataire à l'affaire qui fait l'objet du mandat), n°48, p. 189. V. l'Annexe n°2.930.

[989] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°48, p. 189.

[990] R. J. POTHIER, *ibid.*

It would make him liable to the principal in all doubtful cases, where the wisdom or legality of one or more alternatives was presented for his consideration no matter how difficult the subject was.

And if the embarrassment, in the choice of measures, grew out of a legal difficulty, it would require from him knowledge and learning, which the law only presumes in those who have made the jurisprudence of their country the study of their lives, and which knowledge often fails in them from the instrinsic difficulty of the subject, and the fallibility of human judgment »[991]

Cependant, Pothier a continué de la façon suivante :

« Ce que nous avons dit ci-dessus, que le mandataire est tenu de toutes les fautes qu'il commet dans la gestion, de quelque espèce qu'elles soient » ne doit pas s'entendre en se sens, que « indistinctement de toutes sortes d'affaires, le mandataire soit tenu d'apporter le soin dont les hommes les plus diligents et les plus attentifs sont capables, et qu'il soit toujours tenu de *levissimâ culpa* ; mais cela doit s'entendre en ce sens, qu'il doit apporter tout le soin, toute l'habileté que demande la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat ; et qu'en conséquence il est tenu des fautes qu'il fait dans la gestion, même des plus légères, de *levissimâ culpa*, non pas indistinctement, mais suivant la nature de l'affaire.

Lorsque l'affaire qui fait l'objet du mandat, est de nature à demander le plus grand soin et la plus grande attention, le mandataire est tenu de l'apporter, et il est tenu, en ce cas, de *levissimâ culpâ* ; lorsqu'au contraire l'affaire est de nature à ne demander qu'un soin ordinaire, il suffit au mandataire d'apporter ce soin, et il n'est tenu que de *levi culpâ*.

On doit avoir aussi égard aux circonstances. Si un mandataire peu habile, bien loin de s'offrir de lui-même, a cédé aux instances de son ami, pour se charger d'une affaire que son ami ne pouvait faire ni par lui-même ni par d'autres, ne connaissant personne qui voulût s'en charger, on ne doit pas dans ces circonstances exiger de ce mandataire d'autre habileté et d'autre diligence que celle dont il est capable »[992].

« A l'égard des cas fortuits, et des accidents de force majeure, le mandataire n'en est jamais tenu : A procuratorem omnem culpam, non etiam improvisum casum, etc., L.

[991] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (3).

[992] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°49, p. 189.

13, Cod. Man. Au contraire, le mandataire peut stipuler qu'il ne sera pas responsable des fautes qu'il pourrait commettre dans la gestion du mandat. Mais quelque convention qui intervienne, il ne peut manquer impunément à la bonne foi qu'il doit y apporter : Illud nulla ratione effici potest, ne dolus proestetur : L. 27, § 3, ff. de Pact[993].

(5) La Cour suprême de Louisiane a dit que si l'affaire présuppose les exercices d'un type particulier de connaissance, une personne qui accepte la fonction d'un mandataire ne pouvait pas s'excuser en invoquant la fidélité et le soin exercés (par exemple, si un avocat accepte les devoirs d'un médecin)[994].

Cependant, selon la cour, Pothier exige l'exercice de la parfaite sagesse par les êtres faillibles[995] au motif que si le mandataire n'avait pas accepté la charge, la personne capable de se charger du devoir correctement aurait été trouvée. Or, la cour a déclaré que la personne qui accepte le mandat doit partager l'imperfection de la nature humaine et doit être présumée susceptible d'avoir pris une décision incorrecte ou erronée[996]. Ainsi, on ne doit exiger que de connaissance ordinaire et le fait générateur de la responsabilité doit être seulement une erreur grossière[997].

Cependant, selon nous, Pothier a seulement dit que la personne doit avoir une habilité nécessaire pour gérer la société. En outre, Pothier a écrit qu'on « doit avoir aussi égard aux circonstances. Si un mandataire peu habile, bien loin de s'offrir de lui-même, a cédé aux instances de son ami, pour se charger d'une affaire que son ami ne pouvait faire ni par lui-même ni par d'autres, ne connaissant personne qui voulût s'en charger, on ne doit pas dans ces circonstances exiger de ce mandataire d'autre habileté et d'autre diligence que celle dont il est capable »[998].

---

[993] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°50, pp. 189-190.

[994] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) (4). Voir les Annexes n°s 2.937 et 2.938.

[995] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829), (4). Voir l'Annexe n°2.939.

[996] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829), (4). Voir l'Annexe n°2.941.

[997] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829), (4). Voir l'Annexe n°2.942.

[998] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°49, p. 189.

(6) La doctrine, encore au XIXe siècle, présente cet arrêt en tant que jurisprudence qui exprime le devoir de soin[999] et de diligence[1000]. Selon la doctrine, l'arrêt exprime le test de « raison»[1001] et précise que le degré de soins requis[1002] est le soin raisonnable[1003] ou ordinaire[1004].

(7) La doctrine considère que l'arrêt exprime la déférence à l'égard des affaires d'une société[1005]. La doctrine souligne que l'arrêt n'impose pas la responsabilité pour certaines erreurs[1006]. A partir des années 1980[1007], la doctrine estime que l'arrêt a été

---

[999] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 554, p. 528; C. A. SCHIPANI, *Integrating Corporate Law Principles With CERCLA Liability for Environmental Hazards*, 8 Del. J. Corp. L. 1 (1993), p. 15. Voir l'Annexe n°2.943.

[1000] M. M. McMURRAY, *An Historical Perspective on the Duty of Care, the Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule*, 40 Vand. L. Rev. 605 (1987), pp. 606-607. Voir l'Annexe n°2.944.

[1001] E. NORMAN VEASEY, *D. Block, N. Barton, and S. Radin, The Business Judgment Rule : Fiduciairy Duties of Corporate Directors (3d ed. 1989)*, 15 Del. J. Corp. L. 573 (1990), pp. 576-577. Voir l'Annexe n°2.945.

[1002] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 552, p. 528 (*§ 552. The Degree of Care to be exercised by Directors*), Note 1: « See the very able See also Mutual Building. &c. Bank opinion of Porter, J., in Percy v. v. Millaudon, 8 Mart. N. s. (La.) 68. »

[1003] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 554, Note 3, p. 528 *(§ 554. But the Directors are bound to use reasonable Care and Skill*).

[1004] M. A. LOPATTO, *op. cit.*, 34 Cath. U. L. Rev. 791 (1985), p. 801. Voir l'Annexe n°2.948.

[1005] R. FRANKLIN BALOTTI, J.J. HANKS, Jr., *Rejudging the Business Judgment Rule*, 48 Bus. Law. 1337 (1993), p. 1341 ; S. J. LUBBEN, A. DARNELL, *op. cit.*, 31 Del. J. Corp. L. 589 (2006), p. 595 ; H. R. HORSEY, *The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule*, *op. cit.*, p. 975.

[1006] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 555, Note 2, p. 530 (*§ 555. Liability of Directors for Unauthorized Acts*), § 558 (*§ 558. Mistake of Law may be excusable, though not under Advice of Counsel*), Note 1 : « See also Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191; Percy v. Millaudon, 8 Mart. N. a. 68. »

[1007] Ch. H. DORN, *Defending Lockups : Adequate Consideration and the Business Judgment Rule*, 24 Colum. J.L. & Soc. Probs. 481 (1991), pp. 489-490 ; J. MURTY, *Zapata Corp. v. Maldonado : A Middle Ground When Applying the Business Judgment Rule to the Termination of Derivative Suits*, 31 Cath. U. L. Rev. 539 (1982), p. 545 ; K. CHITTUR, *op. cit.*, pp. 507-508 ; H. S. WANDER, A. G. LECOQUE, *Boardroom Jitters: Corporate Control Transactions and Today's Business Judgment Rule*, 42 Bus. Law. 29 (1986), p. 29 ; A. LOWENTHAL, *Corporate Takeovers and the Business Judgment Rule: The Second Circuit Puts Target Corporations on the Auction Block: Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.*, 53 Brook. L. Rev. 409 (1987), p. 410 ; C. GOFORTH, *Proxy Reform As a Means of Increasing Shareholder Participation in Corporate Governance: Too Little, But*

la première ou l'une des premières expressions de la *business judgment rule* en droit américain[1008]. La doctrine voit dans la rédaction de l'arrêt le terme la « présomption »[1009] et les justifications de la *business judgment rule*[1010].

(8) Cependant la doctrine est muette sur la référence importante de l'arrêt au Traité du mandat de Robert Joseph Pothier (1699-1772) et plus précisément, au chapitre 2 sur les obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît[1011]. Dans le n°37, Pothier a écrit que le « mandataire contracte par le contrat de mandat l'obligation: — 1° de faire l'affaire qui en est l'objet, et dont il s'est chargé; — 2° d'y apporter tout le soin qu'elle exige; 3° d'en rendre compte. »[1012] Selon Pothier, « dans le contrat de mandat, par une exception […] [au] principe[1013], le

---

Not Too Late, 43 Am. U. L. Rev. 379 (1994), pp. 391-392 ; D. J. BLOCK, S. A. RADIN, J. P. ROSENZWEIG, *The Role of the Business Judgment Rule in Shareholder Litigation at the Turn of the Decade*, 45 Bus. Law. 469 (1990), pp. 489-490 ; D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, The Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers, *op. cit.*, p. 9 ; S.S. ARSHT, *The Business Judgment Rule Revisited*, 8 Hofstra L. Rev. 93 (1979), p. 93, Note 1 ; J. B. HARRIS, C. T. CALIENDO, *Who Says the Business Judgment Rule Does Not Apply to Directors of New York Banks ?*, 118 Banking L.J. 493 (2001), p. 503 ; P. V. LETSOU, *Implication of Shareholder Diversification on Corporate Law and Organization : the Case of the Business Judgment Rule*, 77 Chi.-Kent L. Rev. 179 (2001), p. 179 ; S.H. DUGGIN, S.M. GOLDMAN, *Restoring Trust in Corporate Directors: The Disney Standard and the "New" Good Faith*, 56 Am. U. L. Rev. 211 (2006), p. 225. Voir l'Annexe n°2.951.

[1008] H. LOWELL BROWN, *op. cit.*, p. 11 ; D. J. BLOCK, S. A. RADIN, J. P. ROSENZWEIG, *op. cit.*, pp. 489-490. Voir l'Annexe n°2.952.

[1009] R. FRANKLIN BALOTTI, J.J. HANKS, Jr., *Rejudging the Business Judgment Rule*, 48 Bus. Law. 1337 (1993), p. 1341. Voir l'Annexe n°2.953.

[1010] J. R. SCHAIDER, *Panter v. Masrall Field & Company : a Tender Offer Field's Could Refuse*, 58 Chi.-Kent L. Rev. 1151 (1982), p. 1153 ; R. FRANKLIN BALOTTI, J.J. HANKS, Jr., *ibid.*; B. S. SHARFMAN, *Being Informed Does Matter : Fine Tuning Gross Negligence Twenty Plus Years After Van Gorkom*, 62 Bus. Law. 135 (2006), p. 143 ; B. S. SHARFMAN, *The Enduring Legacy of Smith v. Van Gorkom*, 33 Del. J. Corp. L. 287 (2008), p. 299 ; S.H. DUGGIN, S.M. GOLDMAN, *ibid*. Voir l'Annexe n°2.954.

[1011] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°48, p. 189.

[1012] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°37, p. 185.

[1013] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°46, p. 188 : « [D]ans les contrats qui ne concernent que l'intérêt de l'une des parties, celle pour l'intérêt de laquelle le contrat intervient, ne puisse exiger de l'autre partie que de la bonne foi ».

mandant a le droit d'exiger du mandataire qui s'est chargé du mandat, non seulement de la bonne foi, mais tout le soin et toute l'habileté que demande l'exécution du mandat dont il s'est chargé […][1014] et tout ce qui est nécessaire pour cette gestion »[1015]. « Le mandataire en conséquence est responsable envers le mandant, de tout le tort qu'il lui a causé dans la gestion de l'affaire, non seulement par son dol, mais par sa faute, de quelque espèce que soit la faute »[1016]. Selon Pothier, la raison est que celui qui se charge de la gestion d'une affaire, se charge de tout ce qui est nécessaire pour cette gestion, et par conséquent, il doit être tenu des dommages-intérêts qui en résultent[1017]. « Le mandataire est tenu non seulement des fautes *in committendo*, mais aussi de celles *in omittendo*. »[1018].

Il est intéressant de noter que la doctrine est muette sur le fait que le juge Porter de la Cour suprême de Louisiane a critiqué, selon nous à tort, Pothier. Environ 150 ans après, la doctrine a annoncé que l'arrêt Percy v. Millaudon a fondé la *business judgment rule*.

174. Affaire n°26 : State v. Bank of Louisiane (1834)[1019], *Justice* Martin. — La Cour suprême de Louisiane dans un arrêt du juin 1834 dit qu'en vertu des statuts (*charter*), le conseil des directeurs est chargé de la gestion des affaires de la société et décide d'un montant des profits à être divisés entre les actionnaires. Selon la cour, une justification très forte devrait exister pour qu'une cour interfère dans la gestion des affaires de la société et substitue son propre jugement à celui du conseil. Si le conseil commet une erreur honnête en l'absence de motif illégitime ou en l'absence d'un conflit d'intérêts, la cour n'a pas de pouvoir de corriger ces erreurs[1020].

Selon la cour, dans les actionnaires peuvent choisir les autres directeurs[1021].

[1014] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°46, p. 188.

[1015] R. J. POTHIER, *ibid*.

[1016] R. J. POTHIER, *ibid.*.: « A procuratore dolum et omnem culpam, non eliam improvisum casum proestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur ; L. 13, Cod. Mand. »

[1017] R. J. POTHIER, *ibid*.

[1018] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°47, p. 189.

[1019] State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1020] State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (9) (La. Jun 1834). Voir l'Annexe n°2.964.

[1021] State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (10) (La. Jun 1834). Voir l'Annexe n°2.965.

La doctrine au XIXe siècle cite cet arrêt comme un exemple de la jurisprudence posant un pouvoir discrétionnaire des agents de la société[1022]. De même la doctrine au XXIe siècle cite l'arrêt comme un exemple de la jurisprudence posant que la déclaration et le paiement de dividendes est une question de gestion interne à la seule discrétion des directeurs et qu'une cour n'interférera pas dans leur jugement sur l'affaire (*business judgment*) en l'absence de fraude, de mauvaise foi ou d'abus clair de discrétion[1023].

175. Affaire n°27 : Reliance Homestead Ass'n v. Nelson (1934)[1024]. — En l'espèce, M. Nelson, le président, le manager et l'expert en bâtiment de Reliance Homestead Association, a payé au nom de cette dernière, une certain somme d'argent à un fournisseur (*contractor*) de l'association de façon prématurée.

La Cour suprême de Louisiane (*Justice* Brunot) a affirmé le jugement de Civil District Court dans le Parish de Orleans. La Cour suprême de Louisiane a dit que si un *officer* de la société commettait une erreur en effectuant un versement prématuré, il s'agissait d'une erreur de jugement. Selon la cour, c'est une règle bien reconnue par la jurisprudence fédérale et étatique qu'un *executive officer* de la société n'est pas responsable pour les erreurs de jugement, quand il agit de bonne foi, avec le soin raisonnable, sans motif illégitime et en conformité avec la loi[1025].

176. Etat n°21 : Illinois (1818). — Dans l'Illinois, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts, par exemple, Barret v. Alton & S.R. Co. (1851)[1026] ;

[1022] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, pp. 237-238, Note 1 *(§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*).

[1023] W. M. FLETCHER, *op. cit.,* Chapter 58. (*STOCK AND STOCKHOLDERS; XVI. DIVIDENDS; B. DECLARATION AND PAYMENT*), § 5325. (*Compelling declaration and payment—In general*).

[1024] Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934).

[1025] Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 683-684, 154 So. 734 (La. April 23, 1934). Voir l'Annexe n^o^2.969.

[1026] Barret v. Alton & S.R. Co., 13 Ill. 504, 1851 WL 4378, 3 Peck (IL) 504 (Ill., Dec Term 1851) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, pp. 237-238 (§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired).

Sprague v. Illinois River R. Co. (Ill. Dec Term 1857)[1027] ; People ex rel. Rice v. Board of Trade of Chicago (Ill. Sep Term 1875)[1028] ; Baker v. Backus' Adm'r (1863)[1029].

177. Etat n°22 : Al*ABA*ma (1819). — Dans l'Alabama, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts, par exemple, Bank of St. Mary's v. St. John (1854)[1030] ; Smith v. Prattville Mfg. Co. (1857)[1031] ; Tuscaloosa Mfg. Co. v. Cox (1880)[1032].

178. Affaire n°28 : Godbold v. The Branch Bank at Mobile (1847)[1033]. — L'arrêt est cité par la doctrine contemporaine dans le contexte de la responsabilité des agents à la société et de l'erreur de droit excusable[1034], même sans conseil

[1027] Sprague v. Illinois River R. Co., 19 Ill. 174, 1857 WL 5686, 9 Peck (IL) 174 (Ill. Dec Term 1857) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, p. 237 (§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired). Voir l'Annexe n°2.971.

[1028] People ex rel. Rice v. Board of Trade of Chicago, 80 Ill. 134, 1875 WL 8723 (Ill. Sep Term 1875) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, p. 237 *(§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*). Voir l'Annexe n°2.972.

[1029] Baker v. Backus' Adm'r, 32 Ill. 79, 1863 WL 3159 (Ill. Apr Term 1863) ; v. S. D. THOMPSON (1842-1904), *op. cit*, Vol. IV, § 4487, note 3, p. 3318 *(§ 4487. Equity will not Interfere on Qoestions of Corporate Management or Policy*)

[1030] Bank of St. Mary's v. St. John, 25 Ala. 566, 1854 WL 363 (Ala. Jun Term 1854).

[1031] Smith v. Prattville Mfg. Co., 29 Ala. 503, 1857 WL 282 (Ala. Jan Term 1857), v.

V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, pp. 237-238, Note 1 (*§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*) ; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 553, Note 2, p. 528 *(§ 553. Directors not liable for Mistakes of Judgment*); S. D. THOMPSON (1842-1904), *op. cit.*, Vol. IV, § 4487, note 2, p. 3319 (*§ 4487. Equity will not Interfere on Questions of Corporate Management or Policy*); S.S. ARSHT, *The Business Judgment Rule Revisited*, 8 Hofstra L. Rev. 93 (1979), p. 93, Note 1.

[1032] Tuscaloosa Mfg. Co. v. Cox, 68 Ala. 71, 1880 WL 1382 (Ala., Dec Term 1880), v. V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 243, Note 1, pp. 237-238, (*§ 243. The Discretionary Powers of the Company's Agents cannot be impaired*).

[1033] Godbold v. Branch Bank,11 Ala. 191 (1847).

[1034] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 550, note 1, p. 526 (*§ 550. Liability of Agents to the Corporation*).

juridique[1035]. L'arrêt est cité par la doctrine des années dans les années 1970 et 1990 dans du XX siècle dans le contexte de la *business judgment rule*[1036].

En 1842, M. W. E. Starke a été un directeur de la banque avec une rémunération de 1 000$. Au cours de la même année, M. Starke, étant un directeur de la banque, a été employé en tant qu'agent du conseil avec une rémunération de 500$. M. Starke a participé au vote du conseil des directeurs sur son propre emploi. En tant qu'agent de la banque, il allait visiter les différents comtés dans l'Alabama et le Mississippi, pour collecter l'argent et s'occuper des affaires de la banque. La raison pour laquelle il a été choisi était, par exemple, sa capacité à traiter des affaires de toute entreprise. Il a consacré un temps considérable et ses services étaient utiles à la banque. Cependant, l'emploi d'un membre du conseil des directeurs en tant qu'agent était illégal.

Le défendeur a été membre de la majorité du conseil des directeurs de la banque, Branch Bank of Mobile, qui a employé son collègue, directeur en fonction, à compléter les services supplémentaires à la banque.

L'une des deux questions était de savoir si l'action illégale du conseil d'administration, c'est-à-dire l'emploi d'un membre du conseil d'administration en fonction en tant qu'agent, qui est qualifiée d'erreur de jugement, expose le conseil des directeurs à la responsabilité.

La Cour suprême de l'Alabama a cité deux décisions, c'est-à-dire (1) Percy v Millaudon (1829) et (2) Harman v. Tappenden (1801). La Cour suprême de l'Alabama a décidé que les membres du conseil des directeurs n'étaient pas responsables à l'égard de la société d'un acte illicite, d'une erreur de droit, d'une erreur de jugement s'ils ont agi (1) de bonne foi, (2) dans l'exercice d'un pouvoir qui leur a été conféré; (3) dans l'exercice honnête de leurs devoirs; (4) avec intention honnête de faire bénéficier la banque et en vue de la promotion de l'intérêt de la banque; (5) et sans fraude, ni manque de connaissances nécessaires.

[1035] V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 558, Note 1, p. 532 (*§ 558. Mistake of Law may be excusable, though not under Advice of Counsel*), Note 1 : « See also Godbold v. Branch Bank,11 Ala. 191; Percy v. Millaudon, 8 Mart. N. a. 68 ».

[1036] S.S. ARSHT, The Business Judgment Rule Revisited, *op. cit.*, p. 93, Note 1 ; D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *op. cit.*, p. 9.

179. Etat n°23 : Maine (1820). — Dans le Maine, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts.

180. Affaire n°29 : Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al. (1931)[1037]. — La Cour suprême de Maine (*Supreme Judicial Court of Maine*) a décidé qu'en l'absence de fraude ou de mauvaise foi des directeurs, elle ne peut pas réviser leur jugement en ce qui concerne les salaries des *officers*.[1038]

181. Etat n°26 : Michigan (1837). — Dans le Michigan, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts, par exemple, Dodge v. Ford (1919)[1039].

182. Affaire n°30 : Wagner Electric Corp. v. Hydraulic Brake Co. (1934)[1040]. — La Cour suprême de Michigan a jugé que les directeurs s'engagent à donner leur meilleur jugement aux intérêts de la société et qu'ils sont interdits par la loi d'agir dans toutes les positions antagonistes pour leur bénéfice personnel ou pour le bénéfice d'autres sociétés concurrentielles. Si c'est le cas, les matières du jugement sur l'affaire ne sont pas soumises à un contrôle judiciaire. La cour a cité des ouvrages reconnus, ainsi que les arrêts rendus dans l'Etat de Michigan et de New Jersey[1041].

183. Affaire n°31 : Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc. (1941)[1042]. — Dans l'arrêt Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., la Cour suprême a déclaré qu'en droit du Michigan, les membres du conseil des directeurs d'une société privée ont un devoir d'exercer leur meilleur jugement dans la gestion des affaires de la

---

[1037] Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al., 130 Me. 352, 156 A. 293, 298 (Me. Sept. 15, 1931). Voir l'Annexe n°2.982.

[1038] Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al., 156 A. 293, 298 (Me. Sept. 1931). Voir l'Annexe n°2.982.

[1039] Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459, 170 N. W. 668, 684, 3 A. L. R. 413. Voir l'Annexe n°2.984.

[1040] Wagner Electric Corp. v. Hydraulic Brake Co., 269 Mich. 560, 257 N.W. 884 (Mich. Dec. 10, 1934).

[1041] Wagner Electric Corp. v. Hydraulic Brake Co., 269 Mich. 560, 566-567, 257 N.W. 884 (Mich. Dec. 10, 1934). Voir l'Annexe n°2.986.

[1042] Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., 298 Mich. 296, 298 N.W. 782 (Mich. June 30, 1941).

société et c'est un droit pour les actionnaires d'avoir un directeur qui exerce son jugement de façon indépendante[1043].

184. Etat n°27 : Floride (1845). — Dans le Floride, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts.

185. Affaire n°32 : Orlando Orange Groves Co. v. Hale (1935)[1044]. — En l'espèce, la société *Orlando Orange Groves Co.* a vendu à son président et un actionnaire important, M. Twing, les notes et prêts hypothécaires détenus par la société pour un prix au-dessous de la valeur nominale. La cour a constaté que le président a acheté ces *Securities* sur la requête du manager de la société parce que cette dernière avait besoin de l'argent, et il a payé le prix du marché. Selon la Cour suprême, la cour de l'*equity* n'a pas tenté pas de se prononcer sur des questions de simple opportunité des affaires (*of mere business expediency*) qui sont réservées par la loi aux dirigeants de la société[1045].

186. Etat n°31 : California (1850). — Dans la Californie, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts, par exemple, Neal v. Hill (1860)[1046].

187. Etat n°32 : Minnesota (1858). — Dans le Minnesota, la *business judgment rule* est retrouvée dans nombre d'arrêts, par exemple, Rothwell v. Robinson (1890)[1047].

[1043] Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., 298 Mich. 296, 302, 298 N.W. 782 (Mich. June 30, 1941). Voir l'Annexe n°2.988.

[1044] Orlando Orange Groves Co. v. Hale, 119 Fla. 159, 161 So. 284 (Fla. April 29, 1935).

[1045] Orlando Orange Groves Co. v. Hale, 119 Fla. 159, 161 So. 284, 287 (Fla. April 29, 1935). Voir l'Annexe n°2.990.

[1046] Neall v. Hill, 16 Cal. 145, 1860 WL 924, 76 Am.Dec. 508 (Cal., Jul Term 1860) ; S. J. LUBBEN, A. DARNELL, *op. cit.*, p. 595; V. MORAWETZ, *op. cit.*, § 555, Note 2, p. 530 (*§ 555. Liability of Directors for Unauthorized Acts*). Voir l'Annexe n°2.991.

[1047] Rothwell v. Robinson, 44 Minn. 538, 47 N.W. 255 (Minn. Nov 26, 1890) ; S. D. THOMPSON (1842-1904), *op. cit*., Vol. IV, § 4487, Note 3, p. 3318 (*§ 4487. Equity will not Interfere on Qoestions of Corporate Management or Policy*).

188. Affaire n°33 : Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., (Minn. 1937)[1048]. — La Cour suprême du Minnesota a jugé que les directeurs d'une société occupent une relation fiduciaire envers les actionnaires et que la déclaration des dividendes est à leur discrétion, et ne sera pas forcée, sauf si les directeurs agissent de manière frauduleuse, oppressante, déraisonnable ou injustement[1049]. La cour a ajouté qu'il n'y a pas une présomption que les directeurs auraient agi de mauvaise foi ou injustement[1050].

189. Etat n°34 : Kansas (1861). — Dans le Kansas, la *business judgment* est retrouvée dans nombre d'arrêts.

190. Affaire n°34 : Noll v. Boyle et al. (1934)[1051]. — En l'espèce, le *receiver*, C.A. Noll, de la société *Union Finance Corporation*, a intenté une action en responsabilité personnelle des directeurs pour le fait d'autrui, c'est-à-dire pour les pertes causées par les transactions en violation des statuts des sociétés.

Le jugement de première instance a décidé que les directeurs n'avaient pas été responsables. La Cour suprême a confirmé le jugement de première instance rendu par le District Court in Sedwig County.

La Cour suprême a cité l'extrait de l'ouvrage reconnu de M. Thompson sur les sociétés anonymes, selon lequel, en vertu de la justice et de la jurisprudence, quand les directeurs agissent honnêtement et pour ce qu'ils considèrent comme les meilleurs intérêts de la société et ne dépassent pas leurs pouvoirs intentionnellement, mais prennent seulement des mauvais jugements, ils ne peuvent pas être tenus responsables[1052].

[1048] Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937)

[1049] Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 388-389, 272 N.W. 277, 280-281 (Minn. March 12, 1937). Voir l'Annexe n°2.994.

[1050] Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 390, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937) : « There is no presumption that the directors acted in bad faith or unjustly. »

[1051] Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330 (Kan.Oct. 6, 1934).

[1052] Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330, 331 (Kan.Oct. 6, 1934). Voir l'Annexe n°2.997.

La Cour suprême a cité l'arrêt Holmes v. Crane, selon lequel un directeur n'est pas responsable à l'égard de la société ou de ses actionnaires pour les pertes causées par l'erreur de jugement quand ils agissent sans motif de corruption et de bonne foi[1053]. La Cour suprême a également cité l'arrêt Briggs v. Spaulding.
La Cour suprême a décidé qu'il n'y avait pas de fraude et que les directeurs n'avaient pas eu connaissance des transactions en violation des statuts et qu'ils n'ont pas obtenu de profit particulier. La Cour suprême a considéré qu'un directeur de société n'est pas obligé de connaître ce que les *officers* de la société font[1054].

191. Innovation. — On a examiné les trente-quatre arrêts rendus dans les dix Etats de l'Union. Les conclusions sont les suivantes.

[1053] Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330, 332 (Kan.Oct. 6, 1934). Voir l'Annexe n°2.998.

[1054] Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330, 332 (Kan.Oct. 6, 1934). Voir l'Annexe n°2.999.

II — La synthèse des arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945)

192. Confirmations. — On confirme que le premier arrêt dans lequel la *business judgment rule* a été reconnue par la doctrine, à partir des années 1980, est Percy v. Millaudon (1829)[1055].

On confirme que le premier arrêt qui a utilisé explicitement l'expression la *business judgment rule* est Marony et al. v. Applegate (1943), rendu dans la juridiction de New York, et rédigé par le juge Callahan[1056].

193. Découvertes. — (1) On découvre que l'un des premiers arrêts, à côté de Percy v. Millaudon (1829), rendu dans la Louisiane[1057], qui traite la responsabilité des directeurs et des *officers* est Faurie & Al. v. Millaudon & Al. (1825)[1058], rendu aussi dans la Louisiane, et Franklin Fire Insurance Co. v. Jenkins (1829), rendu dans l'Etat de New York[1059].

(2) L'arrêt Percy v. Millaudon (1829)[1060] se réfère au Traité du mandat de Robert Joseph Pothier (1699-1772) et plus précisément au chapitre 2 sur les obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît[1061]. Selon nous, la jurisprudence Percy présenta à tort certains extraits de cet ouvrage, et son raisonnement erroné fonda ce qui allait devenir la *business judgment rule*.

(3) Le premier ou l'un des premiers arrêts qui a utilisé le terme la « présomption » est Spering's Appeal (1872)[1062]. Ce terme la « présomption » apparaît dans les arrêts new-yorkais, peut-être sous l'influence de la jurisprudence du Delaware, et en

---

[1055] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[1056] Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943).

[1057] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[1058] Faurie & Al. v. Millaudon & Al., 3 Mart.(n.s.) 476, 1825 WL 1300 (La.) (La. March Term 1825).

[1059] City Equitable Fire Insurance Company, Limited, Re [1925] Ch. 407; [1924] All E.R. Rep. 485.

[1060] Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[1061] R. J. POTHIER, *op. cit.*, n°48, p. 189.

[1062] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872).

particulier, dans l'arrêt Karasik (1935), qui est citée dans ces arrêts new-yorkais. La présomption est dénommée une présomption d'honnêteté[1063] ou une présomption d'honnêteté et de bonne foi[1064] ou une présomption d'honnêteté et de justice[1065].

(4) Les arrêts new-yorkais ont utilisé l'expression la *business judgment rule* pour dire que si certains éléments sont satisfaits, le juge n'interférera pas avec le jugement du conseil ou dans les affaires de la société, et sans se référer, directement et/ou explicitement au terme présomption[1066]. L'expression la *business judgment rule* vient peut être du fait que le *Justice* Callahan voulait synthétiser qu'il existe une règle (*rule*) en vertu de laquelle le juge n'interféra pas avec le jugement sur l'affaire (*business judgment*), d'où la *business judgment rule*.

(5) On observe une concordance des principes dans la jurisprudence en matière de la *business judgment rule* dans les différents Etats et une discordance des détails dans cette jurisprudence à l'intérieur d'un même Etat et entre Etats[1067].

194. Comparaisons. — Les arrêts concernaient les sociétés financières et industrielles. Certaines de ces sociétés étaient insolvables. L'objet du litige a concerné, par exemple, la mauvaise gestion[1068] ; la vente des actions[1069] ; les

[1063] Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941).

[1064] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940).

[1065] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1066] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[1067] Pour confirmation dans les autres matières v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°340, p. 319, Note 1 : « Le Restatment of the Law (Cf. infra) a montré que, dans 95 à 98% des cas, il existait une concordance entre la *common law* des différents Etats dans les matières par lui traitées. » ; Cf. H.F. GOODRICH, *Restatement and Codification*, Field Centenary Essays, 1940, pp. 241-250. v. E. ZOLLER, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 78. Pour raisons de l'autorité relative du précédent aux Etats-Unis, v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, pp. 91-93. V. l'Annexe n°2.1012.

[1068] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872).

[1069] Wildes v. Rural Homestead Co. et al., 53 N.J. Eq. 452, 8 Dickinson 452, 32 A. 676 (NJ Ch., July 30, 1895).

dividendes, la demande de forcer le paiement des dividendes[1070] ; la demande de ne pas payer les dividendes[1071] ; la demande de la dissolution de la société[1072] ; l'obtention et disposition des fonds de la société[1073] ; la fixation de rémunération des *officers*[1074] ; la vente des actifs[1075] ; le choix d'une taille de la construction d'une raffinerie[1076] ; la réduction d'un endettement[1077] ; la décision de publier les annonces dans les journaux[1078] ; la violation de la loi et/ou des statuts[1079] ; la distribution des profits ; l'absence de paiement à temps[1080].

L'action en justice a été intentée par les actionnaires, les directeurs (contre les prédécesseurs), le fiduciaire (*trustee*) en cas de faillite contre la société et/ou les directeurs et/ou les *officers*. Les demandeurs voulaient engager la responsabilité personnelle des défendeurs à l'égard de la société et/ou des actionnaires pour leurs faits personnels et/ou les faits d'autrui. La responsabilité a été engagée au moins dans les deux affaires[1081].

[1070] Trimble v. American Sugar-Refining Co., 61 N.J. Eq. 340, 16 Dickinson 340, 48 A. 912 (N.J. Ch., April 11, 1901).

[1071] Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942), *justice* Callahan. ; Oshrin v. Celanese Corporation America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. Sept. 4, 1942), *justice* HECHT.

[1072] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940); Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941).

[1073] Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130 (N.Y.Sup. 1829).

[1074] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al., 130 Me. 352, 156 A. 293 (Me. Sept. 15, 1931).

[1075] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931).

[1076] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940).

[1077] Everett v. Phillips, 261 A.D. 1082, 26 N.Y.S.2d 881 (N.Y. A.D. 2d Dept. April 7, 1941).

[1078] Hoffman v. Abbott et al., 180 Misc. 590, 40 N.Y.S.2d 521 (N.Y. Sup. March 2, 1943).

[1079] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) ; Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1080] Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934).

[1081] Wildes v. Rural Homestead Co. et al., 53 N.J. Eq. 452, 8 Dickinson 452, 32 A. 676 (NJ Ch., July 30, 1895) ; Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

195. Propositions. — Les arrêts qu'on a examinés ont été reconnus par la jurisprudence et/ou la doctrine postérieure en tant que ceux qui expriment la *business judgment rule*. La question qui se pose est de savoir comment, c'est-à-dire avec quels termes, ces arrêts expriment la *business judgment rule*.

On distingue les huit types de termes utilisés par les arrêts examinés. Nous les divisons en deux groupes.

Le premier groupe est composé des quatre types suivants.

(1) Les arrêts rappellent que les directeurs disposent des pouvoirs, de l'autorité, de la compétence. Ils rappellent que les directeurs sont chargés de la gestion des affaires de la société[1082]. Les arrêts disent que les directeurs sont dotés d'une grande discrétion/latitude, et qu'ils peuvent agir dans la limite de cette discrétion, c'est-à-dire sauf sans abus caractérisé[1083].

(2) Les arrêts qualifient les directeurs en tant que fiduciaires[1084], agents[1085] ou mandataires[1086], *trustees*[1087] ou *trustees* au sens général mais non technique[1088], à l'égard de la société[1089] et/ou les actionnaires[1090].

[1082] V. par exemple, Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1083] V. par exemple, Wildes v. Rural Homestead Co. et al., 53 N.J. Eq. 452, 8 Dickinson 452, 32 A. 676 (NJ Ch., July 30, 1895) ; Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942), *justice* Callahan ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1084] V. par exemple, Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937).

[1085] V. par exemple, Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) ; Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

[1086] V. par exemple, Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[1087] V. par exemple, Verplanck v. Mercantile Ins. Co., 1 Edw.Ch. 84, 6 N.Y. Ch. Ann. 68 (N.Y.Ch. 1831) ; Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

(3) Les arrêts imposent aux directeurs et/ou *officers* les devoirs, par exemple, de soin[1091] ; de diligence[1092] ; d'attention ;[1093] de prudence ;[1094] de surveillance ; de meilleur jugement[1095] ; de jugement honnête[1096] et indépendant[1097].

Le degré de ces devoirs est précisé en tant qu'ordinaire ou raisonnable[1098] ou nécessaire pour exercer les fonctions[1099], tels qu'un homme prudent aurait exercé à leur place ou un homme d'affaire prudent[1100] aurait exercé dans la gestion de sa propre société[1101], ou de sa propriété[1102], ou de ses propres affaires[1103].

[1088] V. par exemple, Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1089] V. par exemple, Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1090] V. par exemple, Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Verplanck v. Mercantile Ins. Co., 1 Edw.Ch. 84, 6 N.Y. Ch. Ann. 68 (N.Y.Ch. 1831).

[1091] Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829).

[1092] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1093] Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

[1094] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1095] Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., 298 Mich. 296, 298 N.W. 782 (Mich. June 30, 1941)

[1096] Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

[1097] Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., 298 Mich. 296, 298 N.W. 782 (Mich. June 30, 1941).

[1098] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1099] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1100] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1101] Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

[1102] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931).

[1103] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

Les arrêts imposent aussi les devoirs, par exemple, de fidélité, de bonne foi, de loyauté, de dévouement. Les directeurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la société, dans l'intérêt commun et général de la société[1104], ce qui ne doit pas signifier dans les meilleurs intérêts des actionnaires[1105], et non pas dans l'intérêt personnel.

(4) Les arrêts considèrent que les directeurs et/ou les *officers* sont ou deviennent responsables s'ils violent les devoirs imposés[1106]. Les arrêts exigent soit la faute ordinaire, soit la faute aggravée.

On voit que ce premier groupe de termes est relatif (1) aux pouvoirs des directeurs et/ou *officers* ; (2) à leur relation fiduciaire ; (3) à leurs devoirs et (4) à leur responsabilité personnelle pour la violation de ces devoirs.

On voit que le premier type de termes concerne les conditions de responsabilité des directeurs et/ou des *officers*.

Le deuxième groupe est composé des quatre types suivants.

(5) Certains arrêts disent que si certains éléments sont satisfaits, les directeurs et/ou les *officers* ne sont pas responsables pour les erreurs de jugement, de droit et/ou de fait. Il s'agit des erreurs qui ne sont pas grossières et/ou qui sont honnêtes ou qui auraient pu être commises par un homme prudent, etc[1107].

La doctrine postérieure lie le l'expression la *business jugdment rule* avec le droit à l'erreur.

[1104] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1105] Whitfield v. Kern, 19 Backes 115, 120 N.J. Eq. 115, 118-119, 184 A. 333 (N.J. Ch. March 25, 1936).

[1106] Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins, 3 Wend. 130 (N.Y.Sup. 1829).

[1107] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) ; Hamilton v. United Laundries Corp., 10 Backes 78, 111 N.J. Eq. 78, 161 A. 347 (N.J.Ch. .Ch. July 1, 1932); Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Percy v. Millaudon, 8 Mart.(n.s.) 68, 1829 WL 1592 (La. May Term 1829) ; Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934).

(6) Certains arrêts estiment que si certains éléments sont satisfaits, il existe une présomption[1108] et ils la dénomme présomption d'honnêteté[1109] ou présomption d'honnêteté et de bonne foi[1110] ou présomption d'honnêteté et de justice[1111]. Le terme « présomption » dans les arrêts new-yorkais a pu être emprunté de la jurisprudence du Delaware. La doctrine postérieure lie l'expression la *business jugdment rule* avec le terme la « présomption ».

(7) Enfin, les arrêts considèrent que si certains éléments sont satisfaits, le juge ne substituera pas leur jugement à celui du conseil[1112] et/ou n'interférera pas dans les affaires de la société ou dans les jugements du conseil[1113] et/ou n'examinera pas les

---

[1108] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) ; Wildes v. Rural Homestead Co. et al., 53 N.J. Eq. 452, 8 Dickinson 452, 32 A. 676 (NJ Ch., July 30, 1895) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1109] Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941).

[1110] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940).

[1111] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1112] Hamilton v. United Laundries Corp., 10 Backes 78, 111 N.J. Eq. 78, 161 A. 347 (N.J.Ch. July 1, 1932) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1113] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940) ; Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Everett v. Phillips, 261 A.D. 1082, 26 N.Y.S.2d 881 (N.Y. A.D. 2d Dept. April 7, 1941) ; Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941) ; Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942) ; Hoffman v. Abbott et al., 180 Misc. 590, 40 N.Y.S.2d 521 (N.Y. Sup. March 2, 1943) ; Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ;

jugements du conseil, etc. Ces arrêts lient l'expression la *business judgment rule* avec cette limitation de l'étendue du contrôle judiciaire.

(8) Les arrêts ne précisent pas explicitement à qui incombe la charge de la preuve.

On voit que le deuxième type de termes concerne les conditions d'irresponsabilité des directeurs et/ou des *officers*.

Ce deuxième groupe de termes est relatif (1) à l'erreur admissible et/ou excusable; (2) à la présomption; (3) et à l'absence de contrôle judiciaire.

Ce deuxième groupe de termes concerne les conditions d'irresponsabilité des directeurs et/ou des *officers*.

Cette irresponsabilité ne joue que si certains éléments sont satisfaits. La première question qui se pose est de savoir quels sont ces éléments. On propose de diviser ces éléments en quatre groupes.

Le premier groupe concerne la légalité. Ce groupe comprend : l'absence de fraude, actuelle ou constructive[1114], l'absence de *collusion*[1115], l'absence de corruption[1116], l'absence d'*oppression*[1117]. Ce groupe comprend aussi l'absence d'illégalité[1118],

---

Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al., 130 Me. 352, 156 A. 293 (Me. Sept. 15, 1931) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1114] Trimble v. American Sugar-Refining Co., 61 N.J. Eq. 340, 16 Dickinson 340, 48 A. 912 (N.J. Ch., April 11, 1901) ; Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940); Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943) ; Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834) ; Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937) ; Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330 (Kan.Oct. 6, 1934) ; Faurie & Al. v. Millaudon & Al., 3 Mart.(n.s.) 476, 1825 WL 1300 (La.) (La. March Term 1825).

[1115] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1116] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934) ; Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330 (Kan.Oct. 6, 1934).

[1117] Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937).

l'absence de motif illégal[1119], l'absence d'abus manifeste des pouvoirs, d'actes *ultra vires*[1120]. Cependant, les actes illégaux non intentionnels, par exemple, la violation des statuts commise de manière non intentionnelle, sont excusables[1121].

Le deuxième groupe concerne la loyauté et la fidélité. Ce groupe comprend la conscience[1122] ; la liberté[1123] ; l'indépendance[1124] ; l'impartialité[1125] ; l'absence de conflit d'intérêts[1126] ; le désintérêt[1127] ; l'absence d'action dans l'intérêt personnel ou pour avantage personnel[1128] ; l'action dans l'intérêt de la société[1129] ou la croyance d'une action dans l'intérêt de la société[1130]. Ce groupe comprend aussi la fidélité[1131] ;

[1118] Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934).

[1119] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1120] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928).

[1121] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) ; Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942).

[1122] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1123] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1124] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1125] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1126] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943).

[1127] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1128] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1129] Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[1130] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[1131] Marony et al. v. Applegate et al., 266 A.D. 412, 42 N.Y.S.2d 768 (N.Y. A.D. 1 Dept. June 22, 1943) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

la bonne foi[1132] ; l'absence de mauvaise foi[1133] ; l'honnêteté[1134] ; l'absence de malhonnêteté[1135] ; la confiance ; l'absence d'abus ou de violation de confiance[1136].

Le troisième groupe concerne le soin. Ce groupe comprend le soin raisonnable[1137] ; la diligence raisonnable[1138] ; l'absence de faute[1139] ; l'absence de négligence[1140] ;

[1132] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940) ; Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944) ; Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934) ; Noll v. Boyle et al., 140 Kan. 252, 36 P.2d 330 (Kan.Oct. 6, 1934).

[1133] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940) ; Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940) ; Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940) ; Hayman et al. v. Brown et al., 176 Misc. 176, 26 N.Y.S.2d 898 (N.Y. Sup. April 16, 1941) ; Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; State v. Bank of Louisiana, 6 La. 745, 1834 WL 728 (La. Jun 1834).

[1134] Smith v. Banister, 26 Backes 385, 127 N.J. Eq. 385, 13 A.2d 485 (N.J.Ch. May 29, 1940) ; Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944) ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1135] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1136] Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al., 132 Misc. 509, 230 N.Y.S. 122 (N.Y. Sup. July 5, 1928) ; Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[1137] Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Dumont v. Raymond, 49 N.Y.S. 2d 865, 868 (N.Y. Aug. 10, 1944).

[1138] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944) ; Reliance Homestead Ass'n v. Nelson, 179 La. 680, 154 So. 734 (La. April 23, 1934).

[1139] Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al., 174 Misc. 601, 21 N.Y.S.2d 651 (N.Y. Sup. June 8, 1940).

l'absence de négligence grossière[1141] ; l'absence de violation des devoirs fiduciaires[1142].

Le quatrième groupe concerne le résultat. Ce groupe comprend le meilleur jugement[1143] ; le jugement raisonnable[1144] ; le jugement juste ; l'absence de perte (*waste*)[1145] ; une bonne gestion ; l'absence de mauvaise gestion[1146] ; la justice ;[1147] l'absence d'injustice ; la base raisonnable[1148].

La deuxième question qui se pose est de savoir si ces éléments sont les mêmes pour (1) l'erreur admissible ; (2) la présomption ; (3) le contrôle judicaire. Dans la jurisprudence, les différentes conditions ou pré-conditions d'application sont souvent énumérées pour l'erreur admissible ; la présomption ou le contrôle judiciaire. Par exemple, il arrive que dans le même arrêt, le juge dise que le dirigeant n'est pas responsable pour l'erreur honnête, et que la présomption s'applique s'il agit de bonne foi et dans les meilleurs intérêts de la société, et que la cour n'interféra pas dans la gestion des affaires de la société sauf abus de pouvoirs et/ou de discrétion. Bien que les conditions soient différentes pour l'admission d'une erreur, c'est-à-dire son honnêteté; pour l'application d'une présomption, c'est-à-dire la bonne foi et le respect des meilleurs intérêts de la société, et pour le refus de contrôle judiciaire, c'est-à-dire l'absence d'abus de discrétion, toutes ces conditions énumérées seront examinées par le juge et doivent être satisfaites pour que le dirigeant ne soit pas responsable.

[1140] Bown v. Ramsdell, 139 Misc. 360, 249 N.Y.S. 387 (N.Y.Sup. Jan. 7, 1931) ; Simon v. Socony-Vacuum Oil Company, Inc., 179 Misc. 202, 38 N.Y.S.2d 270 (NY Sup. November 10, 1942) ; Mann v. Luke, 44 N.Y. S.2d 202 (N.Y. Sup. Aug. 20, 1943).

[1141] Winter v. Anderson, 242 A.D. 430, 275 N.Y.S. 373 (N.Y.A.D. 4 Sept, 1934).

[1142] Weinberger v. Quinn et al., 264 A.D. 405, 35 N.Y.S.2d 567 (N.Y. Sup. June 19, 1942), « justice » Callahan ; Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1143] Hoffman v. Abbott et al., 180 Misc. 590, 40 N.Y.S.2d 521 (N.Y. Sup. March 2, 1943).

[1144] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

[1145] Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (N.Y. Sup. April 18, 1944).

[1146] Faurie & Al. v. Millaudon & Al., 3 Mart.(n.s.) 476, 1825 WL 1300 (La.) (La. March Term 1825).

[1147] Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., 199 Minn. 382, 272 N.W. 277 (Minn. March 12, 1937).

[1148] Casey v. Woodruff, 49 N.Y.S. 2d 625 (N.Y. May 15, 1944).

La question qui se pose est de savoir quelle est la relation entre les conditions de responsabilité, c'est-à-dire les devoirs imposés dans le premier groupe des termes et les conditions d'irresponsabilité, les éléments énumérés relatifs au deuxième groupe des termes.

Les conditions dans le premier groupe des termes, celui de responsabilité, peuvent apparaître comme plus générales, c'est-à-dire la description des devoirs, par exemple, le soin, la diligence, etc.

Les conditions énumérées dans le deuxième groupe des termes, celui d'irresponsabilité, sont plus détaillées. Cependant, il arrive qu'il s'agisse des mêmes conditions, c'est-à-dire le respect des meilleurs intérêts de la société.

Ce qui est important est que la jurisprudence new-yorkaise de 1944, Casey, pose que d'abord les devoirs doivent être satisfaits, avant que la *business judgment rule* s'applique. On comprend que la satisfaction des devoirs, du premier groupe des termes, constitue une pré-condition pour l'application de la *business judgment rule*.

196. Critiques. — (1) Le droit à une erreur sur le droit, c'est-à-dire à une violation de la loi ou des statuts. Les arrêts concernent les violations de la loi et/ou des statuts, et décident de ne pas engager la responsabilité des dirigeants si une violation a été justifiée par l'obscurité de la loi et/ou des statuts, le respect des intérêts de la société.[1149]

(2) Emploi erroné du terme « présomption ». Premièrement, les arrêts utilisent le terme présomption sans expliquer ce qu'on doit entendre par ce terme. S'agit-il seulement que la charge de la preuve incombe au demandeur ? Ou cela signifie-t-il aussi qu'il s'agit d'une preuve plus difficile à apporter ? Deuxièment, les arrêts dénomment cette présomption la présomption d'honnêteté, de bonne foi, et/ou de justice. La question qui se pose est de savoir si cette présomption peut être renversée et par quelle preuve. Or, selon la jurisprudence examinée, en général, la présomption de justice peut être renversée mais, non par la preuve d'une injustice, mais par les preuves d'une absence de bonne foi et/ou d'honnêteté. Bien sur, l'injustice peut constituer d'une absence de bonne foi et/ou d'honnêteté. Cependant, en général, elle

[1149] Appeal of Spering (Spering's Appeal), 71 Pa. 11, 1872 WL 11430, 10 Am.Rep. 684, 21 P.F. Smith 11 (Pa. 1872) ; Godbold v. Branch Bank, 11 Ala. 191 (1847).

n’est pas examinée séparément. Donc, la présomption est réversible/réfragable quant à la bonne foi et l’honnêteté, etc. Cependant, si la présomption s’applique, surtout, en l’absence de conflit d’intérêts, elle est irréversible/irréfragable quant à la justice, à la qualité du jugement, etc.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

197. Les arrêts rendus dans le Delaware n'utilisent pas l'expression la *business judgment rule*. Ce sont les arrêts rendus dans le New-York des années 1940 qui commencent à utiliser l'expression la *business judgment rule*.

198. Les premiers arrêts en matière de responsabilité des dirigeants ont été rendus dans le Delaware dans les années 1910 et dans les autres Etats dans les années 1820. Donc, c'est le Delaware qui a pu s'inspirer de la jurisprudence des autres Etats (par exemple, l'emploi du terme « présomption »).

199. En effet, les arrêts rendus dans le Delaware mentionnent qu'il existe la jurisprudence très importante dans les autres Etats, mais ne se réfèrent pas à la jurisprudence particulière (sauf un arrêt rendu dans le Delaware qui se réfère à la jurisprudence du New Jersey). Les arrêts rendus dans les autres Etats souvent se réfèrent à la jurisprudence des autres Etats de l'Union (par exemple, les arrêts new-yorkais dans les années 1940 citent la jurisprudence anglaise et la jurisprudence du Delaware de 1935).

200. Les arrêts rendus dans le Delaware ne contiennent pas de justifications de la *business judgment rule*. Un certain nombre d'arrêts rendus dans les autres Etats de l'Union contiennent des justifications de la règle.
Les arrêts rendus dans le Delaware exigent le respect de la loi et/ou des statuts. Il arrive que les arrêts rendus dans les autres Etats ont donné aux directeurs le droit à l'erreur de droit.
Les arrêts rendus dans le Delaware et dans les autres Etats utilisent le terme « présomption » de la même façon.
La critique d'un déni de justice leur a été adressée.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

201. Nous avons examiné la jurisprudence en matière de responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société, à savoir les cinq arrêts rendus par les juridictions fédérales traditionnelles entre 1887 et 1924 et les quarante-sept arrêts rendus par les juridictions des Etats de l'Union entre 1825 et 1944.

202. La jurisprudence fédérale générale de 1842 à 1938 se réfère à la jurisprudence des Etats de l'Union. La jurisprudence des Etats de l'Union se réfère à la jurisprudence fédérale générale.

203. La jurisprudence fédérale et des Etats se réfère à la doctrine (par exemple, aux traités de Cook ; Morawetz ; Thompson[1150] ; Ballantine).

Le fait générateur de responsabilité peut être soit le fait personnel soit le fait d'autrui. Il arrive que les arrêts exigent les différents degrés d'un devoir requis (par exemple, le soin d'un homme ordinaire ou le soin d'un homme d'affaires dans ses propres affaires) et les différents degrés d'une transgression sanctionnée (par exemple, la négligence ordinaire ou la négligence grossière).
On observe une certaine dissociation entre le degré d'un devoir requis (par exemple, le devoir ordinaire) et la gravité de la transgression sanctionnée (par exemple, la négligence grossière).

L'expression la *business judgment rule* est apparue d'abord dans la jurisprudence et ensuite dans la doctrine.
Il est très difficile de trouver la définition de cette expression.

[1150] H. HOVENKAMP, *op. cit*. Voir l'Annexe n°2.1095.

On distingue 10 types de termes utilisés, alternativement et/ou simultanément, dans la jurisprudence fédérale et des Etats en matière de responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société.
Les 5 premiers types de termes correspondent respectivement
(1) aux pouvoirs des dirigeants et à leur discrétion ;
(2) au statut des dirigeants ;
(3) aux devoirs des dirigeants ;
(4) aux degrés de devoirs requis et
(5) à la gravité de la transgression sanctionnée de ces devoirs sanctionnée.

Les 5 types de termes suivants correspondent respectivement
(1) au droit à l'erreur ;
(2) à la présomption de comportement/conduite ;
(3) au refus d'un contrôle judiciaire ;
(4) à la charge de la preuve ;
(5) à la justification.

La jurisprudence lie l'expression la *business judgment rule* et le deuxième groupe de termes. Il arrive que la doctrine lie l'expression la *business judgment rule* avec les deux groupes de termes.
La doctrine lie l'expression la *business judgment rule* avec la politique économique du laisser-faire. Les arrêts examinés refusent d'examiner directement la justice de la transaction.

CONCLUSION DU TITRE 1

204. Innovation. — On a cherché et nous avons examiné la plus ancienne jurisprudence anglaise et américaine liée avec l'expression la *business judgment rule*.

205. Importance. — Selon nous, il est nécessaire de découvrir et d'examiner la genèse de la *business judgment rule*, d'où la règle vient et dans quelles circonstances la règle a été forgée.

206. Il est très intéressant de lire l'arrêt Spering's Appeal (1872) et d'analyser son raisonnement et ses justifications. Une telle étude enrichit les arguments pour et contre la règle. Il convient de noter que la solution de Spering's Appeal n'est plus en vigueur parce que l'irresponsabilité pour la violation de la loi et/ou des statuts n'est plus admise et la *business judgment rule* ne s'applique pas en cas de violation du devoir d'obéissance à la loi et/ou aux statuts.

207. La question qui s'est posée est de savoir pourquoi la règle a survécu. Selon nous, l'une des forces derrière la règle est qu'elle limite la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société. Comment limite-t-elle cette responsabilité ? Selon nous, la règle fait sortir de l'examen judiciaire de base le critère de justice en opérant un certain déni de justice.

208. Il est intéressant de noter que les deux arrêts, l'un anglais de 1742, c'est-à-dire the Charitable Corporation v. Sutton et l'autre américain de 1829, c'est-à-dire Percy v. Millaudon, proposés par la doctrine en tant que plus anciens fondements de la *business judgment rule*, font référence à la doctrine française (par exemple, la jurisprudence the Charitable Corporation fait référence à Domat et la jurisprudence Percy fait référence à Pothier).

209. Après avoir examiné la genèse prétorienne de la *business judgment rule* avant 1945, nous examinerons le développement de la règle dans le Delaware après 1945.

TITRE 2
LE DEVELOPPEMENT DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LE DELAWARE APRES 1945

210. Etat très influent en droit des sociétés. — Le Delaware est le second plus petit Etat des Etats-Unis. Cependant, plus de la moitié des sociétés cotées sur les marchés financiers aux Etats-Unis sont constituées au Delaware. En outre, le Delaware est considéré comme la juridiction de prédilection pour les sociétés de taille, multinationales et complexes.

Les raisons données pour expliquer la primauté du Delaware en matière de constitution de personnes morales sont, notamment, (1) la législation du Delaware, et en particulier de la *Delaware General Corporation Law* ; (2) le système juridictionnel avec les juges expérimentés et impartiaux ; (3) la jurisprudence ; (4) la tradition légale ; (5) une réserve d'avocats experts en droit des sociétés et l'administration de l'Etat du Delaware (*Delaware Secretary of State's Office* – la *Division of Corporations*)[1151].

211. Cour de la chancellerie du Delaware (*Court of Chancery of Delaware*). — La cour de la chancellerie du Delaware est une juridiction dépourvue de jury. Elle est composée d'un chancelier et de quatre vice-chanceliers. La fonction du premier vice-chancelier a été établie en 1939, du deuxième en 1961, du troisième en 1984 et du quatrième en 1989. Au 13 mars 2015, le chancelier est André G. Bouchard et les autres vice-chanceliers sont J. Travis Laster, John W. Noble, Donald F. Parsons, Jr., et Sam Glasscock III.

[1151] http://corplaw.delaware.gov/fra/facts_myths.shtml (la dernière visite: le 13 mars 2015); http://corplaw.delaware.gov/fra/why_delaware.shtml (la dernière visite: le 13 mars 2015); Z. SABA, *Conventions réglementées et intérêt social en droit comparé (Liban, France, USA)*, Thèse de doctorat en droit. Dir. Ph. MERLE (2011).

Le chancelier et les vice-chanceliers sont nommés par le gouverneur et confirmés par le Sénat pour une durée de 12 ans renouvelables.
Les litiges peuvent faire l'objet d'appel devant la Cour suprême du Delaware.

212. Cour suprême du Delaware (*Supreme Court of Delaware*) après 1950. — Depuis l'amendement constitutionnel de 1951, la Cour suprême du Delaware n'est plus composée des juges des juridictions inférieures (*leftover-judge system*). Ainsi, elle est devenue une juridiction séparée (*separate supreme court*). Entre 1951 et 1978, elle était composée de trois juges. Depuis 1978, elle est composée de cinq juges.
Le premier *Chief Justice* a été Clarence A. Southerland (1951-1963) et les premiers deux *Associate Justices* ont été Daniel F. Wolcott et James M. Tunnel, tous les trois connus en tant que juristes[1152]. Au 13 mars 2015, le *Chief Justice* est Leo E. Strine, Jr. et les quatre *Justices* sont Karen L. Valihura, Randy J. Holland, Henry duPont Ridgely et James T. Vaughn, Jr[1153].
Les *Justices* sont nommés par le gouverneur et confirmés par le Sénat pour une durée de 12 ans renouvelables.

213. Plan. — On examinera le développement de la *business judgment rule* dans le Delaware entre 1945 et 1982 (Chapitre 1) et après 1982 (Chapitre 2).

Chapitre 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans la jurisprudence du Delaware (1945-1982)
Chapitre 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans la jurisprudence du Delaware (1983-2013)

[1152] Pour plus d'nformation, voir H. R. HORSEY, W. DUFFY, *The Supreme Court of Delaware After 1951*, http://courts.delaware.gov/Supreme/history3.stm (la dernière visite: le 13 mars 2015).
[1153] http://courts.delaware.gov/Supreme/justices.stm (la dernière visite: le 13 mars 2015).

CHAPITRE 1
LE DEVELOPPEMENT DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LA JURISPRUDENCE DU DELAWARE (1945-1982)

214. Plan. —D'abord, on analysera la jurisprudence du Delaware de 1945 à 1982 dans le contexte de la *business judgment rule* (Section 1). Ensuite, on synthétisera les arrêts du Delaware analysés (Section 2).

Section 1 — L'analyse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982)
Section 2 — La synthèse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982)

Section 1 — L'analyse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982)

215. On examinera le développement de la *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware avant la jurisprudence Weinberger v. QVC (1983) et Aronson v. Lewis (1984), lorsque le chancelier de la cour de la chancellerie était Collins J. Seitz, c'est-à-dire de 1951 à 1966 (§1) et ses trois successeurs, William Duffy, de 1966 à 1973, William T. Wuillen, de 1973 à 1976, et William Marvel, de 1976 à 1982 (§2).

216. On examinera les 25 affaires suivantes :

Affaire n°1 : Sterling v. *Mayflower* Hotel Corp. (1952)
Affaire n°2 : Bennett v. Breuil Petroleum Corp. (1953)
Affaire n°3 : Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co. (1955)
Affaire n°4 : Baron v. Pressed Metals of America (1955)
Affaire n°5 : Cottrell v. The Pawcatuck Company (1955)
Affaire n°6 : Treves v. Menzies (1958)
Affaire n°7 : Marks v. Wolfson (1963)
Affaire n°8 : Moskowitz v. Bantrell (1963)
Affaire n°9 : Alcott v. Hyman (1965)
Affaire n°10 : Warshaw v. Calhoun (1966)
Affaire n°11 : Meyerson v. El Paso Natural Gas Company (1967)
Affaire n°12 : Greene v. Dunhill (1968)
Affaire n°13 : Wolfensohn v. Madison (1969)
Affaire n°14 : Bastian v. Bourns (1969)
Affaire n°15 : Kelly v. Bell (1970)
Affaire n°16 : Getty Oil v. Skelly Oil (1970)
Affaire n°17: Sinclair Oil v. Levien (1971)
Affaire n°18 : Chasin v. Gluck (1971)
Affaire n°19 : Kaplan v. Centex. (1971)
Affaire n°20 : Puma v. Marriott (1971)
Affaire n°21 : Muschel v. Western Union Corporation (1973)

Affaire n°22 : Thomas v. Kemper (1973)

Affaire n°23 : Gimbel v. Signal (1974)

Affaire n°24 : Singer v. Magnavox Co. (1976, 1977)

Affaire n°25 : Tanzer v. International Gen. Indus., Inc. (1977)

§ 1 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1966)

§ 2 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1966-1982)

§ 1 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1966)

217. Chancelier Collins Seitz. — Collins Jacques Seitz (1914-1998) a pratiqué le droit en tant qu'avocat de 1940 à 1946, vice-chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware de 1946 à 1951, le chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware de 1951 à 1966. Il a été nommé juge fédéral de la cour d'appel (*United States Court of Appeal for the Third Circuit*) par le Président des Etats-Unis, Lyndon B. Johnson le 28 février 1966 et confirmé par le Sénat le même jour[1154].

218. Affaire n°1: Sterling v. *Mayflower* Hotel Corp. (1952)[1155]. — En l'espèce, la société, *Hilton Hotels Corporation* (ci-après *Hilton*), a détenu 83% des actions (des droits de vote) de la société *Mayflower Hotel Corporation* (ci-après *Mayflower*).

Le projet de fusion absorption entre la société mère, *Hilton*, absorbante, et la société filiale, *Mayflower*, absorbée, a été arrêté (approuvé) par le conseil des directeurs de chacune des sociétés participantes. En vertu des termes du projet, chaque porteur d'actions de la société *Mayflower* a eu à recevoir une action de la société *Hilton* pour une action de la société *Mayflower*. La fusion a été approuvée par les assemblées générales extraordinaires des actionnaires de chacune des sociétés participantes[1156].

Les actionnaires minoritaires de la société absorbée ont intenté une action pour faire interdire la réalisation de la fusion (*preliminary injunction*). Ils ont allégué que le projet de fusion n'a pas été arrêté par un quorum des directeurs désintéressés de la

---

[1154] http://www.fjc.gov/servlet/nGetInfo?jid=2139&cid=26&ctype=ac&instate=03. Voir l'Annexe n°3.1.

[1155] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952).

[1156] En ce qui concerne les actionnaires de la société absorbée, 329,106 actions ont été votées pour la fusion et 4,645 contre la fusion. Les porteurs de 35,191 qui se sont opposés par écrit au projet n'ont pas voté. v. Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 23, 89 A.2d 862, 864 (Del. Ch. June 17, 1952).

société absorbée et que les termes du projet sont frauduleux et injustes pour les actionnaires minoritaires de la société absorbée[1157].

Le chancelier Seitz, de la cour de la chancellerie du Delaware, s'est référé à l'arrêt, Cole v. National Cash Credit Ass'n (1935). Le chancelier Seitz a dit que les défendeurs dans l'arrêt Cole bénéficiaient d'une présomption de bonne foi, tandis que les défendeurs dans l'arrêt en cause avaient la charge de prouver leur bonne foi et la justice de la transaction. Il a décidé qu'il n'y avait ni fraude ni mauvaise foi, et qu'il y avait de la justice de la transaction pour les actionnaires minoritaires de la société absorbée[1158]. Il a donc refusé d'ordonner l'injonction[1159].

La Cour suprême a affirmé la décision du chancelier Seitz. La Cour suprême a expliqué que dès lors que l'actionnaire détenant 83% et les directeurs qu'il a nommés ont agi des deux côtés de la transaction, ils doivent prouver *l'entire fairness* de la transaction[1160].

Il est intéressant de voir que la présomption de bonne foi au profit des directeurs et l'actionnaire majoritaire de la société absorbée est renversée dans une transaction avec cet actionnaire majoritaire qui est sur les deux côtés de la transaction. Dans ces cas-là, les directeurs et l'actionnaire majoritaire de la société absorbée doivent prouver leur bonne foi et l'*entire fairness* de la transaction.

219. Affaire n°2 : Bennett v. Breuil Petroleum Corp. (1953)[1161]. — En l'espèce, l'actionnaire minoritaire, William H. Bennett, de la société *Breuil Petroleum Corporation*, a intenté une action en nullité de l'émission des actions. Il a allégué que l'émission constitue une *oppression* de l'actionnaire majoritaire, et que les actions émises ont été vendues pour la considération grossièrement inadéquate.

Le chancelier Seitz de la cour de la chancellerie du Delaware a dit que le demandeur a la charge de prouver la mauvaise foi ou un motif inapproprié, et que les défendeurs

---

[1157] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 22, 89 A.2d 862, 864 (Del. Ch. June 17, 1952). [ci-après, Sterling v. Mayflower Hotel Corp. 89 A.2d 862, 864 (1952)] Voir l'Annexe n°3.2.1.

[1158] Sterling v. Mayflower Hotel Corp. 89 A.2d 862, 864 (1952). Voir l'Annexe n°3.2.2.

[1159] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 89 A.2d 862, 871 (1952). Voir l'Annexe n°3.2.3.

[1160] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107, 118 (Del. 1952). Voir l'Annexe n°3.2.4.

[1161] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953) [ci-après, Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236 (Del. Ch. 1953)].

ont le droit de commencer par une présomption de bonne foi. Il a dit qu'il ne pouvait pas être d'accord avec le demandeur qu'en raison du simple fait que M. Breuil était l'actionnaire contrôlant, la charge de prouver la bonne foi et le but propre/légitime (*proper purpose*) est renversée. Il a déclaré qu'il ne croyait pas que l'actionnaire contrôlant, M. Breuil, était sur les deux côtés de la transaction dans le sens qu'il a un intérêt personnel opposé[1162]. Le demandeur a allégué que le prix de l'action était plus de six fois inférieur à sa juste valeur. Le chancelier a affirmé que ce fait peut constituer une fraude[1163].

On voit plus clairement que pour renverser la présomption de bonne foi, il faut non seulement que la société soit détenue par un actionnaire contrôlant, mais aussi que cet actionnaire soit sur les deux côtés de la transaction, c'est-à-dire possède un intérêt personnel opposé à celui de la société.

220. Affaire n°3 : Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co. (1955)[1164]. — En l'espèce, la société *North Central Texas Oil Company* allait vendre son principal actif, à la société, North Central Corporation, et payer ses actionnaires 29$ par action (la vente de l'actif social en considération de l'argent).

L'actionnaire minoritaire a demandé, par exemple, d'interdire la vente de l'actif social. Le demandeur a allégué que l'autorisation des actionnaires a été obtenue par l'intermédiaire d'informations inexactes et incomplètes et que la liquidation proposée et la vente de l'actif principal n'étaient pas dans les meilleurs intérêts de la société[1165].

Le vice-chancelier Marvel a déclaré qu'il a été établi par les décisions du Delaware qu'en l'absence de preuve contraire, le jugement des directeurs dans la fixation des termes et conditions de la vente, comme tout autre acte de la société, a le droit à la présomption qu'il avait été exercé honnêtement et de bonne foi. Il a cité les deux arrêts, c'est-à-dire Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corp. et Allaun v. Consolidated Oil Corporation.[1166]

[1162] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236 (Del. Ch. 1953). Voir l'Annexe n°3.3.1.

[1163] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 99 A.2d 236 (Del. Ch. 1953). Voir l'Annexe n°3.3.2.

[1164] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) [ci-après, Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231 (Del.Ch. 1955)].

[1165] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 232 (Del.Ch. 1955).Voir l'Annexe n°3.4.1.

[1166] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 233 (Del.Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.4.2.

Selon le vice-chancelier, une telle présomption tombe, cependant, quand les voix des directeurs intéressés sont nécessaires à l'approbation de l'action de la société qui est attaquée.

En l'absence de fraude, il semblerait que lorsque les actionnaires informés ratifient un contrat approuvé par les directeurs intéressés, la charge de prouver que le contrat est injuste incombe au demandeur[1167].

En ce qui concerne la décision des directeurs de vendre l'actif, le vice-chancelier a décidé qu'elle bénéficiait de la présomption qu'elle avait été exercée honnêtement[1168].

221. Affaire n°4 : Baron v. Pressed Metals of America (1955)[1169]. — En l'espèce, la société *Pressed Metals of America* allait vendre ses actifs à M. Richmond et payer ses actionnaires 20.50$ par action (vente des actifs en considération de l'argent). L'actionnaire minoritaire a intenté une action pour demander d'interdire la vente proposée (*preliminary injunction*). Il a allégué que le prix était grossièrement inadéquat[1170].

(1) Le vice-chancelier Marvel a affirmé que, comme il a été décidé à plusieurs reprises dans cette cour, il y a une présomption que les directeurs aient agi honnêtement et dans les meilleurs intérêts des actionnaires en négociant un contrat pour la vente des actifs sociaux.[1171].

(2) En l'absence de démonstration que les directeurs et les actionnaires majoritaires sont d'une certaine manière à partager les bénéfices de la vente des actifs, dont la preuve est totalement absente ici, le vote requis des actionnaires autorisant la vente empêche normalement l'examen judiciaire de la vente des actifs[1172].

(3) Si le demandeur peut réussir à prouver que la disparité entre la valeur de la propriété à être vendue et la considération à être reçue est si déraisonnable qu'elle est

---

[1167] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 233 (Del.Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.4.3.

[1168] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 114 A.2d 231, 236-237 (Del.Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.4.4.

[1169] Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955) [ci-après, Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357 (Del. Ch. 1955)].

[1170] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 359 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.1.

[1171] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.2.

[1172] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.3.

attribuable à la mauvaise foi, la cour inférera un motif qui n'est pas propre de la part des vendeurs, ou supposera (assumera) que les vendeurs sont imprudemment indifférents aux intérêts de l'ensemble des actionnaires[1173].

(4) Le vice-chancelier Marvel a dit que dans une série d'arrêts rendus dans les années 1920, le chancelier Josiah Wolcott a discuté la question d'évaluation présentée dans les affaires relatives à § 271 du titre 8, Del.C. Il a décidé que le droit de la majorité des actionnaires d'autoriser une vente d'actifs est absolue, même si les actionnaires dissidents sont ainsi privés de la possibilité pour les bénéfices futurs, à condition, toutefois, que le prix à payer, le mode de paiement et les autres questions aient satisfait au critère de l'intérêt supérieur de la société. Le vice-chancelier n'a pas précisé que le chancelier Wolcott a dit que le prix de la vente devait être juste et adéquat[1174].

(5) Le vice-chancelier a conclu que le demandeur n'a pas prouvé que la vente proposée ait été en violation du devoir fiduciaire des directeurs et des actionnaires majoritaires[1175].

222. Affaire n°5 : Cottrell v. The Pawcatuck Company (1955)[1176]. — En l'espèce, l'actionnaire minoritaire, H. Cottrell, dans une société de famille (*family-held corporation*, *C.B. Cottrell and Sons Company* dénommée *The Pawcatuck Company*), a intenté une action pour interdire la vente des actifs non liquides de la société à une autre société, *Harris-Seybold Company*.

La cour de la chancellerie a déclaré que les directeurs et les actionnaires majoritaires ont un devoir fiduciaire à l'égard de l'actionnaire minoritaire. Dans l'exercice de ce devoir, ils bénéficient d'une présomption de bonne foi. La possession des actions par les directeurs et la possibilité que certains d'entre eux continueront dans une nouvelle société ne détruisent pas cette présomption. La cour de la chancellerie a cité la jurisprudence Bennett[1177]. La charge de la preuve incombe au demandeur.

[1173] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.4.

[1174] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 361 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.5.

[1175] Baron v. Pressed Metals of America, 117 A.2d 357, 364 (Del.Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.5.6.

[1176] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955).

[1177] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 116 A.2d 787, 788-9 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.6.1.

En premier lieu, le demandeur a allégué que l'approbation par les directeurs de la vente n'a pas été valide faute de connaissance suffisante. Le demandeur a allégué que certains directeurs n'avaient pas de connaissances suffisantes et ont voté mal informés. La cour, tout en admettant que les directeurs n'étaient pas au courant de tous les facteurs d'évaluation, a décidé que leur approbation a été valide[1178]. Le droit à être informé et le devoir de s'informer, subira une évolution.

En deuxième lieu, le demandeur a allégué que le prix était grossièrement inadéquat. La cour de la chancellerie a décidé que le demandeur n'a pas prouvé que le prix était juridiquement inadéquat[1179].

La Cour suprême du Delaware a confirmé que les directeurs « sont vêtus de la présomption de bonne foi et du jugement sur l'affaire honnête »[1180]. La Cour suprême du Delaware n'a pas examiné si le jugement était sain. La cour s'est limitée à vérifier l'absence de mauvaise foi et l'intention de traiter injustement la minorité[1181]. La Cour suprême a ajouté qu'une perspective du maintien de l'emploi pour le dirigeant dominant (D. Cottrell), sans agrément préalable, n'était pas de signe de fraude[1182]. La cour n'a pas accueilli l'allégation du demandeur selon laquelle les directeurs minoritaires n'avaient pas eu une information suffisante pour voter de manière intelligente[1183]. Enfin, la Cour suprême a décidé que le prix n'avait pas été grossièrement inadéquat[1184].

223. Affaire n°6 : Treves v. Menzies (1958)[1185]. — Les propriétaires des actions privilégiées (*owners of preferred stock*) ont intenté une action pour forcer le paiement des dividendes sur la liquidation des sociétés. Le vice-chancelier Marvel, de la cour de la chancellerie du Delaware, a décidé qu'il n'y avait eu ni abus de discrétion

[1178] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 116 A.2d 787, 789 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.6.2.

[1179] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 116 A.2d 787, 789, 792 (Del. Ch. 1955). Voir l'Annexe n°3.6.3.

[1180] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 128 A.2d 225, 228 (Del.1955). Voir l'Annexe n°3.6.4.

[1181] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 128 A.2d 225, 226-7 (Del.1955). Voir l'Annexe n°3.6.5.

[1182] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 128 A.2d 225, 227 (Del.1955). Voir l'Annexe n°3.6.6.

[1183] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 128 A.2d 225, 228 (Del.1955). Voir l'Annexe n°3.6.7.

[1184] Cottrell v. The Pawcatuck Co., 128 A.2d 225, 227-8, 233 (Del.1955). Voir l'Annexe n°3.6.8.

[1185] Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958).

oppressif ou frauduleux, ni réel doute ce qui semblait clairement avoir été l'exercice du jugement sur l'affaire honnête de la part des directeurs[1186].

224. Affaire n°7 : Marks v. Wolfson (1963)[1187]. — En l'espèce, les actionnaires minoritaires ont intenté une action en contestant le prix payé pour la vente des actifs de leur société *Trailco Corp.* à une autre société, *Trans Continental Industries, Inc*.
Le vice-chancelier Marvel a déclaré que la seule question douteuse était de savoir si le prix payé pour les actifs avait été ou pas juridiquement suffisant[1188].
Le vice-chancelier Marvel a dit que les présomptions normales prévalaient, et pour les renverser le demandeur devait prouver une mauvaise foi ; une conspiration ; une collusion ; une illégalité ; un conflit d'intérêts ; le partage des profits illégaux ou secrets ; une fraude, c'est-à-dire le prix clairement inadéquat, qui ne résulte pas d'une erreur honnête de jugement mais, d'un motif qui n'est pas propre ou d'une indifférence imprudente ou d'un manque d'intérêt intentionnel aux intérêts de tous les actionnaires. La présomption n'est pas renversée seulement en raison de l'existence d'un actionnaire majoritaire. Il a cité les arrêts, Robinson v. Pittsburgh Oil Corp. ; Allied Chemical & Dye Corp. v. Steel and Tube ; Allaun v. Consolidated Oil Corp. ; Cottrell v. Pawcatuck Company ; Bennett v. Breuil Petroleum Corp. Le vice-chancelier a décidé que le demandeur n'avait pas prouvé son affaire[1189].

225. Affaire n°8 : Moskowitz v. Bantrell (1963)[1190]. — Les actionnaires ont intenté une action en vue de forcer le conseil des directeurs à décider la distribution des dividendes (*to compel declaration of dividend*).
Le *Chief Justice* Southerland au nom de la Cour suprême du Delaware a dit que pour que la cours puisse interférer avec le jugement du conseil des directeurs, le demandeur devait prouver la fraude ou l'abus de discrétion (frauduleux ou oppressif).

[1186] Treves v. Menzies, 142 A.2d 520, 523 (Del.Ch.1958). Voir l'Annexe n°3.7.1.

[1187] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) : « In the light of the evidence of record in each of the cases before me I conclude that the only doubtful question before me is whether or not a legally sufficient price was paid for the assets in question. »

[1188] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 123, 188 A.2d 680, 685 (Del. Ch. Feb. 8, 1963).

[1189] Marks v. Wolfson, 188 A.2d 680, 685 (Del. Ch. 1963). Voir l'Annexe n°3.8.1.

[1190] Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 190 A.2d 749 (Del.Supr., Apr 19, 1963).

Il a cité les trois arrêts et un traité. Enfin, il a décidé que la preuve n'avait pas démontré que le conseil des directeurs avait commis une fraude ou un abus de discrétion grossier[1191].

226. Affaire n°9 : Alcott v. Hyman (1965)[1192]. — En l'espèce, la société *Associated Artists Productions Corp*. (*AAP*), a vendu tous ses actifs, sauf l'argent dans la banque, à une autre société, *United Artists Associated, Inc*. (*UAA*), sous forme d'un nombre de transactions complexes.

Les défendeurs (*AAP*) ne pouvant pas démontrer que les transactions ont été approuvées par les directeurs désintéressés et à défaut d'une ratification par les actionnaires, les défendeurs ont dû démontrer qu'ils avaient exercé la bonne foi la plus entière et la justice la plus scrupuleuse. La Cour suprême a décidé que les défendeurs (*AAP*) avaient apporté la preuve exigée.[1193]

227. Affaire n°10 : Warshaw v. Calhoun (1966)[1194]. — En l'espèce, le groupe *Duboc-Gordon* détenait les 55% de la société, *Western Insurance Securities Company* (*Securities*)[1195]. *Securities* est une société holding qui détenait les 41.54% des actions ordinaires (*common stock*) de la société d'assurance, *Casualty*[1196].

L'actionnaire minoritaire de la société, *Securities*, a intenté une action (*class action* et aussi *derivative action*) contre l'actionnaire majoritaire.

L'actionnaire minoritaire a demandé, par exemple, (1) d'obliger l'actionnaire majoritaire à dissoudre la société holding, (2) d'annuler la décision des directeurs de la société holding (*Securities*) et de la filiale (*Casualty*) d'émettre de nouvelles actions et de vendre les droits de souscription à un *underwriter*, plutôt que de les transmettre aux actionnaires de la société holding.

[1191] Moskowitz v. Bantrell, 190 A.2d 749, 750 (Del. 1963). Voir l'Annexe n°3.9.1.

[1192] Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90 (Del. Ch. Aug. 22, 1962), aff'd, 208 A.2d 501 (Del. March 8, 1965).

[1193] Alcott v. Hyman, 208 A.2d 501, 507 (Del. 1965). Voir l'Annexe n°3.10.1.

[1194] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1195] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 493 (Del.Supr. Jun 03, 1966).

[1196] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539, 540 (Del.Ch. Oct 5, 1965).

En ce qui concerne la dissolution, la cour de la chancellerie a jugé que les actionnaires majoritaires nétaient pas tenus de dissoudre la société holding seulement en raison de son statut fiscal. En ce qui concerne la décision de vendre les droits de souscription à une société de courtage, la cour de chancellerie a décidé que la décision n'avait pas eu pour résultat un dommage aux actionnaires minoritaires différent de celui des actionnaires contrôlant, et que la *business judgment rule* s'appliquait[1197].

Selon nous, la cour de la chancellerie, le chancelier Seitz, a utilisé pour la première fois l'expression la *business judgment rule*. La cour de la chancellerie a analysé (1) le prix des actions, ainsi que (2) la situation entre les actionnaires[1198].

La Cour suprême du Delaware a affirmé la décision de la cour de la chancellerie. La Cour suprême a examiné (1) les raisons de la décision[1199] ; (2) le prix des droits de souscription[1200] ; (3) le traitement des actionnaires[1201].

Elle n'a pas utilisé l'expression la *business judgment rule*, mais le *business judgment*, au moins quatre fois[1202]. La jurisprudence postérieure, ainsi que la doctrine ont estimé que la Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Warshaw v. Calhoun, a formulé la définition de la *business judgment rule* de manière suivante[1203] :

« En l'absence de preuve de mauvaise foi des directeurs ou d'un abus de discrétion grossier, le jugement sur l'affaire des directeurs ne sera pas interféré par les cours. La charge de prouver la mauvaise foi ou l'abus de discrétion incombe au demandeur qui allègue que l'action a été prise au profit de la majorité et au détriment de la minorité. Les actes des directeurs sont présumés être accomplis de bonne foi et inspirés pour les meilleurs intérêts de la société et un actionnaire minoritaire qui conteste leur bonne foi a la charge de la preuve »[1204]. La Cour suprême a décidé que le demandeur n'a pas renversé la présomption de bonne foi[1205].

[1197] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539, 542-543 (Del.Ch.1965). Voir l'Annexe n°3.11.1.

[1198] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539, 543 (Del.Ch. 1965). Voir l'Annexe n°3.11.2.

[1199] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 492 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.3.

[1200] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 492 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.4.

[1201] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 492 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.5.

[1202] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 492-4 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.6.

[1203] Kelly v. Bell, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970); S.S. ARSHT, *op. cit.*, pp. 108-109.

[1204] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 492-493 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.7.

[1205] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 493 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.8.

La *business judgment rule* s'applique dans ce cas là, même en présence d'un actionnaire majoritaire à condition que le résultat de la décision ne soit pas différent pour l'actionnaire majoritaire ou l'actionnaire minoritaire[1206].

228. Après avoir examiné les arrêts rendus dans le Delaware de 1951 à 1966, on examinera les arrêts rendus dans cet Etats de 1966 à 1982.

[1206] Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487, 493 (Del. 1966). Voir l'Annexe n°3.11.9.

§ 2 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1966-1982)

229. Chancelier Duffy. — William Duffy a été le chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware de 1966 à 1973.

230. Affaire n°11 : Meyerson v. El Paso Natural Gas Company (1967)[1207]**. —** En l'espèce, la société *El Paso Natural Gas Company* (*El Paso*) a détenu plus de 80% des actions d'une autre société, *Northwest Production Corporation* (*Northwest*). Les directeurs et les principaux *officers* du parent ont été aussi les directeurs et les principaux *officers* de la filiale. Avec le consentement du *Northwest*, les rendements consolidés (*consolidated returns*) ont été déposés pour les années 1962, 1963, 1964 et 1965. A chaque fois, le bénéfice imposable d'*El Paso* a été réduit par les pertes fiscales de *Northwest*[1208].

L'actionnaire minoritaire de la société filiale, *Northwest*, a intenté une action contre la société mère, *El Paso*, en demandant, par exemple, l'allocation juste des économies d'impôt (*tax savings*)[1209].

La question qui s'est posée était de savoir si la société mère avait le devoir de partager avec la filiale des économies d'impôts obtenues en raison des pertes fiscales de la filiale.

La cour de la chancellerie du Delaware a estimé que l'actionnaire majoritaire, c'est-à-dire le parent, a un devoir fiduciaire à l'égard de l'actionnaire minoritaire, c'est-à-dire la filiale. La cour de la chancellerie du Delaware a décidé que le test de justice s'appliquait[1210].

En citant la jurisprudence New York Central, la cour de la chancellerie a décidé qu'il était impossible d'établir les standards justes d'un agrément d'allocation[1211]. La cour de la chancellerie a décidé aussi qu'il n'y a pas de perte pour la société filiale qui

[1207] Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789 (Del. Ch. July 27, 1967).

[1208] Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789, 790 (Del. Ch. July 27, 1967).

[1209] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 790 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.1.

[1210] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 790 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.2.

[1211] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.3.

n'aurait pas pu utiliser les pertes fiscales pour obtenir un gain (absence du dommage)[1212]. La cour de la chancellerie a dit que la question alors était réduite à un jugement sur l'affaire avec lequel la Cour ne devrait pas interférer, sauf preuve du dépassement grossier et manifeste[1213]. A défaut d'une telle preuve, la cour de la chancellerie a rejeté la demande[1214].

La cour de la chancellerie du Delaware a utilisé l'expression le *business judgment* au moins une fois[1215]. La cour de la chancellerie du Delaware n'a utilisé ni l'expression *business judgment rule*, ni l'expression *business judgment standard*. La cour de la chancellerie du Delaware a appliqué la *business judgment rule* dans les transactions entre la société mère et la société filiale lorsqu'il a été impossible d'établir les termes justes de la transaction et il n'y a pas eu la perte de la filiale, et il n'y a pas de preuve du dépassement grossier et manifeste[1216].

L'expression le « dépassement grossier et manifeste » (*gross and palpable overreaching*) a été utilisé dans l'arrêté cité Case v. New York Central Railroad Corporation[1217].

La question qui s'est posée alors était de savoir si tout jugement des directeurs qui ne constitue pas un dépassement grossier et manifeste est à l'abri de la responsabilité. La doctrine a répondu par la négative[1218].

231. Affaire n°12 : Greene v. Dunhill (1968)[1219]. — En l'espèce, il s'agit de la fusion entre la société mère et la société filiale.

La cour a expliqué qu'en cas de fusion entre la société et le tiers ou en cas d'absence des intérêts divisés, le jugement de l'actionnaire majoritaire et du conseil des

[1212] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.4.

[1213] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.5.

[1214] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.6.

[1215] Meyerson v. El Paso Nat. Gas Co., 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. 1967). Voir l'Annexe n°3.12.7.

[1216] Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789, 794 (Del. Ch. July 27, 1967).

[1217] Case v. New York Central Railroad Company, 19 A.D. 2d 383 (Oct. 29, 1963), rev'd, 15 N.Y.2d 150 (Feb. 4, 1965). Voir l'Annexe n°3.13.1.

[1218] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 104. Voir l'Annexe n°3.14.1.

[1219] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427 (Del. Ch. Dec. 24, 1968).

directeurs sera présumé de bonne foi et inspiré par le but de bonne foi[1220].

La cour de la chancellerie a expliqué qu'en cas de fusion entre la société mère et la société filiale qu'elle contrôle (et qui a des actionnaires minoritaires) ou en cas d'actionnaires ou/et directeurs qui contrôlent la transaction et ses termes ainsi qu'ils sont sur les deux côtés de cette transaction, la présomption et la déférence au jugement sur l'affaire ne seront pas présentées et le critère de la justice s'appliquera au jugement attaqué. Elle a cité la jurisprudence Sterling v. Hôtel Mayflower Corp. (1952)[1221]. Elle a cité un nombre d'arrêts et le traité[1222].

232. Affaire n°13 : Wolfensohn v. Madison (1969)[1223]. — La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Wolfensohn v. Madison, a appliqué la jurisprudence Meyerson, sur l'utilisation par la société mère de pertes fiscales reportables de la société filiale (*tax loss carry over*). Elle a soulevé aussi l'absence du dommage de la société filiale[1224].

233. Affaire n°14 : Bastian v. Bourns (1969)[1225]. — En l'espèce, M. E. Bourns et les membres de sa famille ont détenu près de 75% des actions émises par la société Bourns, Inc. La société, *Bourns, Inc*., a détenu les 81% des actions d'une autre société, *Chicago Aerial Industries, Inc.* (*C.A.I.*). Il y a eu fusion entre les deux sociétés (une action de la société *C.A.I.* pour une action de la société Bourns, Inc.). Les actionnaires minoritaires de la société filiale, *C.A.I.*, ont intenté une action pour interdire la fusion (*preliminary injunction*), par exemple, à cause de l'injustice du prix (*unfairness of the price*).

La cour de la chancellerie a soulevé que le projet de fusion a été créé par M. Bourns et arrêté par les conseils des directeurs des sociétés qu'il a contrôlé. Selon la cour, M. Bourns et les conseils des directeurs ont été clairement assis sur les côtés opposés de la table dans la formulation de la fusion, ils ont eu un devoir fiduciaire à l'égard des

[1220] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427, 430 (Del. Ch. 1968). Voir l'Annexe n°3.15.1.

[1221] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427, 430-1 (Del. Ch. 1968). Voir l'Annexe n°3.15.2.

[1222] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427, 430-1 (Del. Ch. 1968). Voir l'Annexe n°3.15.3.

[1223] Wolfensohn v. Madison, 253 A.2d 72 (Del. April 8, 1969).

[1224] Wolfensohn v. Madison, 253 A.2d 72, 76 (Del. 1969). Voir l'Annexe n°3.16.1.

[1225] Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969).

actionnaires minoritaires de la société filiale, *C.I.A.*, de traiter ses intérêts de manière juste. La cour de la chancellerie a décidé que les défendeurs devaient prouver la justice de la fusion. Ella a cité la jurisprudence Sterling v. Mayflower Hotel Corp. (1952) et Greene & Co. v. Dunhill International, Inc. (1968)[1226].

234. Affaire n°15 : Kelly v. Bell (1970)[1227]. — En l'espèce, les *officers* de la société se sont engagés à faire des paiements continus, sous forme d'impôts (*taxes*), si le législateur abrogeait la législation fiscale. Cet engagement n'a pas été approuvé par le conseil des directeurs. Les actionnaires ont intenté une action pour obliger les *officers* à rembourser la société pour les paiements effectués.

Le chancelier Duffy de la cour de la chancellerie a rejeté l'argument des demandeurs selon lequel les défendeurs, c'est-à-dire les *officers*, n'ont pas droit au bénéfice de la *business judgment rule*[1228]. Selon le chancelier, la règle est appliquée, en général, aux directeurs, et a été formulée dans l'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Warshaw v. Calhoun, (1966) comme suit : « En l'absence de preuve de mauvaise foi des directeurs ou d'un abus de discrétion grossier, le jugement sur l'affaire des directeurs ne sera pas interféré par les cours»[1229].

La société *Steel* a été constituée dans l'Etat du New Jersey. Selon le chancelier Duffy, la loi de l'Etat de New Jersey relative à la *business judgment rule* est la même, et il a cité la jurisprudence Ellerman (1891)[1230].

Dans les circonstances de l'espèce et, en particulier, en l'absence de toute suggestion de loyauté divisée, la règle est applicable aux *officers* exécutifs qui ont pris l'engagement aux communautés et qui ont autorisé les paiements destinés à eux. La cour a cité le traité. L'engagement et les paiements aux communautés concernent

[1226] Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680, 681-682 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.17.1.

[1227] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970).

[1228] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970) : « For reasons which I have already stated, I reject plaintiffs' argument that defendants are not entitled to the benefit of the business judgment rule. »

[1229] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.18.1.

[1230] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.18.2.

l'exercice d'un jugement sur l'affaire qui ne sera pas interféré par cette cour[1231]. La cour a utilisé l'expression *business judgment rule* au moins quatre fois.

Selon le demandeur, le conseil des directeurs aurait dû connaître l'engagement pris par la société et n'aurait pas dû permettre d'effectuer les paiements. Sans se prononcer sur la qualité de cet argument, le chancelier Duffy a jugé que la délégation des fonctions par la société, qui a permis aux *officers* de prendre l'engagement attaqué, relève de la *business judgment rule*[1232].

La Cour suprême du Delaware a confirmé l'arrêt de la cour de la chancellerie. La Cour suprême a constaté l'absence de fraude ; d'un gain personnel ; de mauvaise foi ou d'une considération autre que de faire ce qui est le meilleur pour la société[1233].

235. Affaire n°16 : Getty Oil v. Skelly Oil (1970)[1234]. — En l'espèce, la société *Getty Oil Company* (*Getty*), a détenu (à travers *Mission Corporation*, une société cotée holding) les 71% des actions d'une société cotée, *Skelly Oil Company* (*Skelly*). Les deux sociétés exercent des activités pétrolières[1235]. Avant 1967, *Getty* et *Skelly* ont reçu les allocations d'huile, séparément, dans le cadre du programme fédéral des importations de pétrole[1236]. En 1967, *Skelly* n'a pas reçu sa propre allocation parce que *Skelly* était contrôlée par *Getty*[1237]. *Getty* a décidé de ne pas partager ses allocations avec *Skelly*. En invoquant la jurisprudence Meyerson, elle a demandé un jugement déclaratoire confirmant sa décision[1238].

La cour de la chancellerie du Delaware a refusé d'appliquer le standard de la *business judgment rule* sauf « dépassement grossier et manifeste »[1239]. La cour de la

[1231] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62, 75 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.18.3.

[1232] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62, 71 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.18.4.

[1233] Kelly v. Bell, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970). Voir l'Annexe n°3.18.5.

[1234] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883 (Del. June 1, 1970).

[1235] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 267 A.2d 883, 884-885 (Del. 1970).

[1236] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717, 719 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883, 885 (Del. June 1, 1970); S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 104. Voir l'Annexe n°3.14.2.

[1237] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 885 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.1.

[1238] S.S. ARSHT, *op. cit.*, pp. 104-105. Voir l'Annexe n°3.14.3.

[1239] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 105. Voir l'Annexe n°3.14.4.

chancellerie du Delaware a appliqué le test de justice (*fairness test*) parce qu'une répartition juste était possible[1240]. La cour de la chancellerie du Delaware a utilisé l'expression *business judgment rule* au moins deux fois[1241]. Le demandeur a porté l'affaire devant la Cour suprême du Delaware. La question qui s'est posée était de savoir si la *business judgment rule* s'appliquait à la décision de l'actionnaire contrôlant de ne pas partager le quota de répartition d'huile avec sa filiale. La problématique concernait le standard à être appliqué dans la détermination du devoir de la société mère à l'égard de sa filiale[1242].

La Cour suprême a renversé l'arrêt de la cour de la chancellerie. La Cour suprême du Delaware a utilisé l'expression le *business judgment test* au moins une fois[1243] et le *business judgment* au moins trois fois[1244].

La Cour suprême du Delaware a rappelé que le test de « justice intrinsèque » a été appliqué aux transactions entre la société mère et sa filiale quand la société mère contrôlait la réalisation de la transaction et la fixation de ses termes[1245]. Selon la Cour suprême du Delaware, le test du « jugement sur l'affaire » a été appliqué aux transactions entre la société mère et sa filiale quand le tiers établissait ses termes, c'est-à-dire le gouvernement fédéral ou étatique[1246].

Selon la Cour suprême du Delaware, la transaction en elle-même et ses termes ont été désignés par le gouvernement fédéral, par exemple, sans consentement de la société mère ou de la société filiale[1247]. Selon la Cour suprême du Delaware, la question a été réduite à celle du jugement sur l'affaire avec lequel la cour ne devrait pas interférer sans preuve du dépassement grossier et manifeste[1248]. Or, la Cour suprême a jugé que la filiale n'avait pas démontré que la société mère avait commis un dépassement

[1240] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 255 A.2d 717, 721 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.19.2.

[1241] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 255 A.2d 717, 720-1 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.19.3.

[1242] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 886 (Del. 1970).Voir l'Annexe n°3.19.4.

[1243] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.5.

[1244] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887-8 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.6.

[1245] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.7.

[1246] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.8.

[1247] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 885, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.9.

[1248] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.10.

grossier et manifeste[1249].

Cependant, on peut faire valoir (1) que le gouvernement fédéral a seulement défini le cadre général de la répartition de l'huile et (2) que c'était la société contrôlant qui avait pris la décision de ne pas partager l'huile avec la société filiale.

La Cour suprême a réaffirmé l'interférence avec le jugement sur l'affaire à la demande des actionnaires minoritaires en cas d'avantage obtenu par le groupe dominant au détriment de la société ou ses actionnaires minoritaires. Or, la Cour suprême a décidé que la société filiale n'avait obtenu aucun avantage après être traité comme une entité sous le programme fédéral[1250].

Cependant, on peut faire valoir que la décision de la société contrôlant de ne pas partager le quota d'huile avec la société filiale a été un avantage, compris en tant qu'évitement de diminution de quota. Le fait que la société filiale n'a pas contribué au montant accordé de l'allocation d'huile est sans pertinence[1251].

La Cour suprême du Delaware a conclu que le fait que la société mère ait une obligation fiduciaire à l'égard de sa filiale, ce devoir n'exigeait pas le sacrifice de soi de la part de la société mère. La société mère a des actionnaires qu'elle doit considérer, et les directeurs de la société mère sont chargés d'une obligation fiduciaire[1252].

On peut essayer de synthétiser la jurisprudence Getty Oil de manière suivante : la *business judgment rule* s'applique (1) si les termes de la transaction entre la société mère et la filiale sont définies par le tiers[1253] et (2) s'il n'y a pas de dépassement grossier et manifeste[1254], et (3) s'il n'y a pas d'avantage obtenu par le groupe dominant de la société ou ses actionnaires minoritaires au détriment de la société ou de ses actionnaires minoritaires[1255].

[1249] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970).Voir l'Annexe n°3.19.11.

[1250] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887-888 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.12.

[1251] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 885 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.13.

[1252] Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co., 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970). Voir l'Annexe n°3.19.14.

[1253] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970).

[1254] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970).

[1255] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 267 A.2d 883, 887 (Del. 1970).

236. Affaire n°17 : Sinclair Oil v. Levien (1971)[1256]. — Cet arrêt est connu en tant qu'arrêt « classique de la jurisprudence des sociétés dans le Delaware »[1257].

Le demandeur était Francis S. Levien, l'actionnaire minoritaire de la société cotée, *Sinclair Venezuelan Oil Company*, incorporée dans le Delaware (*Sinven*). Le défendeur était la société *Sinclair Oil Corporation* (*Sinclair*), incorporée dans le New York qui détenait les 97% de la société *Sinven* (l'actionnaire majoritaire).

L'actionnaire minoritaire a intenté une action (*derivative action*) contre l'actionnaire majoritaire. Le demandeur a allégué que le défendeur (1) avait obligé *Sinven* de verser des dividendes excessifs limitant le développement industriel de *Sinven*, et (2) avait obligé *Sinven* de ne pas agir pour violation du contrat par une société filiale à 100% du défendeur.

La question qui se pose est de savoir si la *business judgment rule* s'applique à ces deux décisions.

La cour de la chancellerie a utilisé l'expression la *business judgment rule* au moins une fois[1258].

La cour de la chancellerie a décidé que quand les personnes, les actionnaires ou les directeurs, qui contrôlent la réalisation d'une transaction et la fixation de ses termes, sont des deux côtés, la présomption et la déférence à un sain jugement sur l'affaire ne sont plus présentes. La justice intrinsèque, testée par toutes les normes pertinentes, est alors le critère[1259]. Le défendeur a failli de prouver que la décision était juste. Le défendeur a interjeté l'appel.

La Cour suprême du Delaware a utilisé l'expression la *business judgment rule* au moins deux fois[1260] et l'expression les *business judgment standards* au moins six fois[1261].

[1256] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1257] V. R. B. Thompson, *Mapping Judicial Review: Sinclair Oil v. Levien, Vanderbuilt University Law School Public Law and Legal Theory*, Working Paper N°08-36, accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1161299&download=yes (la dernière visite : le 9 mars 2013).

[1258] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911, 919 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.20.1.

[1259] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911, 915 (Del. Ch. 1969). Voir l'Annexe n°3.20.2.

[1260] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720, 722 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.3.

La Cour suprême du Delaware, afin de décider si la *business judgment rule* s'appliquait aux décisions en cause, a articulé un nombre de différentes formulations de la règle[1262].

L'une de ces formulations a été comme suit : « Sinclair soutient que les transactions entre elle et *Sinven* doivent être testées, non pas par le test d'une justice intrinsèque avec le transfert de la charge de la preuve, mais par la *business judgment rule* en vertu de laquelle la cour n'interférera pas avec le jugement du conseil des directeurs sauf preuve du dépassement grossier et manifeste.

Le conseil des directeurs bénéficie d'une présomption d'un sain jugement sur l'affaire, et ses décisions ne seront pas perturbées si elles peuvent être attribuées à des buts des affaires rationnelles. La cour dans de telles circonstances ne substituera pas ses propres notions de ce qui est ou n'est pas un sain jugement sur l'affaire»[1263].

Selon la doctrine, la cour a pu seulement présenter l'argument de Sinclair et non pas sa propre vision de la loi[1264]. Cependant, un nombre de ressources, y compris la jurisprudence postérieure, a cité cet extrait de l'arrêt[1265].

La synthèse de différentes formulations de la *business judgment rule* peut être la suivante :

En vertu de la *business judgment rule*, la cour n'interférera pas avec le jugement sur l'affaire du conseil des directeurs à moins que le demandeur prouve (1) la fraude[1266] ;

[1261] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720,722 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.4.

[1262] V. S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 106. Voir l'Annexe n°3.14.5.

[1263] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.5.

[1264] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 106.

[1265] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.1 ; *Model Business Corporation Act, dans Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms* (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), *Official Comment to* § 8.31, *Section* 8.31(a), *Note on the Business Judgment Rule*, p. 839 : « In basic principle, a board of directors enjoys a presumption of sound business judgment and its decisions will not be disturbed (by a court substituting its own notions of what is or is not sound business judgment) if they can be attributed to any rational business purpose. See Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971). » ; A. BROWNSTEIN, M. PRESSER, D. SHAPIRO, *The Use of Special Committee in Management LBOs and Other Conflict Transactions*, The Journal of Private Equity, Winter/Spring 2000, Vol. 3, N°2, pp. 23-37.

[1266] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 722 (Del. June 18, 1971).

(2) l'illégalité[1267] ; (3) l'usurpation des opportunités des affaires (*usurpation of corporate opportunities*)[1268] ; (4) le conflit d'intérêts compris en tant que réception de quelque chose de la filiale à l'exclusion de et au détriment de ses actionnaires minoritaires[1269] ; (5) le dépassement grossier et manifeste[1270] ; (6) l'absence de but des affaires rationnel (*no rational business purpose*)[1271] ; (7) l'absence d'objectif des affaires raisonnable (*no reasonable business objective*)[1272] ; (8) les motifs illégitimes et déchets[1273].

La question qui se pose est de savoir s'il y a une différence entre « absence du but d' affaires rationnel (*no rational business purpose*) et l'absence d'objectif des affaires raisonnable (*no reasonable business objective*).

D'après S. Arsht, la déclaration de la cour selon laquelle les décisions du conseil des directeurs ne seront pas perturbées si elles peuvent être attribuées à un but d'affaire rationnel, est une source de confusion et critique. Il était argumenté que cette formulation de la *business judgment rule* mettait sur un actionnaire une tâche apparemment impossible à prouver l'irrationalité[1274]. Selon S. Arsht, l'objectif ou le but des affaires est raisonnable ou rationnel s'il tend à servir les meilleurs intérêts de la société[1275].

[1267] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 722 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.6.

[1268] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 722 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.7.

[1269] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 721 (Del. June 18, 1971). La décision de la cour de la chancellerie sur ce point a été renversée v. Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911, 915 (Del. Ch. Dec. 23, 1969) : « The business judgment rule may apply even if « stockholders or directors, who control the making of a transaction and the fixing of its terms, are on both sides. » »

[1270] Selon S. ARSHT, « [This element applies only to] that narrow class of parent-subsidiary transactions where an arm's-length fairness test cannot be applied, and not as a definition of the business judgment rule to be given general application. » V. S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 106.

[1271] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971).

[1272] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 721 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.8.

[1273] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 722 (Del. 1971). Voir l'Annexe n°3.20.9.

[1274] S.S. ARSHT, *op. cit.*, pp. 106-107, note 60 : « See E. FOLK, The Delaware General Corporation Law 78 (1978) » […] « 'Irrational' is antonym of 'rational'. However, 'reasonable' and 'reasoning' are synonymous of 'rational', and in view of the later reference in Sinclair to 'reasonable business objective,' it is clear that it is in this sense that the Delaware Supreme Court used 'rational.' ».

[1275] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 107 : « « [R]easonable business objective » or « rational business purpose » is, in this writer's view, a correct articulation of one element of the business judgment rule. »

En ce qui concerne la décision du conseil des directeurs de *Sinven* de distribuer des dividendes, la Cour suprême du Delaware a décidé que l'actionnaire majoritaire a été traité de même manière que l'actionnaire minoritaire, que *Sinclair* n'a rien reçu de plus que les actionnaires minoritaires et n'a pas appliqué le test de « justice intrinsèque » (*intrinsic fairness*), c'est-à-dire le défendeur, l'actionnaire majoritaire, n'a pas à prouver la « justice intrinsèque » de la décision du conseil des directeurs[1276].
En ce qui concerne la décision du conseil des directeurs de *Sinven* de ne pas agir face à la violation du contrat conclu entre *Sinven* et *Sinclair International Oil Company*, la filiale à 100% de *Sinclair*, la Cour suprême du Delaware a décidé que le contrat avait été *self-dealing* (conflit d'intérêts) et a appliqué le test de « justice intrinsèque » (*intrinsic fairness*), c'est-à-dire le défendeur, l'actionnaire majoritaire, *Sinclair*, a dû prouver que la décision du conseil des directeurs a été intrinsèquement juste pour les actionnaires minoritaires. La Cour suprême a décidé que *Sinclair* n'avait pas réussi à satisfaire la charge de la preuve[1277].

237. Affaire n°18 : Chasin v. Gluck (1971)[1278]. — En l'espèce, la société *Grayson Robinson Stores, Inc.* (*Grayson*), une chaîne de grands magasins de renommée nationale, a conclu un contrat de bail avec une autre société, *AS Beck Shoe Corporation* (après *Beck Industries, Inc.*, *Beck*) en vertu duquel la société *Grayson* devrait payer à la société *Beck* le montant correspondant aux produits vendus diminué par les coûts du loyer[1279].
Quelque temps après la conclusion de ce contrat, la société *Grayson* a acheté les 51 % des actions de la société *Beck* et dominé le conseil des directeurs de la société *Beck*[1280].
La société *Grayson* devait à la société *Beck* 233 856.76$ pour la période du 1 janvier 1962 au 14 août 1962. La société *Grayson* est tombée en faillite.

[1276] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 721-722 (Del. June 18, 1971).

[1277] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 723 (Del. June 18, 1971).

[1278] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1279] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 190 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.1.

[1280] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 189 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.2.

L'actionnaire de la société *Beck* a intenté une action (*derivative action*) contre les directeurs de la société *Beck*. Il a allégué que les directeurs de la société *Beck* avaient violé leur devoir fiduciaire à l'égard de la société *Beck* parce qu'ils n'avaient pas fait demander à la société *Grayson* le respect du contrat et le paiement des montants dus à temps[1281]. En alternative, il a allégué que les directeurs de la société *Beck* avaient été au moins négligents de ne pas éviter, ou tout au moins de ne pas atténuer la perte de la société *Beck* résultant de difficultés financières de la société *Grayson* qui au final est tombée en faillite[1282]. Le demandeur s'est fondé sur son interprétation de la jurisprudence Sterlling v. Mayflower Hotel Corp. (1952), selon laquelle l'actionnaire contrôlant, c'est-à-dire M. Gluck doit prouver que la transaction entre la société *Grayson* et *Beck* a été entièrement juste à la société *Beck*[1283].

Selon la cour de la chancellerie du Delaware, le directeur de la société *Beck*, M. Schiff, qui au moment des faits allégués, n'a pas eu d'intérêt financier ni dans la société mère, *Grayson*, ni dans la société filiale, *Beck*, a été en mesure d'exercer librement son jugement indépendant sur l'affaire et ne doit pas être responsable en l'absence de mauvaise foi, de négligence ou d'abus de discrétion grossier. La cour de la chancellerie du Delaware a cité la jurisprudence Warshaw v. Calhoun[1284]. Il est intéressant de noter que la cour a ajouté l'exercice libre du jugement indépendant. Ainsi, la question relative à l'indépendance acquiert une place dans la jurisprudence du Delaware.

L'autre directeur de la société *Beck*, M. Gluck, détenait les 29% des actions de la société *Grayson*. La cour de la chancellerie a déclaré que la règle de l'équité intrinsèque (*intrinsic fairness rule*) ne s'appliquait pas en raison du simple fait que les directeurs *interlocking* étaient impliqués dans une transaction entre les sociétés. Pour que la règle de la « justice intrinsèque » (*intrinsic fairness rule*) s'applique, le demandeur doit prouver *self-dealing* (conflit d'intérêts) de la part du fiduciaire dominante, par exemple, la manipulation pour obtenir le profit personnel. La cour de

[1281] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 190, 192 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1282] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 190 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.3.

[1283] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 191 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.4.

[1284] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 191-192 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.5.

la chancellerie du Delaware a cité la jurisprudence Sinclair et Getty[1285]. Selon la cour de la chancellerie, M. Gluck n'a pas tiré un profit personnel de l'absence de paiement par la société *Grayson* à la société *Beck*[1286] et la société *Grayson* a traité la société *Beck* de même manière que les autres créanciers[1287]. La cour de la chancellerie du Delaware a conclu qu'il n'y avait pas de conflit d'intérêts (*self-dealing*) qui aurait exigé de Gluck de prouver la « justice intrinsèque » de la transaction[1288]. Ensuite, la cour de la chancellerie a déclaré que le fiduciaire sans conflit d'intérêts (*non-self-dealing fiduciary*) n'était responsable que pour mauvaise foi, négligence ou abus de discrétion grossier. La cour de la chancellerie a décidé que le demandeur n'avait pas réussi à prouver que M. Gluck avait été coupable de ce type de comportement. La cour de la chancellerie du Delaware a cité la jurisprudence Warshaw v. Calhoun[1289].

La cour de la chancellerie n'a pas utilisé l'expression la *business judgment rule*. Elle a utilisé l'expression le *business judgment* au moins deux fois, c'est-à-dire le « jugement sur l'affaire indépendant »[1290] et le « jugement sur l'affaire propre »[1291]. S. Arsht a considéré que l'arrêt a formulé les éléments de la *business judgment rule*, sans référence à un dépassement grossier et manifeste (*gross and palpable ovrereaching*)[1292]. Il est très intéressant de faire attention à ce que la jurisprudence Chasin a ajouté par rapport à la jurisprudence Warshaw, une autre condition d'application de la *business judgment rule*, c'est-à-dire l'absence de négligence, et non pas l'absence de négligence grossière. Il est très intéressant à soulever que l'arrêt concernait l'absence d'action de la part du conseil des directeurs de la société filiale pour obliger la société mère à payer la dette envers la société filiale. Or, il est admis que la *business judgment rule* ne s'applique pas aux omissions pures et simples. La question qui se pose est de savoir s'il s'agissait d'une omission précédée d'une décision de ne pas agir. Cet arrêt est un argument que la summa divisio d'application

[1285] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 192 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.6.

[1286] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 192-193 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.7.

[1287] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 193 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.8.

[1288] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 193 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.9.

[1289] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 193 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.10.

[1290] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 191-192 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.11.

[1291] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188, 191-192 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.22.12.

[1292] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 109. Voir l'Annexe n°3.14.

de la *business judgment rule* entre les actions ou omissions réfléchies auxquelles la règle s'applique et les omissions pures et simples auxquelles la règle ne s'applique pas soulève des difficultés pratiques.

238. Affaire n°19 : Kaplan v. Centex. (1971)[1293]**. —** La société *Lomas & Nettleton Financial Corporation* (*L. & N.*) a été engagée dans les *joint ventures*, avec les autres sociétés *Centex Corporation* (*Centex*) et *Heftler Construction Company* (*Heftler*). L'actionnaire de la société *L. & N.*, a intenté une action (*derivative action*) en alléguant que la société avait conclu un nombre de transactions avec une considération inadéquate ou sans considération. Les défendeurs, par exemple les sociétés, *Centex* et *Hefler*, ont invoqué la *business judgment rule* s'appliquait[1294].
La cour de la chancellerie, dans l'arrêt rédigé par le chancelier Duffy, a cité la jurisprudence Warshaw[1295]. Il est très intéressant de noter que le chancelier Duffy a ajouté par rapport à la jurisprudence Warshaw, des conditions d'application de la *business judgment rule*, c'est-à-dire le fait que les directeurs soient informés et le fait qu'ils prennent, en connaissance de cause, le jugement autorisant la transaction contrôlée. La cour de la chancellerie était d'accord avec le demandeur sur le fait que la preuve ne démontrait pas que ces conditions avaient été satisfaites[1296].
En outre, la cour de la chancellerie a confirmé la jurisprudence Kelly selon laquelle la *business judgment rule* s'appliquait aussi aux décisions des *officers* exécutifs[1297].

239. Affaire n°20 : Puma v. Marriott (1971)[1298]**. —** En l'espèce, la famille Marriott détenait les 44% des actions de la société cotée, *Marriott Corporation*. Cette société a décidé de vendre 313 000 actions de *common stock* en contrepartie des actions de six sociétés majoritairement détenues par la famille Marriott.
Le conseil des directeurs était composé de neuf membres, c'est-à-dire quatre intérieurs (*insiders*) et cinq extérieurs (*outsiders*). Le 10 août 1965, les directeurs

[1293] Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119 (Del. Ch. May 21, 1971).

[1294] Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119, 124 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.23.1.

[1295] Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119, 124 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.23.2.

[1296] Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119, 124 (Del. Ch. 1971).Voir l'Annexe n°3.23.3.

[1297] Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119, 124-125 (Del. Ch. 1971). Voir l'Annexe n°3.23.4.

[1298] Puma v. Marriott, 283 A.2d 693 (Del. Ch. Oct. 20, 1971).

extérieurs (*outside directors*) de la société *Marriott Corporation* ont approuvé l'échange. Le 8 novembre 1965, les actionnaires de la société *Marriott Corporation* ont approuvé l'échange.

L'actionnaire de la société *Mariott Corporation* a intenté une action (*derivative action*) pour injustice (*unfaireness*). Il a demandé d'appliquer le « test de justice » (*fairness*). La cour de la chancellerie, dans l'arrêt rédigé par le vice-chancelier Short, a cité la jurisprudence Sterling ; David J. Greene & Co. ; Levien ; Johnston; Schiff, Abelow. Le vice-chancelier Short a expliqué que, dans chacun des arrêts cités, l'« intérieur » a dominé le conseil des directeurs. Or, selon lui, le seul fait que le *Marriott Group* a détenu les 46% des actions de la société *Marriott* n'était pas une preuve de domination sur les directeurs extérieurs.

Il a conclu qu'on ne pouvait pas dire que *Marriott Group* se trouvait des deux côtés de la transaction. C'est pourquoi, d'après lui, le test de jugement sur l'affaire (BJ) s'applique, aucune preuve de fraude n'étant apportée[1299]. Il a conclu que la transaction a été le résultat de l'exercice d'un jugement indépendant sur l'affaire par les directeurs extérieurs et indépendants. Il a dit que la cour est exclue de substituer son opinion non-informée à celle des membres du conseil de la société *Marriott*, expérimentés et indépendants[1300].

240. Affaire n°21 : Muschel v. Western Union Corporation (1973)[1301]. — La société *Western Union Corporation* a décidé d'acquérir une autre société, la *National Sharedata Corporation* (*NSC*), dans le cadre de la fusion à l'envers et à trois parties (*reverse-three party merger*). *Regrem*, la société filiale à 100% de la société *Western Union*, allait fusionner dans la société *NSC*, et la société *NSC* resterait comme la société survivante[1302].

Les actionnaires de la société *Western Union*, propriétaires de 83 920 actions de la société *Western Union Corporation* (*Western Union*), ont intenté une action individuellement en son leur propre, dérivativement au nom et pour le compte de la

[1299] Puma v. Marriott, 283 A.2d 693, 695 (Del. Ch. Oct. 20, 1971). Voir l'Annexe n°3.24.1.

[1300] Puma v. Marriott, 283 A.2d 693, 696 (Del. Ch. Oct. 20, 1971). Voir l'Annexe n°3.24.2.

[1301] Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973).

[1302] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 905-6 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.1.

société, Western Union et réprésentativement au nom des autres actionnaires de la société Western Union[1303].

En premier lieu, les demandeurs ont allégué qu'il y avait eu conflit d'intérêts (*self-interest*) des directeurs de la société *Western Union*. Ainsi, la charge de la preuve avait passé au défendeur, c'est-à-dire à la société *Western Union*, qui était devenue obligée de prouver la « justice intrinsèque » de la transaction (*intrinsic fairness*)[1304].

La cour de la chancellerie, dans l'arrêt rédigé par le vice-chancelier Brown, a dit que la preuve de *self-interest* ou de *self-dealing* n'était pas suffisante pour faire incomber la charge de prouver la justice de la transaction au conseil des directeurs de la société, Western Union. Par exemple, le fait que les actionnaires importants aient été obligés de voter en faveur de la fusion[1305]. Selon le vice-chancelier Brown, la *business judgment rule* est le standard qui s'applique et le demandeur peut seulement prouver la fraude ou ce qui équivaut à la fraude, par exemple, la fraude sous forme d'une sur-évaluation ou sous-évaluation démontrant l'abus de discrétion conscient. Le vice-chancelier Brown a cité la jurisprudence Cole[1306] et Sinclair[1307].

En second lieu, les demandeurs ont avancé qu'une certaine information matérielle n'avait pas été correctement donnée au conseil des directeurs de la société Western Union, et par conséquent, ils n'avaient pas rempli leur obligation fiduciaire d'exercer un jugement informé dans l'approbation de la fusion et la *business judgment rule* ne s'appliquait donc pas. Ils ont cité la jurisprudence Kaplan[1308]. Le vice-chancelier Brown a pris en compte les preuves selon lesquelles l'information omise n'était pas matérielle et l'allégation sur une autre information n'était pas correcte. C'est pourquoi, le vice-chancelier Brown a décidé que les directeurs avaient droit à la présomption d'avoir exercé le jugement informé de bonne foi qui peut être attribuée au but d'affaire rationnel[1309].

[1303] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 905 (Del. Ch. Aug. 10, 1973).

[1304] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 906 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.2.

[1305] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 907 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.3.

[1306] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 908 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.4.

[1307] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 908 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.5.

[1308] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 906-8 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.6.

[1309] Muschel v. Western Union Corp., 310 A.2d 904, 909 (Del. Ch. 1973). Voir l'Annexe n°3.25.7.

241. Affaire n°22 : Thomas v. Kemper (1973)[1310]. — En l'espèce, le conseil des directeurs de la société *Sugarland Industries, Inc*., a décidé de vendre son actif principal, c'est-à-dire 3 900 hectares de terres agricoles. L'actionnaire a demandé l'interdiction de la vente pour avoir ignoré une meilleure offre. La cour de la chancellerie du Delaware lui a donné gain de cause[1311].

242. Chancelier Quillen. — William T. Quillen a été chancelier de la cour de la chancellerie du Delaware de 1973 à 1976.

243. Affaire n°23 : Gimbel v. Signal (1974)[1312]. — Le conseil des directeurs de la société cotée, *Signal*, a approuvé la vente de sa filiale à 100%, *Signal Oil and Gas Company* (*Signal Oil*), à une autre société, Burmah Oil Incorporate, pour plus de 480 000 000$. La vente n'a pas été soumise au vote des actionnaires pour approbation.
L'actionnaire minoritaire de la société, M. Louis S. Gimbel, III, a intenté une action pour interdire la vente (*injunctive relief to prevent the consummation of the pending sale*). Il a allégué que le prix de la vente avait été entièrement inadéquat pour les actifs de la société vendue[1313].
La cour de la chancellerie a confirmé que la vente n'avait pas exigé une autorisation de la majorité des actionnaires en vertu de l'article 8 Del. C. § 271(a)[1314].
La question qui s'est posée a été de savoir si la *business judgment rule* s'appliquait à la décision du conseil des directeurs de vendre la société filiale à 100% à une autre société.
La cour de la chancellerie a décidé de commencer le contrôle en admettant la présomption que le conseil des directeurs de la société Signal avait agi de bonne foi en approuvant la vente de la société *Signal Oil* à la société *Burmas*. Elle a cité la

[1310] Thomas v. Kempner, Del.Ch., C.A. N°4138–NC, Marvel, V.C. (Mar. 22, 1973) cité par S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 110.

[1311] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 110.

[1312] Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1313] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.2.

[1314] Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599, 607 (Del. Ch. Jan. 10, 1974).

jurisprudence Robinson (1924) et Butler (1915)[1315]. Selon la cour cette présomption a été un aspect important de la *business judgment rule* et avait été confirmée et élargie en matière de la vente des actifs. La cour a cité la jurisprudence Allaun (1929) ; Mitchell (1933) ; Gropper (1955) et Cottrell (1955, 1956)[1316]. Elle a dit qu'une des conditions de son application est la preuve que les directeurs informés avaient exercé le jugement d'affaire autorisant la transaction sous le contrôle, en citant la jurisprudence Kaplan (1971) et Mitchell (1933)[1317]. Elle a vu la force de la présomption reconnue dans la jurisprudence Sinclair (1971)[1318]. La cour a mentionné que dans la jurisprudence Muschel (1973), le vice-chancelier Brown avait appliqué la *business judgment rule* à la fusion[1319]. La cour, en citant la jurisprudence Alcott (1962, 1965)[1320], a rappelé que si la *business judgment rule* s'appliquait, la décision des directeurs de vendre les actifs serait maintenue, excepté si les actionnaires démontrentraient la fraude ou si le prix était clairement inadapté.

La cour de la chancellerie a jugé que le demandeur n'avait pas prouvé que la vente attaquée constituait le conflit d'intérêts de la part du conseil des directeurs de la société Signal. Le fait qu'un directeur, qui était en même temps, le président et le CEO de la société filiale, reste en fonction après la vente de cette société ne constitue pas un conflit d'intérêts. La cour a ajouté que la transaction avait été marquée par les négociations *at arm's length*. Elle a déclaré que le vote des directeurs intéressés n'a pas été nécessaire pour approuver la transaction[1321]. Cependant, la cour n'a pas mentionné si les directeurs intéressés avaient participé au vote.

La cour de la chancellerie a rappelé que la fraude, résultant, par exemple, d'un conflit d'intérêts ou d'un comportement intentionnel, d'une inadéquation grossière du prix, constituait les limites à la *business judgment rule*. La cour de la chancellerie a cité la

[1315] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 608-609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.3.

[1316] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 608-609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.4.

[1317] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.5.

[1318] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.6.

[1319] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.7.

[1320] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974).Voir l'Annexe n°3.21.8.

[1321] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.9.

jurisprudence Allied[1322] sur la disparité entre le prix et la valeur de l'objet de la vente[1323].

La cour de la chancellerie a mentionné que la *business judgment rule* reconnaîssait le prix du marché[1324].

La cour de la chancellerie a cité la jurisprudence Puma (1971) et Muschel (1935) pour confirmer que la *business judgment rule* s'appliquait aux jugements informés et indépendants des directeurs extérieurs et indépendants[1325]. La cour de la chancellerie a décidé que les directeurs n'avaient pas été tellement informés et qu'on pouvait conclure qu'ils avaient exercé un jugement inintelligent et imprudent. La cour a estimé que la *business judgment rule* interdisait une intervention judiciaire sauf l'irrationalité et/ou le dépassement grossier et manifeste.[1326]

Le prix de la vente était 480 000 000$. L'expert de Signal a évalué la société à 430 000 000$[1327]. L'expert de l'un des demandeurs a évalué la société à 761 000 000$. La différence entre les deux évaluations était donc de 281 000 000$.

La cour de la chancellerie a décidé que la disparité entre le prix de la vente et la valeur de l'objet de la vente présentée par le demandeur avait soulevé des questions sérieuses si les directeurs avaient agi en dehors des limites de la raison ou imprudemment[1328].

La cour de la chancellerie a utilisé l'expression la *business judgment rule* au moins huit fois[1329] et l'expression le « standard du jugement sur l'affaire » (*business judgment standard*) au moins une fois[1330].

[1322] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.10.

[1323] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.11.

[1324] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 610-611 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.12.

[1325] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 612 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.13.

[1326] Voir les Annexes n°s 3.21.14 et 3.21.15.

[1326] Voir l'Annexe n°3.21.15.

[1327] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 616 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.16.

[1328] S.S. ARSHT, *op. cit.*, p. 110. Voir l'Annexe n°3.14.9.

[1329] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609-17 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.17.

[1330] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 611 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.18.

Selon la jurisprudence Gimbel (1974), la *business judgment rule* comprend une présomption de jugement sain sur l'affaire[1331], et/ou une présomption (1) que les directeurs avaient agi de bonne foi[1332]; (2) qu'ils avaient honnêtement cru que l'action était favorable et dans les meilleurs intérêts de la société[1333] et (3) qu'ils avaient été informés[1334].

En vertu de la *business judgment rule*, la décision du conseil des directeurs ne sera pas examinée/interférée, à moins que le demandeur puisse prouver (1) la fraude, actuelle[1335] ou constructive (*badge of fraud*), par exemple le prix clairement inadéquat[1336] ou (2) le conflit d'intérêts frauduleux ou flagrant[1337] ; (3) le prix grossièrement inadéquat[1338] ; (4) le manque d'une information[1339] ; (5) l'absence de but d'affaire rationnel[1340] ; (6) le motif incorrect ou l'indifférence imprudente ou le mépris intentionnel aux intérêts des actionnaires, y compris les actionnaires minoritaires[1341].

La cour de la chancellerie a souligné que la question ultime est, non pas celle relative à la méthode, mais celle relative à la valeur. La méthode hâtive, qui n'altère pas tellement les principes légaux, peut produire un résultat financier choquant[1342].

244. Affaire n°24 : Singer v. Magnavox Co. (1976, 1977)[1343]. — La société cotée, *Magnavox*, fabriquait les produits de consommation, pour la défense et l'industrie. La société *North American* a décidé d'acheter la société *Magnavox* et a créé la filiale à

[1331] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.19.

[1332] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 608-609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.20.

[1333] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 608-609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.21.

[1334] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.22.

[1335] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.23.

[1336] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974).Voir l'Annexe n°3.21.24.

[1337] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609-610 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.25.

[1338] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 610 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.26.

[1339] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 615 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.27.

[1340] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 609 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.28.

[1341] Voir l'Annexe n°3.21.29.

[1342] Gimbel v. Signal Co., Inc., 316 A.2d 599, 615 (Del. Ch. 1974). Voir l'Annexe n°3.21.30.

[1343] Singer v. Magnavox Co., 367 A.2d 1349 (Del. Ch. Oct. 26, 1976), affirmed in part, reversed in part, 380 A.2d 969 (Del. Sept. 23, 1977).

100%, *North American Philips Development Corporation* (*Development*). La filiale Development a émis une offre publique d'achat (*tender offer*) des actions de la société *Magnavox*. Le conseil des directeurs de la société *Magnavox* s'y est opposé.

La filiale *Development* a créé la filiale *T.M.C. Development Corporation* (*TMC*), à 100% dans le seul but de la fusion avec et dans la société *Magnavox*. Le conseil des directeurs de la société Magnavox a approuvé la fusion. La société *Magnavox* était contrôlée par les directeurs contrôlés à leur tour par les sociétés *Development* et *North American*. La fusion a été approuvée par les actionnaires (*cash-for-stock merger*).

Les actionnaires minoritaires ont intenté une action (*class action*) contre les actionnaires majoritaires pour obtenir la nullité de la fusion.

La cour de la chancellerie a dit, par exemple, que la fusion qui ne sert à aucun but d'affaire de la société Magnavox ne peut être validée[1344] ; et que la fusion dont le seul but était d'éliminer les actionnaires minoritaires n'était pas frauduleux[1345].

La Cour suprême du Delaware a censuré la décision de la cour de la chancellerie. Elle a décidé que l'utilisation du pouvoir sociétaire pour perpétuer le contrôle était une violation du devoir fiduciaire[1346]. En raisonnant par analogie, si ce n'est pas *a fortiori*, elle a déclaré que l'utilisation du pouvoir sociétaire pour éliminer les actionnaires minoritaires était une violation d'un devoir[1347] ; et un abus de la procédure sociétaire[1348].

La Cour suprême du Delaware a appliqué le standard de l'*entire fairness* à la fusion intéressée[1349].

245. Chancelier Marvel. — William Marvel a été le chancelier de la cour de la chancellerie de septembre 1976 à mai 1982.

[1344] Singer v. Magnavox Co., 367 A.2d 1349, 1358 (Del. Ch. 1976). Voir l'Annexe n°3.26.1.

[1345] Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 972 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.26.2.

[1346] Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 980 (Del. 1977).

[1347] Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 980 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.26.3.

[1348] Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 980 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.26.4.

[1349] Singer v. Magnavox Co., 380 A.2d 969, 980 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.26.5.

246. Affaire n°25 : Tanzer v. International Gen. Indus., Inc. (1977)[1350]. — La société *International General Industries, Inc*. (*IGI*) possédait 81%, des actions ordinaires d'une autre société, la *Kliklok Corporation's* (*Kliklok*). La société *IGI* a décidé d'acquérir 100% des actions de la société *Kliklok*. Dans ce but, la société *IGI* a formé la filiale à 100%, la société *KLK Corporation* (*KLK*). La filiale, *KLK* allait fusionner dans la société *Kliklok*. L'actionnaire minoritaire de la société, *Kliklok*, allait recevoir la considération numéraire d'un montant de 11$ par action.

L'actionnaire minoritaire de la société *Kliklok* a intenté une action contre l'actionnaire majoritaire de la société *Kliklok*, la société *IGI* et a demandé une injonction de la fusion.

La question qui s'est posée a été de savoir si l'actionnaire majoritaire (la société mère) pouvait faire procéder à la fusion seulement pour son propre profit, ou si le vote seulement dans son propre profit était une violation d'un devoir fiduciaire[1351].

La Cour suprême a dit que l'actionnaire majoritaire pouvait voter conformément à ses propres intérêts, mais son but, dans le vote en faveur de la fusion, devait être de bonne foi et ne pouvait pas consister, en réalité, en une élimination des actionnaires minoritaires dans la société filiale.

La Cour suprême du Delaware a confirmé le jugement de la cour de la chancellerie selon lequel la raison de la fusion avait été de faciliter le financement à long-terme de la dette de la société *IGI*, c'est-à-dire le but seulement profitable pour la société *IGI*[1352].

La Cour suprême du Delaware a confirmé la jurisprudence Singer et Sterling. La Cour suprême a décidé que la société *IGI* a prouvé le but de bonne foi de la fusion[1353].

La Cour suprême du Delaware a imposé au défendeur de prouver *l'entire fairness à* l'égard des actionnaires minoritaires (*entire fairness standard*) et en refusant d'appliquer la *business judgment rule*[1354]. Il a été décidé que la transaction avait été

[1350] Tanzer v. Int'l General Industries, Inc., 379 A.2d 1121 (Del. Oct. 18, 1977).

[1351] Tanzer v. Int'l General Ind., Inc., 379 A.2d 1121, 1123 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.27.1.

[1352] Tanzer v. Int'l General Ind., Inc., 379 A.2d 1121, 1124-25 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.27.2.

[1353] Tanzer v. Int'l General Ind., Inc., 379 A.2d 1121, 1123 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.27.3.

[1354] Tanzer v. Int'l General Ind., Inc., 379 A.2d 1121, 1123 (Del. 1977). Voir l'Annexe n°3.27.4.

entièrement juste pour les actionnaires minoritaires.

Section 2 — La synthèse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1966-1982)

247. Découvertes. — L'expression la *business judgment rule* a été employée pour la première fois dans la jurisprudence du Delaware, dans l'arrêt de la cour de la chancellerie du Delaware, Warshaw v. Calhoun (1965), par le chancelier Seitz. Il n'a pas été employé par la Cour suprême du Delaware statuant sur l'appel contre cet arrêt. Cependant, dans l'arrêt postérieur de 1969, le chancelier Duffy a estimé que la Cour suprême du Delaware, statuant sur l'affaire Warshaw v. Calhoun (1966) avait formulé la *business judgment rule* de la façon suivante : «En l'absence de preuve de mauvaise foi des directeurs ou d'un abus de discrétion grossier, le jugement sur l'affaire des directeurs ne sera pas interféré par les cours. »[1355].

Cette formulation de la *business judgment rule* est conforme à la formulation de la règle posée par la jurisprudence new-yorkaise des années 1940 qui employait l'expression *business judgment rule*.

Cette formulation a été aussi utilisée dans la jurisprudence Sinclair et la jurisprudence postérieure.

La jurisprudence a confirmé que la *business judgment rule* contenait aussi un autre élément, c'est-à-dire une présomption. La jurisprudence Sinclair contient une formulation selon laquelle le conseil des directeurs bénéficie d'une présomption que leur jugement sur l'affaire est sain et que leurs décisions ne feront pas l'objet d'un examen par le juge et qu'elles ne seront pas perturbées si elles peuvent être attribuées à des buts d'affaires rationnels.[1356] La jurisprudence postérieure, par exemple, Gimbel de 1974, a confirmé que la présomption est un élément de la *business judgment rule*.

D'abord, la jurisprudence dénomme la présomption en tant que présomption de bonne foi[1357] ; de bonne foi et de justice (*fairness*)[1358] ; de bonne foi et d'honnêteté[1359] ;

[1355] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969). Voir l'Annexe n°3.18.6.

[1356] Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. June 18, 1971). Voir l'Annexe n°3.20.10.

[1357] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952) ; Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966) ; Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427

d'honnêteté[1360] ; des meilleurs intérêts de la société[1361] ; d'un but de bonne foi ;[1362] d'un jugement sain[1363]. Ensuite, la jurisprudence plutôt que de dénommer la présomption, elle la décrit en tant que présomption qui pose que le jugement est exercé de bonne foi, que le jugement est informé ; que le but est rationnel[1364]. Le terme justice (*fairness*) disparaît de la dénomination de la présomption, ainsi que de ses critères.

Ces deux types de termes, celui relatif au contrôle judiciaire et celui relatif à la présomption, deviennent les principaux termes avec lesquels la jurisprudence et/ou la doctrine identifient la *business judgment rule*.

248. Comparaisons. — On a examiné les vingt-cinq affaires présentées à la cour de la chancellerie du Delaware et/ou à la Cour suprême du Delaware de 1951 à 1982. Dans les affaires examinées les actionnaires minoritaires ont intenté une action en justice[1365] pour obtenir une injonction[1366] et/ou une nullité[1367] de la transaction

---

(Del. Ch. Dec. 24, 1968) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1358] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952).

[1359] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955).

[1360] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[1361] Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955) ; Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1362] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427 (Del. Ch. Dec. 24, 1968).

[1363] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1364] Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973).

[1365] par exemple, Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952) ; Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953) ; Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955) ; Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Meyerson v. El Paso Natural Gas

attaquée et/ou pour mettre en œuvre la responsabilité personnelle des dirigeants, des directeurs et/ou des *officers* de la société ainsi que des actionnaires majoritaires.
L'objet du contentieux concernait la fusion[1368] ; la vente des actifs[1369] ; l'émission de nouvelles actions[1370] ; l'absence de distribution des dividendes[1371] ; l'existence de

---

Company, 246 A.2d 789 (Del. Ch. July 27, 1967) ; Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975) ; Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971) ; Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119 (Del. Ch. May 21, 1971) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1366] Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952) ; Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955) ; Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969).

[1367] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1368] Par exemple, Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del. Ch. 20, 89 A.2d 862 (Del. Ch. June 17, 1952), aff'd, 33 Del. Ch. 293, 93 A.2d 107 (Del. Nov. 18, 1952) ; Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953) ; Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427 (Del. Ch. Dec. 24, 1968) ; Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969).

[1369] Par exemple, Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955) ; Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955). Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90 (Del. Ch. Aug. 22, 1962), aff'd, 208 A.2d 501 (Del. March 8, 1965) ; Thomas v. Kempner, Del.Ch., C.A. N°4138–NC, Marvel, V.C. (Mar. 22, 1973) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1370] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953) ; Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1371] Par exemple, Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958) ; Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 190 A.2d 749 (Del.Supr., Apr 19, 1963).

distribution des dividendes[1372] ; le partage d'une économie d'impôt obtenue par la société mère grâce aux pertes fiscales de la société filiale[1373] ; l'engagement d'effectuer certains paiements (sous forme de taxes)[1374] ; l'allocation d'une huile entre la société mère et la société filiale[1375] ; la décision de ne pas poursuivre en justce la violation du contrat par la société co-contractante[1376] ; etc.

249. Confirmations. — Certains arrêts confirment que l'actionnaire majoritaire a un devoir fiduciaire à l'égard de l'actionnaire minoritaite[1377].

Les arrêts appliquent, soit la *business judgment rule*[1378], soit l'*entire fairness test* dans le cas où l'une des conditions d'application de la *business judgment rule* n'est pas satisfaite, [1379].

Les conditions d'application de la *business judgment rule* sont, alternativement, par exemple,

(1) l'absence de fraude[1380], par exemple, sous forme d'un prix très bas[1381] ;

[1372] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'd in part, rev'd in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1373] Par exemple, Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789 (Del. Ch. July 27, 1967).

[1374] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970).

[1375] Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883 (Del. June 1, 1970).

[1376] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1377] Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789 (Del. Ch. July 27, 1967) ; Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969) ; Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883 (Del. June 1, 1970).

[1378] Par exemple, Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970) ; Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119 (Del. Ch. May 21, 1971) ; Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973).

[1379] Par exemple, Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90 (Del. Ch. Aug. 22, 1962), aff'd, 208 A.2d 501 (Del. March 8, 1965) ; Bastian v. Bourns, Inc., 256 A.2d 680 (Del. Ch. July 31, 1969) ; Singer v. Magnavox Co., 367 A.2d 1349 (Del. Ch. Oct. 26, 1976), affirmed in part, reversed in part, 380 A.2d 969 (Del. Sept. 23, 1977) ; Tanzer v. Int'l General Industries, Inc., 379 A.2d 1121 (Del. Oct. 18, 1977).

[1380] Par exemple, Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 190 A.2d 749 (Del.Supr., Apr 19, 1963) ; Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 190 A.2d 749

(2) l'absence de « conspiration »[1382] ;

(3) l'absence de « collusion »[1383] ;

(4) l'absence d'illégalité[1384] ;

(5) l'absence de conflit d'intérêts :

- il ne s'agit pas de l'absence d'un actionnaire majoritaire[1385], mais il peut s'agir
- de l'absence d'un actionnaire majoritaire sur les deux côtés opposés de la transaction[1386] ; et/ou
- de l'absence d'un contrôle d'un actionnaire majoritaire sur la réalisation de la transaction et sur la fixation de ses termes[1387] ; et/ou
- de l'absence de transactions avec soi-même[1388] ;

(Del.Supr., Apr 19, 1963) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'd in part, rev'd in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975) ; Puma v. Marriott, 283 A.2d 693 (Del. Ch. Oct. 20, 1971) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1381] Par exemple, Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974).

[1382] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955).

[1383] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963).

[1384] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1385] Puma v. Marriott, 283 A.2d 693 (Del. Ch. Oct. 20, 1971) ; Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953).

[1386] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1387] Par exemple, Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427 (Del. Ch. Dec. 24, 1968) ; Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883 (Del. June 1, 1970) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1388] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975) ; Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

(6) l'absence d'intérêt personnel des directeurs[1389] ;

(7) l'absence de partage des bénéfices[1390] ;

(8) l'absence de partage des profits illégaux ou secrets ;[1391]

(9) l'absence d'intérêts divisés[1392] ;

(10) l'absence de gain personnel[1393] ;

(11) l'absence d'avantage au détriment de la société[1394] ;

(12) l'absence de profit personnel[1395] ;

(13) l'absence de profit personnel[1396] ;

(14) la liberté[1397] ;

(15) l'indépendance[1398] ;

(16) l'absence de mauvaise foi[1399] ;

(17) le respect des meilleurs intérêts de la société[1400] et/ou des actionnaires[1401] ;

(18) l'absence de motif impropre[1402] ;

[1389] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90 (Del. Ch. Aug. 22, 1962), aff'd, 208 A.2d 501 (Del. March 8, 1965).

[1390] Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[1391] Bennett v. Breuil Petroleum Corp., 34 Del.Ch. 6, 99 A.2d 236 (Del.Ch. Aug 11, 1953).

[1392] Greene v. Dunhill, 249 A.2d 427 (Del. Ch. Dec. 24, 1968).

[1393] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970).

[1394] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970).

[1395] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1396] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1397] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1398] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971); Puma v. Marriott, 283 A.2d 693 (Del. Ch. Oct. 20, 1971).

[1399] Par exemple, Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966) ; Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970) ; Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1400] Kelly v. Bell, 254 A.2d 62 (Del. Ch. May 15, 1969), aff'd, 266 A.2d 878 (Del. April 29, 1970).

[1401] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963).

(19) le but d'affaire rationnel[1403] ;

(20) l'objectif d'affaire raisonnable[1404] ;

(21) l'information matérielle[1405] ;

(22) l'absence de négligence[1406] ou l'absence de négligence grossière[1407] ;

(23) l'absence de prix juridiquement/clairement/suffisamment/ grossièrement inadéquat[1408] ;

(24) l'absence d'abus de discrétion[1409] ;

(25) l'absence d'abus de discrétion grossier[1410] ;

(26) l'absence d'abus de discrétion conscient[1411] ;

(27) l'absence du dépassement grossier et manifeste[1412].

[1402] Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963).

[1403] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1404] Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1405] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Kaplan v. Centex, 284 A.2d 119 (Del. Ch. May 21, 1971) ; Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[1406] Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1407] Warshaw v. Calhoun, 213 A.2d 539 (Del.Ch. Oct 5, 1965), aff'd, Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1408] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Marks v. Wolfson, 41 Del. Ch. 115, 188 A.2d 680 (Del. Ch. Feb. 8, 1963) ; Gimbel v. Signal Companies, Inc., 316 A.2d 599 (Del. Ch. Jan. 10, 1974), aff'd, 316 A.2d 619 (Del. Feb. 07, 1974) ; Baron v. Pressed Metals of America, 35 Del.Ch. 325, 117 A.2d 357 (Del.Ch. Oct 19, 1955).

[1409] Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958) ; Moskowitz v. Bantrell, 41 Del.Ch. 177, 190 A.2d 749 (Del.Supr., Apr 19, 1963) ; Chasin v. Gluck, 282 A.2d 188 (Del. Ch. Aug. 26, 1971).

[1410] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955).

[1411] Muschel v. Western Union Corporation, 310 A.2d 904 (Del. Ch. Aug. 10, 1973).

Les arrêts précisent de façon explicite que la charge de la preuve incombe au demandeur. Autrement dit, c'est le demandeur qui doit prouver l'inapplication de la *business judgment rule*[1413].

Aussi, les arrêts expliquent clairement que, par exemple, si le demandeur prouve que la transaction qu'il attaque est entachée d'un conflit d'intérêts, la charge de la preuve est transférée au défendeur, pour prouver la justice de la transaction.

La jurisprudence a jugé que le vote informé des actionnaires faisait transférer la charge de la preuve au défendeur[1414].

250. Propositions. — Selon la thèse généralement admise, dans le Delaware de 1951 à 1982, il n'existait que deux types de côntroles judiciaires, c'est-à-dire la *business judgment rule* et l'examen d'une entière (intrinsèque) justice (*entire fairness test*). On voulait apporter une nuance à cette thèse fondée sur la genèse de la jurisprudence.

La première jurisprudence, reprise encore en 1951, parle de la présomption de propriété et de justice. Or, en général (si la présomption est renversable), le demandeur devait pouvoir toujours prouver que la transaction n'était pas juste ou propre.

Cependant, la première jurisprudence ne sanctionnait qu'une transaction grossièrement injuste. Cette jurisprudence allait devenir une partie de la *business judgment rule*. L'expression la « présomption de justice » a cessé d'être utilisée. La jurisprudence a précisé avec le temps de plus en plus explicitement, que la justice de

---

[1412] Meyerson v. El Paso Natural Gas Company, 246 A.2d 789 (Del. Ch. July 27, 1967) ; Getty Oil Company v. Skelly Oil Company, 255 A.2d 717 (Del. Ch. Jun. 12, 1969), rev'd, 267 A.2d 883 (Del. June 1, 1970) ; Levien v. Sinclair Oil Corp., 261 A.2d 911 (Del. Ch. Dec. 23, 1969), aff'ed in part, rev'ed in part, Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717 (Del. June 18, 1971), aff'd, 332 A.2d 139 (Del. 1975).

[1413] Cottrell v. The Pawcatuck Company, 35 Del. Ch. 309, 116 A.2d 787 (Del. Ch. Sept. 28, 1955), aff'd, 36 Del. Ch. 169, 128 A.2d 225 (Del. Dec. 21, 1955) ; Treves v. Menzies, 37 Del.Ch. 330, 142 A.2d 520 (Del.Ch., Jun 11, 1958) ; Warshaw v. Calhoun, 221 A.2d 487 (Del. Jun 03, 1966).

[1414] Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co., 35 Del.Ch. 198, 114 A.2d 231 (Del.Ch. May 13, 1955) ; Alcott v. Hyman, 184 A.2d 90 (Del. Ch. Aug. 22, 1962), aff'd, 208 A.2d 501 (Del. March 8, 1965).

la transaction n'était examinée qu'en cas de conflit d'intérêts dans le cadre d'un examen d'une entière (intrinsèque) justice (*entire fairness test*).

La principale différence dans les conditions d'application de la *business judgment rule* et de l'examen de l'*entire fairness test* est le critère d'un conflit d'intérêts. Si le conflit d'intérêts n'existe pas, et les autres conditions sont remplies, le juge appliquera la *business judgment rule*. Si le conflit d'intérêts existe, le juge n'appliquera pas la *business judgment rule* et il appliquera l'examen de l'*entire fairness test*.

La principale différence dans les effets d'application de la *business judgment rule* et de l'examen de l'*entire fairness test* est le critère d'une justice de la transaction.

Si le juge applique la *business judgment rule*, il n'examine pas la justice (*fairness*) de la transaction.

Si le juge applique l'examen de l'*entire fairness test*, il examine la justice (*fairness*) de la transaction en prenant en compte tous les critères pertinents.

251. Critiques. — Il semble curieux qu'en l'absence de conflit d'intérêts, le juge se déclare incompétent pour examiner la justice de la transaction. Or, en présence, d'un conflit d'intérêts, il examine ladite justice de la transaction. Premièrement, une thèse selon laquelle en cas d'absence d'un conflit d'intérêts et en cas de satisfaction des autres conditions de la *business judgment rule*, la décision du conseil devait être validée, sauf un exemple d'un abus grossier, ne semble pas justifiée. Secondement, il semble difficile de déterminer juridiquement un conflit d'intérêts. La qualification juridique peut ne pas englober les conflits d'intérêts de l'espèce, et/ou un nombre de motifs, autres que l'intérêt social, qui ont pu influencer ou même dominer la décision. Autrement dit, en l'espèce, il peut exister le conflit d'intérêts, qui a pu dominer la décision et qui n'a pas pu être juridiquement prouvée. Selon une doctrine dominante cette situation s'est présentée dans l'un des arrêts les plus importants en droit des sociétés aux Etats-Unis, c'est-à-dire Smith v. Van Gorkom (1985)[1415]. Et dans ce cas-là, et si les autres conditions de la *business judgment rule* sont satisfaites, le juge

[1415] R. KRAAKMAN, J. AMOUR, P. DAVIS, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, Klaus HOPT, H. KANDA, E. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach* (Oxford University Press, 2d ed. 2009), p. 80.

n’examinera pas la justice de la transaction dans le cadre de l’examen de l’*entire fairness*.

252. Après avoir examiné le développement de la *business judgment rule* entre 1951 et 1980, on examinera le développement de la règle dans le Delaware entre 1980 et 2013.

CHAPITRE 2
LE DEVELOPPEMENT DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LA JURISPRUDENCE DU DELAWARE (1980-2013)

253. Plan. — On examinera le développement prétorien de la *business judgment rule* dans le Delaware entre 1980 et 2013, dans le contexte traditionnel (Section 1) et dans le contexte spécial (Section 2).

254. On analysera les 9 affaires suivantes :

Affaire n°1 : Maldonado v. Flynn (1980) et Zapata Corp. v. Maldonado (1981)
Affaire n°2 : Lewis v. Aronson (1983) et Aronson v. Lewis (1984)
Affaire n°3 : Weinberger v. UOP, Inc. (1983)
Affaire n°4 : Kahn v. Lynch Comm. Systems, Inc. (1994)
Affaire n°5 : Smith v. Van Gorkom (1985)
Affaire n°6: Mesa Petroleum Co. v. Unocal Corporation et Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985)
Affaire n°7 : Unitrin Inc. v. American General Corp. (1995)
Affaire n°8 : MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. v. Revlon, Inc. (1985) et Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.(1986)
Affaire n°9 : Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp. (1988)

Section 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte traditionnel (1980-2013)

255. Avant d'examiner l'arrêt Smith v. Van Gorkom (1985) et la jurisprudence qui l'a suivi (§1), on examinera la jurisprudence qui l'a directement précédée (§2).

§ 1 — La jurisprudence dans les années 1980-1984

256. On examinera la jurisprudence qui applique la *business judgment rule* (A) et celle qui applique l'examen d'*entire fairness* (B).

I — La jurisprudence appliquant la *business judgment rule*

257. On s'intéressera à la jurisprudence Zapata de 1980-1981 (1) et d'Aronson de 1984 (2).

A — Affaire n°1 : Maldonado v. Flynn (1980) et Zapata Corp. v. Maldonado (1981)[1416]

258. Le conseil des directeurs de la société *Zapata Corp*. a réduit le temps d'exercice des options d'achat des actions (*stock options*).

259. Le demandeur, Maldonado, a intenté une action dérivée (*derivative action*) contre Zapata Corp., et ses directeurs et *officers*. Il a allégué que la réduction du temps pour l'exercice des options d'achat des actions a constitué une violation de l'obligation fiduciaire (*breach of fiduciary duty*), car cela a privé la société d'une déduction fiscale fédérale[1417].

260. La cour de la chancellerie, dans l'arrêt Maldonado v. Flynn (1980), rédigé par

[1416] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980), rev'd, Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 22 A.L.R.4th 1190 (Del.Supr. May 13, 1981).

[1417] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251, 1255 (Del. Ch. March 18, 1980).

le vice-chancelier Hartnett, a dit que la *business judgment rule* était une règle défensive, dont l'effet est de permettre aux directeurs de la société d'exercer de façon discrétionnaire la gestion des affaires de la société de manière et ce dans les meilleurs intérêts de la société en accord avec leur pouvoir de gouverner la société en vertu de l'article 8 Del.C. s 141(a)[1418].

La cour a déclaré que dans l'arrêt Bodell v. General Gas & Elec. Corp. (1927), la Cour suprême du Delaware a formulé les grandes lignes de la *business judgment rule*[1419]. La cour a également cité aussi les arrêts (1) Warshaw v. Calhoun (1966); (2) Gimbel v. Signal Companies, Inc. (1974); (3) Chasin v. Gluck (1971); (4) Getty Oil Co. v. Skelly Oil Co. (1969, 1970); (5) Davis v. Louisville Gas & Elec. Co. (1928), ainsi que l'un des traités, c'est-à-dire *Fletcher Cyclopedia of Corporations*[1420].

261. La cour a confirmé que la règle a été formulée variablement par les cours du Delaware, et même peut-être de manière trop large[1421]. La cour a poursuivi en jugeant que son caractère en tant que règle purement défensive n'était jamais sérieusement remis en cause. La cour a rappelé que la règle requiert une loyauté absolue et ne protège pas les décisions des directeurs qu'elles soient frauduleuses, illégales ou irresponsables, ni ne s'applique s'il y a une preuve que les directeurs ont profité de la transaction au détriment de la société[1422].

262. La cour a rappelé que la *business judgment rule* est seulement une présomption de propriété (de justice) accordée aux décisions des directeurs de la société et a cité la jurisprudence Bodell ; Warshaw ; Prince et Gropper[1423].

La cour a conclu que l'analyse de la *business judgment rule* démontrait qu'elle était une limitation de responsabilité[1424].

[1418] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980). Voir l'Annexe n°4.1.1.

[1419] Bodell v. General Gas & Elec. Corp., Del.Supr., 140 A. 264 (1927). Voir l'Annexe n°4.1.2.

[1420] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980), *Vice chancellor* HARTNETT.

[1421] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980). Voir l'Annexe n°4.1.3.

[1422] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980). Voir l'Annexe n°4.1.4.

[1423] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980). Voir l'Annexe n°4.1.5.

[1424] Maldonado v. Flynn, 413 A.2d 1251 (Del. Ch. March 18, 1980). Voir l'Annexe n°4.1.6.

263. En infirmant le jugement de la cour de la chancellerie du Delaware, la Cour suprême du Delaware a confirmé que la *business judgment rule* était une création judiciaire (« prétorienne ») qui présumait la justice, sous certaines conditions, de la décision du conseil. Vue défensivement, elle ne crée pas d'autorité (la compétence, le pouvoir). Dans ce sens, la *business judgment rule* n'est pertinente dans la prise de décision sociétaire que lorsque celle-ci est prise. Elle est généralement utilisée en tant que défense contre une attaque sur le bien-fondé de la décision. Cependant, le pouvoir de gestion et de prise de décision relative à la gestion est fondé sur la section 141 (a). La *business judgment rule* a évolué en reconnaissant l'expertise des directeurs lorsqu'ils exercent leur pouvoir de gestion en vertu de la section 141 (a)[1425].

B — Affaire n°2 : Lewis v. Aronson (1983) et Aronson v. Lewis (1984)[1426].

264. La société *Meyers Parking System, Inc*. (*Meyers Parking*), conclut avec Leo Fink, président du conseil des directeurs de la société et actionnaire à 47%, un contrat de travail et de consultation et lui accorda le prêt, sans intérêt, de 225 000$[1427].

265. M. Harry Lewis, l'actionnaire, a intenté une action dérivative (*derivative action*) contre la société *Meyers Parking* et les 10 directeurs de cette société[1428].

266. La cour de la chancellerie du Delaware a donné gain de cause au demandeur. La cour a affirmé que la *business judgment rule* est une présomption que la décision d'affaire rationnelle d'un directeur ou d'un *officer* est propre à moins que les faits existent qui enlèvent la protection de la règle[1429]. La cour a cité la jurisprudence Kaplan (1971) et Warshaw (1968). La cour a déclaré qu'il s'agissait de la présomption de propriété[1430].

[1425] Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 782, 22 A.L.R.4th 1190 (Del.Supr. May 13, 1981).

[1426] Lewis v. Aronson , 466 A.2d 375 (Del. Ch. 1983), rev'd, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. March 1, 1984).

[1427] Lewis v. Aronson , 466 A.2d 375, 379 (Del. Ch. 1983).

[1428] Lewis v. Aronson , 466 A.2d 375, 380 (Del. Ch. 1983).

[1429] Lewis v. Aronson , 466 A.2d 375, 381 (Del. Ch. 1983).

[1430] Lewis v. Aronson , 466 A.2d 375, 381 (Del. Ch. 1983).

267. La Cour suprême du Delaware a infirmé le jugement de la cour de la chancellerie[1431].

(1) La Cour suprême a dit qu'un précepte cardinal de la loi des sociétés générales du Delaware est que ce sont les directeurs, plutôt que les actionnaires, qui gèrent les affaires de la société et cite la section 8 Del. C. § 141 (a)[1432].

(2) Selon la cour, l'existence et l'exercice de ce pouvoir comportent certains devoirs fiduciaires fondamentaux à l'égard de la société et de ses actionnaires[1433].

(3) La cour a ajouté que l'actionnaire a le pouvoir de contester l'action des directeurs (*derivative suit*), ainsi que d'élire et de révoquer des directeurs[1434].

(4) Selon la cour, la matière de l'action judiciaire de la société est liée à la matière de la *business judgment rule*.

268. La Cour suprême du Delaware a dit que la *business judgment rule* est une reconnaissance des prérogatives de gestion des directeurs de la société en vertu de la Section 141 (a) et a cité la jurisprudence Zapata[1435].

La Cour suprême a dit que la *business judgment rule* est une présomption qu'en prenant une décision sur l'affaire, les directeurs de la société ont agi sur la base informée, de bonne foi et dans la croyance honnête que l'action a été prise dans les meilleurs intérêts de la société. Elle a cité la jurisprudence Kaplan (1971) et la jurisprudence Robinson (1924). Elle a ajouté qu'en l'absence d'abus de discrétion, ce jugement sera respecté par les cours. La charge de la preuve est sur la partie contestant la décision d'établir les faits renversant la présomption. Elle a cité la jurisprudence Puma (1971)[1436].

La Cour suprême a confirmé l'application de la *business judgment rule* dans le

---

[1431] Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 807 (Del. March 1, 1984).

[1432] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805 (Del. 1984).

[1433] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805 (Del. 1984) : « The existence and exercise of this power carries with it certain fundamental fiduciary obligations to the corporation and its shareholders.[FN4] Loft, Inc. v. Guth, Del.Ch., 2 A.2d 225 (1938), aff'd, Del.Supr., 5 A.2d 503 (1939) ».

[1434] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805 (Del. 1984).

[1435] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805 (Del. 1984).

[1436] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del. 1984).

contexte de l'action judiciaire intenté par les actionnaires au nom de la société (*derivative action*)[1437].

La cour a précisé les conditions d'application de la règle, par exemple, le manque d'un intérêt personnel des directeurs[1438] et le devoir de s'informer[1439].

La cour a rappellé que la règle ne s'applique qu'à l'action des directeurs, c'est-à-dire à une décision consciente d'agir ou de ne pas agir[1440].

II — La jurisprudence sur l'examen de l'*entire fairness*

Affaire n°3 : Weinberger v. UOP, Inc. (1983)[1441]

Affaire n°4 : Kahn v. Lynch Comm. Systems, Inc. (1994)[1442]

269. La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Weinberger v. UOP, Inc., rédigé par le juge (*Justice*) Moore, a appliqué l'examen de l'*entire fairness*[1443].

270. L'arrêt concernait la fusion (*cash-out merger*) entre la société filiale (*UOP, Inc.*, la société cotée) et la société mère (*Signal Companies, Inc.*, la société cotée). Les actionnaires minoritaires de la filiale ont été payés en espèces (ils ont été éliminés)[1444].

271. Dans l'arrêt Weinberger v. UOP, Inc., le juge Moore a dit que la justice (*fairness*) est la notion unique (*entire fairness*)[1445] et que tous les éléments qui la

---

[1437] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del. 1984).

[1438] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del. 1984).

[1439] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del. 1984).

[1440] Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del. 1984). Voir l'Annexe n°4.2.1.

[1441] Weinberger v. UOP, Inc., 426 A.2d 1333 (Del. Ch. Feb. 9, 1981), rev'd, 457 A.2d 701 (Del. Feb. 1, 1983) ; MOORE J.

[1442] Kahn v. Lynch Comm. Systems, Inc., 638 A.2d 1110, 117 (Del., April 5, 1994).

[1443] Weinberger v. UOP, Inc., 426 A.2d 1333 (Del. Ch. Feb. 9, 1981), rev'd, 457 A.2d 701 (Del. Feb. 1, 1983), *Justice* MOORE.

[1444] Voir l'Annexe n°4.3.1.

[1445] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983) : « […] [T]he question is one of entire fairness ».

composent doivent être examinés comme un tout (comme un ensemble)[1446]. Le juge Moore a précisé que la justice (*fairness*) est composée d'un nombre d'éléments[1447], dont les deux éléments de base[1448] sont le traitement juste (*fair dealing*) et le prix juste (*fair price*).

Dans l'arrêt Weinberger, le juge Moore a décrit le traitement juste (*fair dealing*) en tant que notion qui comprend un nombre d'éléments, par exemple, (1) dans quels délais de temps la transaction a eu lieu ; (2) comment la transaction a été initiée; (3) structurée ; (4) négociée ; (5) divulguée ; (5) approuvée[1449].

272. Dans l'arrêt Weinberger, le juge Moore a décidé que :

(1) L'étude de faisabilité (*faisibility study*) a utilisé les informations confidentielles du vendeur (*UOP, Inc.*) pour l'utilisation exclusive et seulement au profit de l'acheteur (*Signal*).

(2) En ce qui concerne l'initiation de la transaction, la fusion a été « entièrement initiée » par la société acheteuse (*Signal*) ;

(3) Concernant le calendrier de l'opération, la transaction a été proposée et approuvée par le conseil des directeurs (*UOP, Inc.*) dans les quatre jours ouvrables.

(4) En ce qui concerne la structure de la transaction, elle a été planifiée par la société acheteuse (*Signal*).

(5) Concernant les négociations, il n'y a pas eu lieu les *arm's length negotiations*, le *CEO* de la société vendeuse (*UOP*) et en même temps, le directeur en fonction et l'ex-salarié de la société acheteuse (*Signal*) a seulement accepté le meilleur prix proposé par l'acheteur.

(6) En ce qui concerne la divulgation des informations matérielles, il n'a pas eu lieu de divulgation de « l'étude de faisabilité » (*Arledge-Chitiea report*) préparée par les

---

[1446] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983): « All aspects of the issue must be examined as a whole since the question is one of entire fairness ».

[1447] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983): « All aspects of the issue (fairness) […] ».

[1448] Weinberger v. UOP, Inc., Del. Supr., 457 A.2d 701, 711 (Feb. 1, 1983) : « Here, we address the two basic aspects of fairness [fair dealing and fair price] separately because we find reversible error as to both […]. »

[1449] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983)

directeurs communs aux directeurs indépendants ni aux actionnaires minoritaires de la société vendeuse ; il n'y a pas eu lieu de divulgation de conflits d'intérêts des directeurs communs.

(7) Concernant, l'opinion d'équité (*fairness opinion*), il n'y a pas eu lieu de divulgation des circonstances et de la courte durée de la préparation de l'opinion aux directeurs indépendants ni aux actionnaires minoritaires de la société vendeuse.

La société vendeuse (*UOP, Inc.*) a été passive. La société acheteuse (*Signal*) a été active. Il y avait un manque de divulgation d'information importante aux directeurs indépendants et aux actionnaires minoritaires de la société vendeuse.

Dans l'arrêt Weinbereger, le juge Moore a conclu que la fusion a été effectuée de la manière qui n'a pas respecté le traitement juste (*fair dealing*).

273. La question qui se pose est de savoir pourquoi les directeurs indépendants n'ont pas trouvé par eux-mêmes l'information nécessaire relative à la transaction (l'obligation de prudence, l'obligation de s'informer sur la transaction, du côté actif).

274. Dans l'arrêt Weinberger, le juge Moore a qualifié le traitement juste (*fair dealing*) comme contenant le devoir de divulgation (*duty of candor*),[1450] le devoir en vertu duquel, par exemple, celui qui possède « une connaissance supérieure ne peut pas tromper l'actionnaire par l'utilisation de l'information confidentielle dont ce dernier n'est pas informé »[1451].

A notre avis, le traitement juste contient aussi les éléments du devoir de soin (*duty of care*) et de loyauté (*duty of loyalty*).

La jurisprudence Weinberger a jugé que la justice (*fairness*) équivalait à la décision du conseil des directeurs entièrement indépendants[1452].

[1450] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del., Feb. 1, 1983) : « Part of fair dealing is the obvious duty of candor required by Lynch I […]. »

[1451] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983) ([II.] [D.] [11] [p. 711]) cite Lank v. Steiner, Del. Supr., 224 A.2d 242 (1966).

[1452] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 709, 710 (Del., Feb. 1, 1983) : « Since fairness in this context can be equated to conduct by a theoretical, wholly independent, board of directors acting upon the matters before them […] ».

275. La législation accorde aux actionnaires, sous certaines conditions, le droit de recevoir le prix juste (*fair price*) pour les actions prises sans leur agrément (*appraisal rights*) dans la fusion ou consolidation[1453].

La jurisprudence a défini ce prix juste (*fair price*) des actions en tant qu'intérêt proportionnel (la quote-part) dans l'entreprise c'est-à-dire la valeur véritable ou intrinsèque des actions[1454].

Pour déterminer le prix juste (*fair price*) des actions, on propose de présenter les « éléments de valeur » et la méthode d'évaluation de ces éléments.

En ce qui concerne les « éléments de valeur », il y a les éléments présents avant la fusion et les éléments futurs qui peuvent ou non avoir lieu après la fusion, par exemple, les gains de la société acheteuse résultant de synergie entre la société vendeuse et la société acheteuse, etc.

La question qui se pose est de savoir lesquels des « éléments de valeur » sont pris en compte dans la détermination du prix juste (*fair price*) des actions.

Selon la législation relative à la procédure de rachat des actions par la société (*appraisal procedure*), tous les éléments de valeur sauf ceux qui résultent de « l'accomplissement ou l'attente de la fusion » doivent être pris en compte pour déterminer le prix juste (*fair price*)[1455]. La doctrine interprète l'intention du législateur en tant qu'idée de prendre en compte seulement les éléments de valeur qui existent avant la fusion[1456].

Or, selon la jurisprudence, le prix juste (*fair price*) doit comprendre tous les éléments, par exemple, les actifs; la valeur du marché; les gains; les perspectives futures; les autres éléments qui affectent la valeur intrinsèque ou inhérente des actions d'une société[1457].

[1453] 8 Del. C. § 262 (h) [le Code de l'Etat de Delaware, le Titre 8, le Chapitre 1, l'article 262 (h)] est relatif aux *appraisal rights*; l'adjectif *fair* à côté du mot valeur a été ajouté en 1976. [Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713, 714 (Del., Feb. 1, 1983).

[1454] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.2.

[1455] 8 Del. C. § 262 (h). Voir l'Annexe n°4.4.1.

[1456] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 495 : « [T]he statutory idea is that a dissenting shareholder is entitled to a pro rata share of the value of the corporation as it exists prior to a merger. »

[1457] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 711 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.3.

La question qui se pose est de savoir s'il y a une contradiction entre la législation et la jurisprudence. La jurisprudence Weinberger apporte la réponse par la négative. La jurisprudence Weinberger introduit un nouveau critère, c'est-à-dire la nature spéculative d'un « élément de valeur ». Les « éléments de valeur spéculatifs » sont définis en tant qu'« informations pro forma et projections spéculatives relatives à l'accomplissement de la fusion»[1458]. Ces éléments sont exclus de la détermination du prix juste (*fair price*) des actions. Ils constituent une exception étroite. Les « éléments de valeur non - spéculatifs » sont des éléments de valeur futurs qui sont connus ou susceptibles de preuve au moment de la fusion, et ne sont pas le produit de la spéculation, par exemple, la nature de l'entreprise[1459].

Ces éléments sont inclus dans la détermination du prix juste (*fair price*) des actions.

La jurisprudence Weinberger interprète l'intention du législateur en tant qu'idée de réparer entièrement les actionnaires[1460]. Il semble qu'on puisse soutenir qu'il s'agit de réparer le dommage subi (la valeur de l'action avant la fusion) et la perte d'un futur gain de la fusion (la valeur de l'action après la fusion). Cette proposition jurisprudentielle entraîne des conséquences positives et négatives. En ce qui concerne les avantages, la jurisprudence Weinberger nous semble être une proposition d'équité pour les actionnaires. La question qui se pose est de savoir si la législation pourrait prendre en compte cet argument de l'équité et apporter une précision conforme à la jurisprudence (qui autoriserait expressément de prendre en compte les éléments de valeur non spéculatifs). En ce qui concerne les désavantages, l'apport de l'arrêt Weinberger peut être contesté par les trois arguments suivants. En premier lieu, il s'agit de savoir si l'arrêt Weinberger respecte les limites d'application de la législation[1461]. La législation clairement, sans équivoque, exclut les « éléments de valeur » qui résultent de l'accomplissement ou de l'attente de la fusion. Or, la jurisprudence Weinberger exclut seulement les « éléments de valeur spéculatifs ». La jurisprudence limite l'exclusion législative. En deuxième lieu, il s'agit de savoir si la division entre les « éléments de valeur spéculatifs ou non » est claire. Les « éléments

[1458] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.4.

[1459] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.5.

[1460] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.6.

[1461] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 495.

de valeur », sans regard, s'ils sont spéculatifs ou pas, sont les éléments qui ne se produisent pas avant la fusion. De même, il n'est pas certain s'ils se produiront, sans regard, s'ils sont spéculatifs ou pas. La division entre les éléments de valeur « spéculatif ou non-spéculatifs » ne nous semble pas être claire. En troisième lieu, il s'agit de savoir si les actionnaires de la société vendeuse ont le droit de participer aux gains qui se produiront après la fusion et si les actionnaires de la société acheteuse ont l'obligation de partager les gains avec les actionnaires de la société vendeuse.

276. En ce qui concerne, les méthodes d'évaluation (les techniques/ les approches) des éléments de valeur qui sont pris en compte pour déterminer le prix juste (*fair price*).

Il semble utile de présenter les deux méthodes d'évaluation qui ont été appliquées par la jurisprudence successivement.

La première méthode s'appelle le bloc du Delaware (*Delaware block*) ou (*weighted average method*). Dans cette méthode, les « éléments de valeur », c'est-à-dire les actifs, le prix du marché, les gains, etc., ont été affectés d'un poids particulier et les montants en résultant ont été ajoutés pour déterminer la valeur par action »[1462]. Cette méthode a été appliquée dans les procédures d'évaluation des actions (*appraisal procedure* ou les autres *stock valuation cases*)[1463]. La question qui se pose est de savoir si cette méthode a été appliquée dans les actions relative à la violation d'un devoir fiduciaire (*breach of fiduciary duty*). Le bloc du Delaware (*Delaware block*) a été appliqué par la jurisprudence de l'Etat du Delaware au moins pendant 36 ans (1947-1983) jusqu'à l'arrêt Weinberger. Depuis l'arrêt Weinberger[1464], cette technique a été définitivement Abandonnée. L'arrêt Weinberger a accepté de faire recours à « toutes les techniques ou méthodes qui sont généralement acceptables par la communauté financière et par la procédure judiciaire » pour évaluer les actions des actionnaires minoritaires de la société vendeuse[1465]. Par exemple, dans l'arrêt

[1462] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 712 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.7.

[1463] Weinberger v. UOP, Inc., Del. Supr., 457 A.2d 701, 712 (Feb. 1, 1983) cite, entre autres, Minneapolis-Moline Co., 75 A.2d 244, 247 (Del. Ch., 1950) et Tri-Continental Corp. v. Battye, 66 A.2d 910, 917-918 (Del. Ch., 1949).

[1464] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del. Supr., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.8.

[1465] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 713 (Del. Supr., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.9.

Weinberger[1466], l'actionnaire minoritaire a présenté la preuve de la valeur de ses actions à l'appui de (1) l'analyse comparée des primes payées dans les 10 autres transactions sur le marché (OPAs et les fusions), et (2) l'analyse de flux de trésorerie (*discounted cash flow*). Cette méthode « libérale » a été appliquée dans le contentieux relatif à l'évaluation des actions. Il peut s'agir soit des rachats des actions par la société (*appraisal procedures*) en vertu de l'article 262 (h) du Chapitre 1 du Titre 8 du Code de l'Etat du Delaware (8 Del. C. § 262 (h)), soit des actions pour la violation d'un devoir fiduciaire (*breach of fiduciary duty*)[1467]. Cette méthode est appliquée par la jurisprudence depuis l'arrêt Weinberger[1468]. L'utilisation des techniques modernes d'évaluation a été confirmée, par exemple, par l'arrêt Cede 1/ Technicolor 1[1469] et a été appréciée par la doctrine[1470].

277. La jurisprudence Weinberger a précisé l'examen de l'*entire fairness*. Elle introduit un standard de conduite minimal, exigeant que le conseil des directeurs de la société participante à la fusion n'approuve la transaction qu'à la suite du traitement juste (*fair dealing*) et qu'en cas de prix juste (*fair price*). Autrement dit, le conseil des directeurs de la société vendeuse, par exemple, doit vendre la société pour le prix juste et le conseil des directeurs de la société acheteuse doit acheter la société pour le prix juste.

278. En général, pour que l'examen de l'*entire fairness* s'applique[1471], le demandeur, par exemple, l'actionnaire minoritaire, doit alléguer la fraude (*fraud*), la présentation déformée (*misrepresenation*), un autre élément de mauvaise conduite

[1466] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del., Feb. 1, 1983) ([II.] [E.] [p. 712]).

[1467] I - Cede & Co. v. Technicolor, 542 A.2d 1182, 1187 (Del. Supr., June 10, 1988). V. l'Annexe n°4.5.1.

[1468] I - Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 542 A.2d 1182, 1187 (Del., June 10, 1988). V. l'Annexe n°4.5.2.

[1469] I - Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 542 A.2d 1182, 1183 (Del., June 10, 1988). V. l'Annexe n°4.5.3.

[1470] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 496.

[1471] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703. (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.10.

(*misconduct*) ou un autre *wrong* ou la violation d'un devoir fiduciaire (*breach of the fiduciary duty*)[1472].

L'actionnaire majoritaire doit prouver que la transaction est juste (*fair*) par prépondérance de la preuve (*preponderance of evidence*)[1473]. Par conséquent, l'actionnaire majoritaire doit prouver que la fusion a été réalisée selon la procédure juste (*fair dealing*) et le prix des actions a été juste (*fair price*).

279. La charge de la preuve peut être transférée au demandeur, en cas de vote d'un comité des directeurs indépendants ou de la majorité de la minorité des actionnaires.

Si la transaction est approuvée par un comité composé des directeurs qui sont indépendants, la charge de la preuve peut être transférée au demandeur[1474].

Les conditions sont les suivantes :

(1) le comité doit être composé des directeurs qui sont « indépendants » ;

(2) le comité doit avoir être vraiment informé[1475] ;

(3) l'actionnaire majoritaire ne peut pas dicter les stipulations de la fusion ;

(4) le comité spécial (*special committee*) doit avoir le vrai pouvoir de négociation (*real bargaining power*) qu'il peut exercer vis-à-vis de l'actionnaire majoritaire sans dépendance (*arm's-length basis*)[1476].

L'actionnaire majoritaire ou contrôleur a la charge de la preuve. Par exemple, la Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc., a décidé que le comité indépendant de la société vendeuse (*Lynch Communication Systems, Inc.*) n'avait pas négocié de manière indépendante avec la société acheteuse

---

[1472] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703. (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.11.

[1473] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703. (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.12.

[1474] Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc., 638 A.2d 1110, 1117 (Del., April 5, 1994) : « However, an approval of the transaction by an independent committee of directors or an informed majority of minority shareholders shifts the burden of proof on the issue of fairness from the controlling or dominating shareholder to the challenging shareholder-plaintiff. See Rosenblatt v. Getty Oil Co., 493 A.2d at 937–38 ».

[1475] Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc., 638 A.2d 1110, 1117 (Del., April 5, 1994).

[1476] Kahn v. Lynch Comm. Systems, Inc., 638 A.2d 1110, 117 (Del., April 5, 1994). V. l'Annexe n°4.6.1.

(*Alcatel*), qui avait été l'actionnaire contrôleur de la société vendeuse (avec l'actionnariat de 43%).

Si la transaction a été approuvée par un vote informé de la majorité de minorité (*majority of the minority*) des actionnaires, la charge de la preuve est transférée au demandeur. Le demandeur (par exemple l'actionnaire minoritaire) doit prouver que la transaction n'a pas été juste pour les minoritaires[1477].

C'est l'actionnaire majoritaire (ou une autre personne que s'en prévaut) qui doit prouver que le vote informé de la majorité de minorité des actionnaires a eu lieu et tous les faits matériels ont été divulgués aux actionnaires[1478].

Ainsi, la Cour suprême du Delaware en matière de transactions entre la société mère et la société filiale encourage le recours au comité spécial des directeurs indépendants ou le vote informé de la minorité des actionnaires. La règle générale est que dans de telles transactions, il doit y avoir la divulgation complète des faits et la justice procédurale et substantielle[1479].

[1477] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703. (Del., Feb. 1, 1983). V. l'Annexe n°4.3.13; Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc., 638 A.2d 1110 (Del., April 5, 1994). Voir l'Annexe n°4.6.2.

[1478] Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703 (Del., Feb. 1, 1983). Voir l'Annexe n°4.3.14.

[1479] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, pp. 308, 314.

§ 2 — L'arrêt, Smith v. Van Gorkom (1985)

Affaire n°5 : Smith v. Van Gorkom (1985)[1480]

280. L'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Smith v. Van Gorkom, en date du 29 janvier 1985, concerne la décision de signer l'agrément de fusion (d'arrêter le traité de fusion), prise par le conseil des directeurs de la société vendeuse, *Trans Union*.
Il s'agissait de la fusion où la considération entière pour les actionnaires de la société vendeuse a été constituée par l'argent (*cash-out merger*). Il s'agissait de la fusion dans le cadre de laquelle la société vendeuse allait arrêter d'être la société cotée et allait devenir la société privée (*going private transaction*). Il s'agissait de l'une des fusions les plus controversées dans l'histoire du droit des sociétés aux Etats-Unis[1481].

La formation de ce jugement s'est composée d'un *Chief Justice* Herrmann et de quatre juges (*Justices*) Christie, Horsey, McNeilly, Moore. L'arrêt, rédigé par Justice Horsey, a été soutenu par les trois juges (Hermann, *C.J.*, Horsey *J.*, Moore *J.*). Les deux juges se sont opposés (McNeilly *J.*, Christie *J.*). Il s'agissait alors de l'arrêt extraordinaire de trois contre deux (*3-2 decision*). Il s'agissait de l'action collective des actionnaires de la société *Trans Union* Corporation (*class action*)[1482].

281. On examinera, en détail, l'arrêt, les faits (I) et le contenu (II).

I — Les faits de l'arrêt

282. On examinera, en détail, l'arrêt, les parties à la transaction (A) et le déroulement de la transaction (B).

[1480] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. Jan. 29, 1985).

[1481] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. Jan. 29, 1985) : « [A] decision to sign a merger agreement ».

[1482] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 255.

A — Les parties à la transaction

283. On examinera le vendeur (1) et l'acheteur à la transaction (2).

1 — Du côté du vendeur

284. Société vendeuse/cible (*seller/target corporation*). — La société vendeuse/cible (*seller/target corporation*) a été la société *Trans Union* (*Trans Union Corporation*), la société cotée, avec l'actionnariat dispersé. La société, *Trans Union*, louait principalement des wagons-citernes.

La genèse de la société, *Trans Union*, remonte à la société *Union Tank Line Company* (rebaptisée *Union Tank Car Company*). En 1866, J.H. Vandergift crea la société, *the Union Tank Line*, pour livrer le pétrole à Chicago. Avant 1878, la société avait été acquise par le *Standard Oil's Tank Car Trust* de John D. Rockefeller (1839-1937). En 1880, toute la flotte de *Standard Oil* a été nommée *Union Tank Line*. Le 14 juillet 1891, l'Union Tank Line a été constituée et dénommée *Union Tank Line Company*. En 1909, l'*Union Tank Line Company* est devenue la société cotée et séparée de la société Standard Oil[1483]. Pour prévenir la confusion que la société *Union Tank Line Company* a opéré la ligne de chemin de fer, la dénomination sociale a été changée en *Union Tank Car Company* en 1919[1484].

[1483] La séparation a été le résultat de la décision de la Cour suprême des Etats-Unis – Standard Oil Company of New Jersey v. the United States of America, 221 U.S. 1 (May 15, 1911).

[1484] A ce jour, la société *Union Tank Car Company*, est la société privée (*private corporation*) possédée par le *Marmon Group*. Voir le site officiel de la *Union Tank Car Company* disponible sur http://www.utlx.com/pdf/TankCarHistory.pdf et http://www.transunion.com/corporate/about-transunion/who-we-are/company-history.page (lla dernière visite: le 9 août 2012); Voir aussi S. M. BAINBRIDGE, *Smith v. Van Gorkom*, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper N°08-13 (2008), disponible sur SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1130972, pp. 5, 6 ; Voir l'Annexe n°4.7.1.

285. ***Trans Union*. —** En 1968, la société, *Union Tank Car Company*, opérant une location (*leasing*) de wagons, a créé la société holding, *Trans Union*. La société, *Trans Union*, était la société mère de la société, *Union Tank Car Corporation*, et des autres sociétés qu'elle acquit, par exemple, le *Credit Bureau of Cook County* (*CBCC*) acquis en 1969.

En 1980, la société *Trans Union Corporation*, via sa société filiale, *Union Tank Car Company*, a possédait 51 000 wagons-citernes et 12 000 autres wagons, qui étaient loués aux clients. C'était la deuxième plus grande flotte de voitures de chemin de fer possédée par une entité privée dans le monde[1485].

La société *Trans Union* a été cotée à la *New York Stock Exchange* (*NYSE*). En mai 1978, la société *Trans Union*, était classée au numéro 278 sur les 500 plus grandes sociétés industrielles des Etats-Unis (la liste Fortune 500)[1486].

A la fin de 1979, la société *Trans Union*, avait un actif (*assets*) de 1 700 000$, les revenus annuels (*annual revenues*) de 922 000 000$, le revenu net (*net income*) de 60 664 000$ (5.01$ par action), un flux de trésorerie (*cash flow*) de 162 000 000.00$ (13.40$ par action)[1487].

286. Jerome W. Van Gorkom (1917-1998). — Le directeur général et le président du conseil des directeurs de la société, *Trans Union*, était Jerome William Van Gorkom. Jerome William Van Gorkom est né en 1917. On l'appelait Van, J.W., Jerry[1488].

[1485] W. M. OWEN, *Autopsy of a Merger. Trans Union: The Deal that Rocked the Corporate World* (1986), p. 3 : « [In 1980, Trans Union Corporation, through its subsidiary, Union Tank Car Company,] owned […] 51,000 tank cars and 12,000 other rail cars »… [These cars were] leased to its customers. »; W. M. OWEN, *op. cit.* : « [It] owned the second largest fleet of privately-owned railway cars in the world ».

[1486] W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 3, 4. Voir l'Annexe n°4.7.2.

[1487] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 5. Voir l'Annexe n°4.7.3.

[1488] Pour la bibliographie, voir l'annexe n°4.7.4. ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 6. Voir l'Annexe n°4.7.5. « When he was only seven years old, his parents separated. He lived with his mother, and they survived the bitter Depression years on odd jobs, welfare, and assistance from his aunts. » Voir W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 6.

En 1939, M. Van Gorkom a obtenu le *Bachelor of Science* (*B.S.*) de *University of Illinois at Urabana-Champaign*. En 1941, il a obtenu le *Juris Doctor* (*J.D.*) de l'*University of Illinois College of Law*. En 1941, il a été admis au barreau de l'Illinois. En 1950, après avoir étudié pendant les soirées, il a obtenu le certificat de *Certified Public Accountant* (*CPA*)[1489].

De 1941 à 1945, pendant, la Seconde Guerre mondiale, il a servi dans la marine américaine (*United States Navy*). De 1945 à 1947, il a travaillé en tant que collaborateur dans le cabinet juridique *KixMiller, Baar & Morris*, spécialisé dans le droit fiscal fédéral (*federal taxation*). De 1947 à 1954, il a travaillé en tant que comptable dans le cabinet comptable, *Arthur Andersen & Co*., et de 1954-1956 en tant qu'associé dans ce cabinet[1490].

De 1956 à 1980, il a travaillé dans la société *Trans Union Corporation*, en tant qu'*officer* pendant ces 24 ans, son directeur général pendant 17 ans et le président du conseil des directeurs pendant les 2 ans[1491].

En 1968, Dun's Review a décrit M. Van Gorkom dans un article sous le titre *One Man Running Hard*. En 1975, une enquête du magazine *Financial World* le choisit en tant que l'un des 10 meilleurs directeurs généraux (*chief executive officers*, *CEOs*) des Etats-Unis[1492].

M. Van Gorkom a été membre des conseils des directeurs dans d'autres sociétés, par exemple, Stepan Chemical Company; Scott Foresman & Co.; the National Boulevard Bank of Chicago; Illinois Central Industries; Illinois Central Gulf Railroad; Midas International Corporation; Inland Steel[1493]. M. Van Gorkom a été engagé dans le service public et il a exercé les activités de charité et *non-for-profit*. M. Van Gorkom a été directeur de *Securities Investor Protection Corporation* (*SIPC*), la société *nonprofit* établie par la loi de 1970, *Securities Investment Protection Act of 1970*[1494].

[1489] Pour la bibliographie, voir l'Annexe n°4.7.6 ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 6.

[1490] Pour la bibliographie, voir les Annexes n°s 4.7.6 et 4.7.7.

[1491] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 866 (Del. Jan. 29, 1985).

[1492] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 6.

[1493] Pour la bibliographie, voir l'Annexe n°4.7.6 ; Voir aussi http://www.stepan.com/default.aspx (la dernière visite: le 21 août 2012) et http://www.pearsonschool.com/ (la dernière visite : le 21 août 2012).

[1494] Selon d'autres soures, il était le vice-président de la société. Voir, W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 7,

M. Van Gorkom a été le président de *Chicago School Finance Authority*, établit en 1980 par la loi de l'Illinois pour aider les écoles publiques à résoudre leurs problèmes financiers[1495]. M. Van Gorkom a été membre du conseil de la Fondation des Impôts. Aussi, il a été membre de 1974 *Advisory Council on Social Security*[1496].

M. Van Gorkom a été le trésorier, le président, le président du conseil et le vice-président du conseil des directeurs de l'association de *Lyric Opera of Chicago*.

M. Van Gorkom a servi en tant que membre du conseil de Trusts (*trustee*) de *Loyola University Chicago et de l'University of Notre Dame* (il fut aussi le président du comité financier de cette université). Il a été membre du conseil de l'*University of Chicago's Graduate School of Business* et de l'*University of Chicago Citizens Board*.

M. Van Gorkom a été membre de *Board of Advisors de Mercy Hospital*; membre de *Board of Trustees de Michael Reese Medical Center* et de *Medical Center* et autres.

M. Van Gorkom a soutenu des organisations de bienfaisance catholiques. En 1980, M. Van Gorkom avait 63 ans[1497].

2 — Du côté de l'acheteur

287. Société acheteuse (*buyer corporation/ bidder*). — La société acheteuse (*buyer corporation/ bidder*) était *Marmon Group, Inc*., société privée avec l'actionnariat concentré, créée par les frères Jay et Robert Pritzker.

---

65 ; Voir aussi *Securities Investor Protection Act of 1970*, 15 U.S.C.A. § 78 ccc, disponible sur Westlaw ; voir aussi *Securities Investor Protection Act of 1970*, 15 U.S.C.A. § 78 aaa. Voir les Annexes n°s 4.7.8. et 4.7.9.

[1495] Le conseil consista de 5 membres. Voir W.M. OWEN, *op. cit.*, pp. 1, 2. Voir l'Annexe n°4.7.10 : *The Civic Federation, School Finance Authority: From Creation to Dissolution*, disponible sur http://www.civicfed.org/civic-federation/blog/school-finance-authority-creation-dissolution (le 21 août 2012): « [To] promote the financial integrity of the Chicago Public Schools ». « [This] separate unit of government [was dissolved in 2010] ».

[1496] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 7.

[1497] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 7 ; http://www.lyricopera.org/ (la dernière visite : le 21 août 2012) ; http://nd.edu/ (la dernière visite : le 21 août 2012) ; http://www.chicagobooth.edu/ (la dernière visite : le 21 août 2012). L'hôpital a été clos en 2009, v.

Close Notice disponible sur http://www.michaelreesehospital.com/CloseNotice.pdf (la dernière visite: le 21 août 2012); Pour la bibliographie, voir l'Annexe n°4.7.6.

En 1953, ils ont acquis la société, *The Colson Corporation*. Après 1953, ils ont acquis d'autres sociétés, par exemple, en 1964, la société *Marmon Herrington Company*[1498].
A ce jour, la société *Marmon Holdings, Inc*. est une société privée à l'actionnariat concentré qui groupe plus de 125 entreprises manufacturières et de services qui fonctionnent indépendamment dans les divers secteurs d'activité[1499].

288. Famille Pritzker (*The Pritzkers*). — En 1980, un nombre de *trusts* au profit de la famille Pritzker de Chicago a été l'actionnaire majoritaire de la société *Marmon*. Le patriarche de cette famille était Nicholas Pritzker (1871–1956), qui environ 100 ans avant, en 1881, étant âgé de 10 ans, avait quitté une région de Kiev, en Ukraine, avec ses parents et était arrivés à Chicago, dans l'Illinois, aux États-Unis. Il a appris l'anglais, par exemple, en traduisant le journal, *Chicago Tribune*, à l'aide d'abord d'un dictionnaire anglais-allemand, et ensuite, allemand-russe. Il a travaillé, par exemple, en vendant des journaux et en cirant des chaussures.
Nicolas a étudié d'abord la pharmacie, et tout en travaillant en tant que pharmacien, il a étudié le droit, dans le cadre du programme de soirée, à *DePaul University* à Chicago. En 1902, Nicholas Pritzker a ouvert son propre cabinet juridique, ultérieurement nommé *Pritzker & Pritzker*.
Les trois fils de Nicolas Pritzker ont obtenu le degré en droit et ont travaillé avec leur père dans le cabinet, le fils ainé, Harry (1893-1957), se spécialisa en droit criminel; le fils cadet, Abram Nicholas (1896-1986), diplômé de la *Harvard University School of Law* se spécialisa en droit des sociétés ; le benjamin, Jack (1904-1979), se spécialisa en droit de l'immobilier.
Dans les années 1920, Abram Nicholas (A.N.) Pritzker a fini de pratiquer le droit et a commencé à pratiquer les affaires. Avant la fin des années 1930, le cabinet juridique de la famille, *Pritzker & Pritzker*, a cessé de servir les clients extérieurs et commença à servir uniquement les affaires de la famille.

[1498] Voir http://www.colsoncaster.com/about/history/default.aspx (la dernière visite: le 23 août 2012); http://www.marmon.com/History.asp?his=true&About=true (la dernière visite : le 21 août 2012).

[1499] Voir http://www.marmon.com/History.asp?his=true&About=true et http://www.marmon.com/News/31808_NewsRelease.asp (la dernière visite: le 9 août 2012).

Par exemple, en 1942, Abram Nicholas et son ami ont acheté la société, Cory Corp., un fabricant de cafetières, pour 25,000$. En 1967, après 25 ans, ils l'ont vendu à Hershey Foods pour 23 millions de dollars[1500].

289. Jay Arthur Pritzker (1922-1999). — L'un des trois fils d'Abram Nicolas, Jay Arthur Pritzker (1922-1999), a terminé ses études secondaires à l'âge de 14 ans. Il a étudié à la *Northwestern University* et s'est spécialisé en comptabilité. En 1941, il a obtenu le degré de *Bachelor of Science* (*B.S.*) de la Northwestern University. En 1947, il a obtenu le degré de *Juris Doctor* (*J.D.*), en 2 ans, de la *Northwestern University School of Law*.

De 1942 à 1946, pendant la Deuxième Guerre mondiale, J. A. Pritzker a servi en tant qu'instructeur de vol. Après un an de travail dans l'agence fédérale qui s'occupait des sociétés étrangères dont les actifs avaient été saisis pendant la guerre, il est retourné à Chicago et a rejoint le cabinet juridique *Pritzker & Pritzker*[1501].

En 1953, J.A. Pritzker et son frère, Robert, ont commencé à former ce qui allait devenir le *Marmon Group*. Ils ont acheté des sociétés industrielles sous-performantes.

[1500] Pour la généalogie de la famille Pritzker, voir l'Annexe n°4.7.11. Voir aussi W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 539 ; S. ANDREWS, *Shattered Dynasty*, Vanity Fair,, May 2003, disponible sur http://www.vanityfair.com/fame/features/2003/05/andrews200305 (le 23 août 2012); F. S. WORTHY, C. HUTTON, *The Pritzkers Unveiling a Private Family. Can you believe it? These billionaires actually like each other. But as Pritzkers Proliferate, a Worry Arises: Can They Maintain Their Striking Success – And Keep Everyone Happy?,* A Service of CNN, Fortune & Money, April 25, 1988, disponible sur http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/1988/04/25/70462/index.htm (la dernière visite: le 22 août 2012); S. TRITSCH, *Tremors in the Empire*, CHICAGO MAGAZINE, December 2002, disponible sur http://www.chicagomag.com/Chicago-Magazine/December-2002/Tremors-in-the-Empire/ (le 23 août 2012). Voir les Annexes n°s 4.7.12, 4.7.13, 4.7.14, 4.7.15, 4.7.16, 4.7.18 et 4.7.19.

[1501] Pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.20, 4.7.21 et 4.7.22 ; W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 539 ; S. ANDREWS, *op. cit.*; A. RAMIREZ, *Jay Pritzker Who Built Chain of Hyatt Hotels Is Dead at 76*, N.Y. TIMES, January 25, 1999, disponible sur http://www.nytimes.com/1999/01/25/business/jay-pritzker-who-built-chain-of-hyatt-hotels-is-dead-at-76.html?pagewanted=all&src=pm (la dernière visite : le 21 août 2012) ; J. ANDERSON, J. VIGIL, *Jay A. Pritzker: Billionnaire Philantropist Built Hyatt Hotel Empire*, Chi. Trib., Jan. 24, 1999 ; S. TRITSCH, *op. cit.*,

La banque, *First National Bank of Chicago*, où leur père a été un client important, leur accorda le prêt pour financer l'achat de leur première société, *Colson Company*. La société *Colson Co.* était un manufacturier de produits métalliques, par exemple, des tricycles, des sous-ensembles de missiles, des roulettes pour chariots et des chariots. Il a opéré à Elyria, Ohio.

Robert Alan (Bob) Pritzker était, à l'époque, âgé de 26 ans. Bob a obtenu le degré en ingénierie industrielle de l'*Illinois Institute of Technology* et a travaillé dans des fabriques appartenant aux autres. Il a restructuré la société *Colson* qui a commençé à apporter des profits.

Les frères Pritzker ont acheté des sociétés en difficulté et ont utilisé leurs pertes pour diminuer les impôts des autres sociétés profitables, l'achat devenant profitable au moment de sa conclusion[1502].

En 1957, Jay A. Pritkzer a acheté *The Hyatt House* motel, adjacent à l'aéroport international de Los Angeles, nommé après son propriétaire Hyatt von Dehn. En attendant son vol, Jay A. Pritkzer a visité *The Hyatt House* motel, et dans une cafétéria nommée *Fat Eddie's* et située dans l'hôtel, il prit une tasse de café. L'hôtel était en vente. M. Pritzker a offert le prix de 2 200 000$ et a rédigé son offre sur une serviette. Jay Pritzker a été le président du conseil des directeurs de la société, *Hyatt Corp.* et *Hyatt International Corp*. La famille Pritzker, et en particulier le plus jeune fils d'Abram Nicholas, Donald, a créé la société *Hyatt Hotel Corporation*, une chaîne de plus de 500 propriétés dans le monde, avec par exemple, des hôtels, des casinos, des logements pour personnes âgées.

En 2009, la société *Hyatt Hotel Corporation* a fait un premier appel public à l'épargne (*Initial Public Offering*, *IPO*) et est devenue une société cotée sur le *New York Stock Exchange* (*NYSE*)[1503].

Jay A. Pritzker a créé le prix de l'architecture, a soutenu les universités, les hôpitaux, les institutions, etc. Jay A. Pritzker était considéré comme un génie des affaires[1504].

[1502] See W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 539 ; Pour plus de détails, voir les Annexes n°s 4.7.23, 4.7.24 et 4.7.25; S. ANDREWS, *op. cit.* ; F. S. WORTHY, C. HUTTON, *op. cit.*

[1503] Voir http://www.hyatt.com/hyatt/about/our-company/company-history.jsp (la dernière visite: le 24 août 2012); Pour la bibliographie, voir les Annexes n°s 4.7.26 et 4.7.27 ; J. ANDERSON, J. VIGIL, *op. cit.*; *The Vi Living by Hyatt* http://www.viliving.com/ (le 24 août 2012) ; S. TRITSCH, *op. cit.*

B — Des négociations à la transaction

290. On examinera le déroulement des négociations (1) et les détails de la transaction (2).

1 — Les négociations

291. Raisons de la transaction. — La première raison donnée de la fusion a été le fait que la société *Trans Union* avait peu de revenu imposable et ne pouvait pas soustraire de son impôt tous les crédits d'impôt à l'investissement (*investment tax credits*, *ITC*). Au 30 septembre 1980, *Trans Union* avait les crédits d'impôt à l'investissement inutilisés et pouvant être reportés de 34 151 000$ (*carry forward*). En juillet 1980, M. Van Gorkom a témoigné devant le comité de la chambre des représentants au nom de la *Transportation Association of America* (*TAA*). Il a proposé de rembourser le crédit d'impôt à l'investissement en espèces. Sa proposition a été rejetée[1505].

Une autre raison donnée pour justifier la fusion a été que M. Van Gorkom a cru que la société *Trans Union* ne devait pas être la société cotée et que le prix de l'action ne correspondait pas à la valeur réelle de la société. La question qui se pose est de savoir si les raisons données pour justifier la fusion ont été justes.

Au 31 décembre 1980, la société *GATX Corporation*, le principal concurrent de la société *Trans Union*, avait aussi 36 100 000$ de crédit d'impôt inutilisé. Jusqu'à ce jour, la société *GATX Corporation* reste la société cotée[1506].

292. Transactions envisagées. — En juillet 1980, les dirigeants de la société *Trans Union* ont préparé la révision annuelle de la prévision de 5 ans et l'ont présenté à la

---

[1504] Pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.28, 4.7.29, 4.7.30 et 4.7.31.

[1505] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864, 865 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.32, 4.7.33, 4.7.34, 4.7.35 et 4.7.36 ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 23, 25, 27, 28 ; *Black's Law Dictionary*, *op. cit.*, pp. 1599, 1600.

[1506] W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 46, 66, 159. Voir les Annexes n°s 4.7.37 et 4.7.38.

réunion du conseil des directeurs. Le rapport a conclu que la société *Trans Union* aurait environ 195 000 000$ en espèces et a proposé de les utiliser, en rachetant ses actions et/ou en augmentant les dividendes, et/ou en acquérant d'autres sociétés ayant le revenu imposable[1507].

Le 27 août 1980, Van Gorkom a convoqué une réunion avec les dirigeants de la société *Trans Union* y compris Bruce S. Chelberg, Donald B. Romans, Sidney H. Bosner, pendant laquelle la question de la vente de *Trans Union* à une société avec un revenu imposable important a été soulevée pour la première fois[1508].

Donald B. Romans, le *Chief Financial Officer* (*CFO*) a évoqué la possibilité d'un *leveraged buy-out* (*LBO*). Donald B. Romains a lu un article sur le *leveraged buy-out* d'une société (*Houdaille Industries, Inc.*). Cette société a été acquise en 1979 par un groupe d'investisseurs, y compris les dirigeants de la société et la société d'investissement de *Kohlberg, Kravis, Roberts & Co.* (*KKR*) pour le prix de 338 000 000$ (ou 40$ par action en numéraire). A l'automne 1979, Donald B. Romans a discuté avec un banquier d'investissement la possibilité d'un *LBO*[1509].

Le 5 septembre 1980, la réunion des dirigeants de la société *Trans Union* a eu lieu. Etaient présents à la réunion, Van Gorkom, Romans, Bonser, David R. Shelton, le manager de la planification financière. Sur requête de Romans, David R. Shelton a préparé l'étude selon laquelle un *leveraged buyout* à 50$ par action serait très facile à faire, mais à 60$ par action serait très difficile à faire[1510].

293. Jerome W. Van Gorkom et Jay A. Pritzker. — Jerome W. Van Gorkom a décidé de rencontrer Jay A. Pritzker qu'il connaissait bien[1511].

[1507] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 865 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.39.

[1508] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 865 (Del. Jan. 29, 1985). Pour plus d'informations, voir les Annexes nos 4.7.40, 4.7.41, 4.7.42 et 4.7.43.

[1509] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 865 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 33. Voir les Annexes nos 4.7.44 et 4.7.45.

[1510] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 865, 866 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 36. Voir les Annexes nos 4.7.46 et 4.7.46.

[1511] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 866 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.48.

Jerome W. Van Gorkom et Jay A. Pritzker avaient de nombreux points communs[1512]:
(1) ils appartenaient à la même génération (M. Pritzker était 5 ans plus jeune que M. Van Gorkom) ;
(2) ils étaient originaires de la région de Chicago ;
(3) ils ont fait des études en droit et en comptabilité;
(4) au cours de la Deuxième Guerre mondiale, ils ont complété leur service militaire;
(5) ils furent des hommes d'affaires célèbres dans la région de Chicago ;
(6) ils ont été engagés dans le service public et dans les activités de bienfaisance;
(7) dans les derniers mois précédant la fusion, tous les deux ont servi dans la *Chicago School Finance Authority*[1513] ;
(8) ils ont préféré la simplicité et la rapidité sans formalités ;
(9) enfin, ils se connaissaient depuis plusieurs années[1514].
Dans les années 1970, J. A. Pritzker a informé J.W. Van Gorkom de son intérêt dans l'acquisition de la société *Trans Union*[1515].
Le samedi, 13 septembre 1980, J. W. Van Gorkom a rendu visite à J.A. Pritzker dans sa résidence et il lui a proposé le prix et la forme de l'acquisition de la société *Trans Union*. J. W. Van Gorkom a voulu savoir si J.A. Pritzker était intéressé, et/ou ce qu'il pensait[1516].
Van Gorkom n'a consulté aucun des dirigeants de la société *Trans Union*, sauf Carl Peterson à qui il a demandé de calculer la faisabilité d'un *leveraged buy-out* à un prix supposé de 55$ par action sans lui expliquer les raisons de sa demande.

[1512] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 539, cite W. M. OWEN, *op. cit.*: « [T]heir relationship would lead to a merger of their respective companies and to a groundbreaking legal decision in Smith v. Van Gorkom ».

[1513] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 1 ; W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 539.

[1514] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 1 : « [T]hey had known one another off and on for almost eleven years — ever since they first met skiing in the Swiss Alps » (Vali).

[1515] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 46. Voir l'Annexe n°4.7.49.

[1516] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 866 ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 1, 46, 47, 49. Voir les Annexes n°s 4.7.50 et 4.7.51.

Pritzker a demandé d'acquérir 1 750 000 des actions de la société *Trans Union* au prix du marché. Le lundi, 15 septembre, Pritzker a confirmé son intérêt dans la fusion (*cash-out merger*) pour le prix de 55$ par action[1517].

294. Négociations. — Van Gorkom n'a pas informé le conseil des directeurs de l'intérêt de M. Pritzker dans l'acquisition de la société. Van Gorkom a uniquement informé Bruce Chelberg, le président de la société *Trans Union*, et Carl Peterson, le vice-président supérieur de la société *Trans Union* (*Trans Union*'s Senior Vice President Controller). MM. Van Gorkom et Chelberg ont participé à la deuxième réunion avec M. Pritzker, le mardi et le mercredi, le 16 et 17 septembre 1980 à New York. M. Van Gorkom a fait divulguer à M. Pritzker les informations confidentielles sur la société *Trans Union*. Donc, M. Van Gorkom a donc continué les négociations avec M. Pritzker sans autorisation ni connaissance du conseil des directeurs[1518].
Le jeudi 18 septembre 1980, une proposition de fusion (*cash-out merger*) pour 55$ par action, et le droit à M. Pritzker d'acquérir un million d'actions de trésorerie de la société *Trans Union* pour 38$ par action a été confirmé. M. Pritzker insista sur ce que le conseil des directeurs de la société *Trans Union* prît la décision sur sa proposition avant le dimanche 21 septembre[1519].
La pression sur la rapidité des négociations a pu venir de la part de M. Pritzker et/ou de la part de M. Van Gorkom. Le vendredi 19 septembre 1980, Van Gorkom, Chelberg, and Pritzker ont consulté la principale banque de la société *Trans Union* pour organiser le financement. Van Gorkom a embauché le juriste extérieur sans en informer le département juridique[1520].

[1517] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 866, 867 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 51, 55 ; pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.52, 4.7.53, 4.7.54 et 4.7.55.

[1518] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 55, 56 ; pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.56 et 4.7.57.

[1519] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.58 et 4.7.59.

[1520] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 16, 58, 59 ; Voir les Annexes n°s 4.7.60, 4.7.61, 4.7.62 et 4.7.63.

2 — La transaction

295. Réunion des dirigeants du septembre 20 1980, à 11h00. — Le vendredi 19 septembre 1980, Van Gorkom convoqua une réunion des managers supérieurs de la société, pour le samedi, 20 septembre 1980 à 11h00, soit une heure avant la réunion du conseil des directeurs, sans préciser l'objet de la réunion. Parmi les personnes convoquées, seulement deux, Chelberg et Peterson, étaient déjà informés de l'offre de Pritzker, et Romans s'en rendit compte avant la réunion.

Van Gorkom n'invita pas le représentant de la banque d'investissement de la société *Trans Union*, Salomon Brothers[1521].

Van Gorkom décrivit l'offre, mais il ne fournit aucune copie du traité de fusion proposé (*merger agreement*).

Romans souligna que :

(1) la deuxième étude a démontré qu'en cas de *leveraged buy-out*, le rang de prix pour les actions de *Trans Union* était entre 55$ et 65$ par action, mais que selon lui le prix proposé de 55$ par action était trop bas ;

(2) que le calendrier pour la prise de décision était trop accéléré;

(3) que la structure de la transaction, c'est-à-dire la considération composée uniquement de l'espèce, était fiscalement adverse aux actionnaires qui ont acquis les actions pour le prix bas ;

(4) que la proposition, c'est-à-dire l'émission et la vente d'un million d'actions de trésorerie à Pritzker et l'interdiction de solliciter les offres et de fournir l'information interne aux offrants, est un *lock-up*.

Les managers, excepté Chelberg and Peterson, n'ont pas appuyé la proposition[1522].

296. Réunion du conseil des directeurs du 30 septembre 1980 à 12h00 (réunion n°1). — Le conseil des directeurs de la société *Trans Union* était composé de 10 directeurs, 5 intérieurs (Bonser ; O'Boyle ; Browder ; Chelberg et Van Gorkom) et 5

[1521] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 62 ; Voir les Annexes n°s 4.7.64, 4.7.65, 4.7.66 et 4.7.67.

[1522] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 63 ; Voir les Annexes n°s 4.7.68, 4.7.69 et . 4.7.70.

extérieurs (Wallis ; Johnson ; Lanterman ; Morgan et Reneker). Les directeurs extérieurs entretenaient de relations sociales et d'affaires entre eux. La question qui se posait est de savoir si les directeurs extérieurs avaient été vraiment indépendants.
Tous les directeurs étaient présents à la réunion, sauf O'Boyle, qui était malade. Ils ont été considérés compétents, et expérimentés et bien informés, en général, de la société *Trans Union* et ses affaires[1523]. Van Gorkom a invité à la réunion les trois *officers* de la société *Trans Union*, qui n'étaient pas ses directeurs[1524].

Cette réunion a été convoquée le vendredi 19 septembre 1980, c'est-à-dire avec un jour d'avance. Van Gorkom a présenté la fusion en 20 minutes. Les copies du traité de fusion (*merger agreement*) n'ont pas été étudiées avant ou pendant la réunion[1525]. Van Gorkom n'a pas divulgué au conseil la méthodologie par laquelle il est arrivé au prix de 55$ par action ou le fait que c'est lui qui a proposé le prix de 55$ par action pendant son rendez-vous avec Pritzker.
Les termes du traité allaient être les suivants :
(1) le prix de 55$ par action pour toutes les actions de la société *Trans-Union*, la fusion de la société *Trans-Union* avec la filiale dont Pritzker était propriétaire et créée pour la fusion;
(2) une période de 90 jours, pendant laquelle la société *Trans Union* pourrait recevoir les offres (*market test period*), mais ne pourrait pas les solliciter (la clause

[1523] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 868 (Del. Jan. 29, 1985) : « All directors were present at the meeting, except O'Boyle who was ill ». ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 17 : « (1) Sidney H. Bonser - *Executive Vice President*, directeur depuis 1969 ; (2) Thomas P. O'Boyle; *Senior Vice President Administration*, directeur depuis 1968 ; (3) William D. Browder, *Senior Vice President Law*, directeur depuis 1955 ; (4) Bruce S. Chelberg, *President and Chief Operating Officer of Trans Union* ». Pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.71, 4.7.72, 4.7.73, 4.7.74, 4.7.75, 4.7.76, 4.7.77, 4.7.78, 4.7.79, 4.7.80, 4.7.81 et 4.7.82.

[1524] (1) William B. Moore, *Secretary and General Counsel*; (2) Carl W. Peterson, *Senior Vice President – Controller*; and (3) Donald B. Romans, *Executive Vice President & Chief Financial Officer*.

[1525] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 868 (Del. Jan. 29, 1985) : « Van Gorkom began the Special Meeting of the Board with a twenty-minute oral presentation. Copies of the proposed Merger Agreement were delivered too late for study before or during the meeting. He reviewed the Company's ITC and depreciation problems and the efforts theretofore made to solve them. He discussed his initial meeting with Pritzker and his motivation in arranging that meeting. »

dite *no-shop*);

(3) la décision du conseil des directeurs sur l'offre avant le dimanche le 21 septembre 1980 ;

(4) la permission de fournir aux offrants/soumissionnaires concurrents des informations publiées et l'interdiction de fournir les informations confidentielles;

(5) la soumission de l'offre à une condition d'obtention par Pritzker du financement nécessaire avant le 10 octobre 1980;

(6) si la condition de financement est satisfaite ou levée par Pritzker, l'obligation, pour la société *Trans Union*, de vendre à Pritzker un million d'actions nouvellement émises par la société *Trans Union* à 38$ par action[1526].

Van Gorkom a dit que le conseil des directeurs devait décider si les actionnaires peuvent voter sur le prix de 55$, et non pas si le prix est le meilleur qui peut être obtenu. L'avocat Brennan rappela que les membres du conseil pouvaient être poursuivis s'ils n'acceptaient pas cette offre et que l'opinion sur la justice du prix (*fairness opinion*) n'est pas requise. Romans dit que selon lui le prix de 55$ par action a été juste. Chelberg a soutenu l'offre. Le conseil des directeurs arrêta le traité de fusion (*merger agreement*). La réunion dura environ deux heures[1527].

Toutefois, le conseil a exigé deux conditions pour son consentement : (1) le droit pour la société *Trans Union* d'accepter toute offre plus avantageuse faite

---

[1526] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 867 (Del. Jan. 29, 1985) : « On Friday, September 19, Van Gorkom called a special meeting of the Trans Union Board for noon the following day ». ; Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 868 (Del. Jan. 29, 1985) : « He did not disclose to the Board, however, the methodology by which he alone had arrived at the $55 figure, or the fact that he first proposed the $55 price in his negotiations with Pritzker » ; Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 868 (Del. Jan. 29, 1985) : « Van Gorkom took the position that putting Trans Union « up for auction » through a 90-day market test would validate a decision by the Board that $55 was a fair price. [He told the Board that the] free market will have an opportunity to judge whether $55 is a fair price. » Voir l'Annexe n°4.7.83.

[1527] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 868 (Del. Jan. 29, 1985) : « Van Gorkom framed the decision before the Board not as whether $55 per share was the highest price that could be obtained, but as whether the $55 price was a fair price that the stockholders should be given the opportunity to accept or reject. » Note 8 : « In Van Gorkom's words: The « real decision » is whether to « let the stockholders decide it » which is « all you are being asked to decide today. » » ; Voir les Annexes n°s 4.7.84, 4.7.85, 4.7.86 et 4.7.87.

au cours de la période d'essai (*market test period*), et

(2) le droit pour la société *Trans Union* de fournir à d'autres offrants/soumissionnaires potentiels les informations confidentielles[1528].

Cependant, le conseil n'a pas obtenu l'autorisation de solliciter activement des offres alternatives. Selon Van Gorkom, l'interdiction de solliciter activement les offres n'a pas constitué un obstacle[1529].

Le vote a été à la voix. Les documents notent qu'un directeur a été contre ou s'est abstenu[1530].

297. Signature du traité de fusion (*signature of the merger agreement*). — Le même samedi 20 septembre 1980 fut l'ouverture de la 26ème saison de l'Opéra Lyrique de Chicago (*Lyric Opera at Chicago's Civic Opera House*). Après l'opéra *Boris Godunov*, rédigé par Modest Moussorgsky, Jerome W. Van Gorkom et son épouse ont organisé un gala d'ouverture de la nouvelle saison de l'Opéra dans le bâtiment de *Trans Union*. Pendant cet événement, Van Gorkom a signé le traité de fusion (*merger agreement*) sans le lire[1531].

298. Réunion du conseil des directeurs du 8 octobre 1980 (réunion n°2.) — Le lundi 22 septembre, la société a publié un communiqué de presse annonçant que la société *Trans Union* avait conclu un accord de fusion définitif avec la filiale de la société *Marmon Group, Inc*., la société holding de la famille Pritzker. La question qui se pose est de savoir pourquoi le communiqué n'avait pas mentionné que la société avait été intéressée dans les autres offres[1532].

Le dissent des 25-30 *top officers* (*Palace Revolt*) a causé les modifications de

---

[1528] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.88.

[1529] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 73 : « Van Gorkom later recalled that, in his opinion, that prohibition would present no obstacle at all. »

[1530] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 76. Voir l'Annexe n°4.7.89.

[1531] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985) ; William M. OWEN, *op. cit.*, p. 1 : « The opening night production was Modest Moussorgsky's « *Boris Godunov* » ; Voir l'Annexe n°4.7.90.

[1532] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 74 ; Voir les Annexes n°s 4.7.91 et 4.7.92.

l'accord[1533].

Le conseil des directeurs, réuni le mercredi 8 octobre 1980, a approuvé les modifications sans les voir ni les lire. Le conseil a autorisé Van Gorkom d'employer la banque d'investissement *Salomon Brother* afin de solliciter les offres[1534].

Le lendemain, 9 octobre 1980, la société *Trans Union* a publié un communiqué de presse annonçant que :

(1) Pritzker avait obtenu le financement ;

(2) Pritzker avait acquis le million d'actions de la société *Trans Union* au prix de 38 par action;

(3) la société *Trans Union* a été autorisée à rechercher activement les autres offres ;

(4) si une autre offre plus favorable n'était pas reçue avant le 1 février 1981, les actionnaires voteraient sur la proposition de Pritzker[1535].

Le 10 octobre 1980, deux jours après leur acceptation par le conseil des directeurs de la société *Trans Union*, les modifications de l'accord ont été délivrées à Van Gorkom et signées par lui, le plus probablement sans compréhension des différences entre les modifications à l'écrit et la description des modifications présentée par Van Gorkom le 8 octobre devant le conseil[1536].

Selon les modifications à l'écrit du 10 octobre 1980, le conseil de la société *Trans Union* n'a pas pu terminer un accord avec Pritzker sauf autre offre proposant le prix au-dessus de 55$ par action à être présentée à l'approbation des actionnaires[1537].

299. Autres offres (*other bids*). — Romans a eu l'idée d'un *leveraged buy out*. Pour Van Gorkom, il y a eu un conflit d'intérêts dans une transaction de *leveraged buy out* parce que les managers participent aux deux côtés de la transaction – en tant qu'acheteurs en leur nom propre et en tant que représentants des vendeurs (des actionnaires). Le 2 décembre 1980, M. Kravis représentant un groupe, composé, entre

---

[1533] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985). W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 89, 102. Voir l'Annexe n°4.7.93.

[1534] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 102 ; Voir les Annexes n°s 4.7.94 et 4.7.95.

[1535] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869, 870 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.96.

[1536] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 869, 870 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.97.

[1537] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 103, 104. Voir les Annexes n°s 4.7.98 et 4.7.99.

autres, de managers de la société *Trans Union*s, de société d'investissement *KKR* de New York et de famille millionnaire Reichmann possédant, par exemple, la société *Olympia & York Development Ltd*., a présenté une offre à 60$ par action à condition d'obtenir le financement. Van Gorkom a refusé de publier un communiqué de presse annonçant l'offre. Après qu'un des managers le plus important, Jack R. Kruizenga a décliné participer à l'opération, l'offre a été retirée le jour suivant sa présentation. Un essai de faire revivre cette offre a eu lieu en janvier 1981 sans être couronné de succès[1538].

La société *General Electric Credit Corporation* (*GE Credit*), la filiale de la société, *General Electric Company*, a terminé les discussions avec la société *Trans Union*, en raison du refus de M. Pritzker de résilier le traité de fusion pour éviter une guerre des offres[1539].

300. Réunion du conseil des directeurs du 26 janvier 1981 (réunion n°3). — Le 26 janvier 1981, le conseil de la société *Trans Union* s'est réuni et a voté pour procéder avec la fusion de Pritzker. En outre, le conseil a autorisé le paiement d'un dividende de 0.65$ par action aux actionnaires ordinaires de la société *Trans Union* au 9 février 1981, un jour avant la fusion[1540].

301. Information des actionnaires. — Le 21 janvier 1981, le *proxy statement* a été envoyé aux actionnaires. Aux environs du 27 janvier 1981, un avenant au *proxy statement* a été envoyé[1541].

302. Vote des actionnaires. — Le 10 février 1981, l'assemblée spéciale des actionnaires a eu lieu. Le nombre total des actions émises par la société *Trans Union* (sans compter les actions de Pritzker) était de 12 500 000.

[1538] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 870 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 33, 182; Pour plus d'informations, voir les Annexes n°s 4.7.100, 4.7.101 et . 4.7.102.

[1539] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 870 (Del. Jan. 29, 1985). W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 172, 178. Voir l'Annexe n°4.7.103.

[1540] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 185. Voir l'Annexe n°4.7.104.

[1541] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 870 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.105 et 4.7.106.

La famille Pritzker possédait 110 266 des actions. Van Gorkom possédait 50 000 actions et l5 300 actions (*stock-options*). Le nombre total des actionnaires était de 12 844.

Le vote sur le traité de fusion a été le suivant : (1) 8 708 131 actions, c'est-à-dire 69.59% des actions émises, ont été en faveur de la fusion ; (2) 907 428 actions, c'est-à-dire 7.25% des actions émises, ont été contre la fusion et (3) 22.85% des actions émises ne votèrent pas. 89% des votes exprimés ont été en faveur de la fusion[1542].

303. Termes finaux de la fusion (*definitive merger*). — L'acheteur a été la filiale nouvellement constituée (*New T Corporation*), une société privée, tenue à 100% par le *Marmon Group*. La société *Trans Union* a fusionné dans la société *New T Company*. Donc, la fusion a été la fusion triangulaire (*triangular merger*).

Au 20 septembre 1980, le nombre d'actionnaires de la société *Trans Union* était de 12 900 et le nombre d'actions émises de la société *Trans Union* était de 12 512 956. Le prix était 55$ par action. La considération était l'espèce. Le montant total de la considération a été 688 212 580$ (*cash-out merger*).

Le vendredi 19 septembre 1980, le prix des actions de la société *Trans Union* à la clôture de la Bourse de New York (*New York Stock Exchange*), était de 37.25$ par action. La prime par rapport à ce prix a été de 17.75$, c'est-à-dire 47.65%-48%. La prime par rapport au prix moyen des actions de la société durant 1980 a été de 21.12$ c'est-à-dire 62%. La prime par rapport à la valeur comptable par action a été de 100%. La prime a été de 39% par rapport au prix le plus élevé des actions au cours des 6 dernières années[1543].

Le montant d'environ 575 millions de dollars, c'est-à-dire environ 84% de la considération payée, a été constitué des emprunts bancaires (*leveraged buy-out*, *LBO*)[1544].

[1542] Avant la fusion, le nombre total d'actionnaires a été de 13,357,758. Cf. Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864, 870 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 49, 192 ; Voir les Annexes n°s 4.1.107, 4.1.108, 4.1.109 et 4.1.110.

[1543] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 863, 864, 869 (Del. Jan. 29, 1985) ; Cf. William M. OWEN, *op. cit.*, pp. 2, 67, 196 ; Voir les Annexes n°s 4.1.111, 4.1.112, 4.1.113 et 4.7.114.

[1544] W. M. OWEN, *op. cit.*, p. 196. Voir l'Annexe n°4.7.115.

La société *Trans Union* a cessé d'être cotée sur le New York Stock Exchange (*going-private* / *from public to private*).

II — Les décisions judiciaires et leur portée

304. On examinera le sens (A) et la portée (B) des décisions judiciaires.

A — Le sens des décisions judiciaires

305. On examinera les décisions de la cour de la chancellerie (1) et la décision de la Cour suprême (2).

1 — Les décisions de la cour de la chancellerie

306. Les actionnaires de la société *Trans Union* ont intenté une action en justice (*class action*). Les principaux demandeurs ont été Alden Smith et John W. Gosselin. Alden Smith a fondé la société Smith & Loveless, Inc., acquise par la société *Union Tank Car Company* en 1959. La fusion avec la considération en espèce a été défavorable fiscalement à un nombre d'actionnaires qui ont acquis les actions de la société pour un bas prix.
Les défendeurs étaient, entre autres, la société *Trans Union*, la société *Marmon Group, Inc*., les 10 directeurs de la société *Trans Union*, Jay and Robert Pritzker.
La demande chercha à faire interdire la fusion et l'émission d'un million d'actions de la société *Trans Union* à Pritzker.
La principale allégation a été que les directeurs de la société *Trans Union* n'avaient pas exercé un jugement informé sur l'affaire en statuant sur la fusion et que le prix de la fusion de 55$ était injuste[1545].

307. Le 3 février 1981, le chancelier William Marvel de la cour de la chancellerie du Delaware, a rendu l'arrêt rejetant la demande d'une injonction préliminaire.

[1545] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864, 870 (Del. Jan. 29, 1985) ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 161, 162, 163 ; Voir les Annexes n°s 4.7.116, 4.7.117, 4.7.118, 4.7.119, 4.7.120, 4.7.121 et 4.7.122.

Après le 3 février 1981, John W. Gosselin, un autre actionnaire de la société *Trans Union* et l'ancien président de la société *Phoenix Manufacturing Company*, se joignit à l'action.

Les demandes contre Jay and Robert Pritzker ont été rejetées le 23 octobre 1981.

Le 6 juin 1982, la cour de la chancellerie a rendu l'arrêt selon lequel les directeurs de la société *Trans Union* ont rendu proprement leur jugement sur l'affaire et relatif à la fusion avec Pritzker et ont été protégés par la *business judgment rule*, et les actionnaires ont été justement informés sur la fusion.

Les demandeurs ont interjeté un appel à la Cour suprême du Delaware[1546].

2 — La décision de la Cour suprême du Delaware

308. Les demandeurs ont allégué que (1) la cour de la chancellerie du Delaware n'avait pas vérifié si la condition d'application de la *business judgment rule* relative au devoir de soin et prudence (*due care and prudence*) avait été satisfaite, et que (2) la cour de la chancellerie du Delaware avait décidé que le jugement des directeurs avait été informé sur le fondement des considérations antérieures et postérieurs à la date de la réunion du conseil du 20 septembre 1980[1547].

Les défendeurs ont refusé les arguments des demandeurs. Ils ont allégué que la cour n'avait pas fondé sa décision sur les éventements et/ou la connaissance acquise après le 20 septembre 1980. Ils ont allégué que leur décision d'accepter le prix de 55$ par action avait été informée[1548].

309. La Cour suprême du Delaware a décidé que :

(1) la décision du conseil d'approuver la fusion (*cash-out merger*) n'avait pas été le produit du jugement informé sur l'affaire;

(2) le conseil avait agi de manière grossièrement négligente en approuvant les modifications à l'accord de fusion (*merger agreement*) et que

[1546] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864, 864 FN 2, 864 FN3, 870, 871 (Del. Jan. 29, 1985). ; W. M. OWEN, *op. cit.*, pp. 163, 164 ; Voir les Annexes n°s 4.7.123, 4.7.124, 4.7.125 et 4.7.126.

[1547] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 871 (Del. Jan. 29, 1985).Voir l'Annexe n°4.7.127.

[1548] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 871 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.128.

(3) le conseil n'avait pas divulgué toutes les informations matérielles dont il avait connaissance ou qu'il aurait dû savoir avant l'approbation de la fusion par les actionnaires.

La Cour suprême du Delaware a infirmé la décision de la cour de la chancellerie et l'a renvoyée à établir le juste prix des actions des demandeurs dans la société *Trans Union* conformément à la jurisprudence Weinberger[1549].

310. ***Business Judgment Rule.*** **—** La Cour suprême du Delaware a précisé le régime de la *business judgment rule*.

La Cour suprême du Delaware a déclaré que le fondement de la *business judgment rule* dans le droit du Delaware est le principe codifié dans 8 Del.C. §141(a) selon lequel les affaires de la société sont gérées par ou sous le conseil des directeurs. Elle a cité la jurisprudence Pogostin (1984), Aronson (1984) et Zapata (1981).

La Cour suprême du Delaware a considéré qu'en exerçant leur pouvoir de gestion, les directeurs doivent exercer le devoir fiduciaire à l'égard de la société et ses actionnaires. Elle a cité la jurisprudence Guth (1939)[1550].

La Cour suprême du Delaware a considéré que la raison d'être de la règle est la protection et la promotion de l'exercice du pouvoir de gestion donné aux directeurs. Elle a cité la jurisprudence Zapata[1551].

La Cour suprême du Delaware a cité la formulation de la *business judgment rule* articulée dans la jurisprudence Aronson[1552].

La Cour suprême a précisé que pour que le jugement sur l'affaire soit informé, les directeurs devaient s'informer avant de prendre une décision sur l'affaire, de toute information matérielle (importante) raisonnablement disponible, et par exemple, la source de l'information sur le prix. Elle a cité la jurisprudence Kaplan (1971) et la jurisprudence Mitchell (1933). Elle a expliqué que le devoir d'un directeur de s'informer dans la préparation pour une décision est fondé sur la capacité fiduciaire dans lle cadre de laquelle il sert la société et ses actionnaires. Elle a cité la

[1549] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del. Jan. 29, 1985).V. les Annexes nos 4.7.129-130.

[1550] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. Jan. 29, 1985). V. les Annexes nos 4.7.131-132.

[1551] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe no4.7.133.

[1552] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe no4.7.134.

jurisprudence Lutz (1961), Weinberger (1981) et Guth (1939). Elle a souligné le côté actif du devoir d'un directeur de l'appréciation de l'information. Elle a dit que le devoir d'un directeur d'exercer un jugement informé est dans la nature d'un devoir de soin, distingué du devoir de loyauté[1553].

La Cour suprême du Delaware a confirmé la jurisprudence Aronson (1984) selon laquelle dans le cadre de la *business judgment rule*, la responsabilité des directeurs est mise en œuvre en cas de négligence grossière (*gross negligence*)[1554].

La Cour suprême du Delaware a appliqué une négligence grossière à la condition relative à l'information. Autrement dit, la Cour suprême du Delaware a considéré que pour que le jugement sur l'affaire ne soit pas informé, les directeurs avaient dû ne pas s'informer de manière grossièrement négligente. Elle a cité la jurisprudence Mitchell (1933) et la jurisprudence Gimbel (1974)[1555].

311. 8 Del.C. § 251(b). — La Cour suprême du Delaware a précisé qu'en cas de fusion, en vertu de 8 Del.C. § 251(b), un directeur doit approuver ou non l'accord de fusion (*merger agreement*) de manière informée et délibérée, et il ne peut pas abdiquer en laissant seulement aux actionnaires la décision d'approuver ou non la fusion[1556].

312. Réunion du conseil des directeurs du 20 septembre 1980. — En ce qui concerne la réunion du conseil des directeurs du 20 septembre 1980, la Cour suprême du Delaware a décidé que le conseil des directeurs n'avait pas pris le jugement sur l'affaire de façon informée.

La Cour suprême du Delaware a donné les raisons suivantes :

(1) les directeurs ne s'informèrent pas sur le rôle de M. Van Gorkom, ni sur le fait que c'était lui qui proposa le prix de 55$ à M. Pritzker, ni sur le fait qu'il arriva à ce prix à

[1553] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 872, 873 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.135, 4.7.136, 4.7.137, 4.7.138, 4.7.139, 4.7.140 et 4.7.141.

[1554] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.142.

[1555] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.143, 4.7.144 et 4.7.145.

[1556] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 873 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.146 et 4.7.147.

partir d'une faisabilité d'un *leveraged buy-out* (*LBO*), c'est-à-dire d'un côté de l'acheteur;

(2) les directeurs n'étaient pas informés sur la valeur intrinsèque de la société ;

(3) compte tenu des circonstances, ils étaient, au minimum, grossièrement négligents en approuvant la vente de la société sur le fondement de la présentation orale de Van Gorkom qui avait duré 20 minutes, après une considération de deux heures, sans notification préliminaire, sans possibilité de lire un accord de fusion (*merger agreement*) ou tout autre document relatif à la fusion, sans justification écrite du prix de 55$ par action, sans enquête sur la justice d'un prix de 55$ par action, sans crise ou émergence, sans présence des membres importants de management supérieur, sans demander un délai supplémentaire ou l'opinion d'un expert indépendant[1557].

La Cour suprême du Delaware a refusé d'appliquer 8 Del.C. §141(e) protégeant un directeur qui se fie, par exemple, à un rapport d'un officer de la société. La Cour suprême du Delaware a décidé que les directeurs n'avaient pas pu se fier à une présentation orale de Van Gorkom sur la fusion parce que celui-ci n'était pas informé sur les dispositions essentielles du document qu'il avait présenté. De même, la Cour suprême du Delaware a décidé que les directeurs ne purent pas se fier à la présentation orale d'une étude préliminaire sur la faisabilité d'un *leveraged-buy out* (*LBO*) de Romans parce que cette étude, n'étant pas une étude d'évaluation, n'était pas pertinente[1558].

En ce qui concerne la prime entre le prix de la fusion $55 par action et le prix du marché de 39 par action, la Cour suprême du Delaware a considéré qu'une prime substantielle pouvait être une raison pour recommander une fusion, mais, en l'absence d'autre information d'évaluation, le fait d'une seule prime ne constitue pas un fondement adéquat pour évaluer la justice du prix offert. La Cour suprême du Delaware a ajouté que le prix du marché, qui a été historiquement diminué, n'a pas dû servir comme base pour conclure que la prime reflétait la valeur réelle de la société (la

[1557] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 874, 877, 878 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.148, 4.7.149, 4.7.150, 4.7.151, 4.7.152, 4.7.153, 4.7.154, 4.7.155 et 4.7.156.

[1558] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 875 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.157 et 4.7.158.

valeur inhérente de la société)[1559].

La Cour suprême du Delaware a mentionné que le conseil n'avait pas déterminé la valeur entière de la société *Trans Union*, par exemple, en prenant en compte sa trésorerie importante (*cash flow*). La Cour suprême du Delaware a expliqué qu'il n'a pas dû s'agir d'une étude extérieure, par exemple, d'une *fairness opinion* préparée par une banque d'investissement indépendante, mais il a pu s'agir d'une étude intérieure préparée par le *management* de la société. La Cour suprême du Delaware a estimé que l'étude présentée par Romans n'avait pas déterminé la valeur de la société[1560].

313. La Cour suprême du Delaware a soulevé que les défendeurs n'avaient pas présenté l'accord original de fusion (*original merger agreement*) du 20 septembre 1980. La Cour suprême du Delaware a soulevé que les conditions posées par le conseil, c'est-à-dire le test du marché et le droit de terminer un accord avec Pritzker et d'accepter une meilleure offre, ne se retrouvaient ni dans les notes de la réunion, ni dans la résolution du conseil, ni dans les minutes de la réunion, ni dans le communiqué du presse. C'est pourquoi, la Cour suprême du Delaware a estimé que l'acceptation de l'offre de Pritzker le 20 septembre 1980 n'avait pas été conditionnée.

Au vu de la confiance à la prime et du test du marché, la Cour suprême du Delaware a estimé que l'expérience, l'expertise et la sophistication collectives des membres du conseil n'avaient pas été le fondement pour estimer que leur décision du 20 septembre avait été raisonnablement informée et délibérée[1561].

314. Dans son opinion dissidente, *Justice* McNeilly a décrit l'opinion de la majorité en tant que comédie des erreurs. *Justice* McNeuilly a souligné l'éducation, l'expérience et l'expertise et la connaissance des affaires de la société *Trans Union* collectives des members du conseil. De même, dans son opinion dissidente, le juge Christie a estimé que la *business judgment rule* s'appliquait aux directeurs de la

---

[1559] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 875, 876 (Del. Jan. 29, 1985). Voir l'Annexe n°4.7.159.

[1560] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 876, 877 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.160, 4.7.161 et 4.7.162.

[1561] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 878, 879, 880 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.163, 4.7.164, 4.7.165 et 4.7.166.

société *Trans Union*[1562].

B — La portée de la décision de la Cour suprême du Delaware

315. L'arrêt de la Cour suprême est une décision unique qui a mis en cause la responsabilité personnelle des directeurs désintéressés pour la violation d'un devoir de soin[1563]. La *business judgment rule* n'a pas été appliquée parce que la Cour suprême du Delaware a considéré que les directeurs avaient été grossièrement négligents[1564].

Il a été, en général, une surprise critiquée par la doctrine. La majorité des experts ont considéré que le conseil des directeurs avait satisfait au standard de soin[1565].

316. En réaction à cet arrêt, en 1985 le législateur du Delaware a introduit la section 102 (b)(7) qui a permis aux statuts d'éliminer la responsabilité des directeurs, sauf dans les cas de conflit d'intérêts ou de violation du devoir de loyauté ou dans les cas flagrants[1566].

317. Selon la doctrine, la Cour suprême voulait sanctionner la violation d'un devoir de soin dans le processus de décision. La doctrone considère que la Cour suprême voulait sanctionner la violation d'un devoir de loyauté, le conflit d'intérêts qui n'a pas pu être démontré. Enfin, la doctrine estime que l'arrêt Smith v. Van Gorkom, a fondé une nouvelle jurisprudence qui allait créer l'*enhanced business judgment rule*[1567].

318. Dans le Delaware, la formulation de la *business judgment rule* articulée dans la jurisprudence Aronson (1984) et Smith (1985) a été reprise, dans une grande

[1562] Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 894, 899 (Del. Jan. 29, 1985). Voir les Annexes n°s 4.7.167 et 4.7.168.

[1563] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 255.

[1564] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 256.

[1565] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 513.

[1566] *DGCL* § 102(b)(7).

[1567] E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°465, p. 252 ; R. KRAAKMAN, et autres, *op. cit.*, p. 80, note 131.

majorité, par la jurisprudence postérieure du Delaware, par exemple[1568], (1) Kaufman v. Belmont (1984)[1569] ; (2) Thompson v. Enstar (1984)[1570] ; (3) Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Company, Inc. (1985)[1571] ; (4) Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985)[1572] ; (5) Moran v. Household International, Inc. (Del. 1985)[1573] ; (6) Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. (1986)[1574] ; (7) Ivanhoe Partners v. Newmont Min. Corp. (1987)[1575] ; (8) Grobow v. Perot (1988) [l'arrêt ajoute une condition d'absence de conflit d'intérêts][1576] ; (9) Spiegel v. Buntrock (1990) [l'arrêt ajoute une condition d'absence de conflit d'intérêts][1577] ; (10) Levine v. Smith (1989) [l'arrêt ajoute une condition d'absence de conflit d'intérêts][1578] ; (11) In re Unitrin, Inc. Shareholder Litigation[1579] ; (12) Stroud v. Grace (1990)[1580] ; (13) Kahn v. Roberts (1995)[1581] ; (14) Emerald Partners v. Berlin (1993)[1582] ; (15) Walt Disney Co. Derivative Litigation (1998)[1583].

[1568] Voir Annexe n°1.

[1569] Kaufman v. Belmont, 479 A.2d 282, 286 (Del. Ch. May 8, 1984).

[1570] Thompson v. Enstar, 509 A.2d 578, 581, 9 Del. J. Corp. L. 822, 827 (Del. Ch. 1984).

[1571] Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Company, Inc., Not Reported in N.E.2d, 1985 WL 7995 (Ohio App., April 25, 1985) (7).

[1572] Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 953 (Del. June 10, 1985).

[1573] Moran v. Household International, Inc., 490 A.2d 1059 (Del. Ch. Jan. 29, 1985), aff'd, 500 A.2d 1346 (Del. 1985).

[1574] Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 180 (Del. March 13, 1986).

[1575] Ivanhoe Partners v. Newmont Min. Corp., 535 A.2d 1334 (Del. Nov. 18, 1987).

[1576] Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 187 (Del. March 15, 1988).

[1577] Spiegel v. Buntrock, FN87 571 A.2d 767, 773 (Del. 1990).

[1578] Levine v. Smith, 1989 WL 150784, 16 Del. J. Corp. L. 333 (Del.Ch. Nov 27, 1989) (N°CIVIL ACTION 8833), aff'd, Levine v. Smith, 591 A.2d 194 (Del.Supr. Apr 09, 1991) (N°39, 1990, 519, 1989) ; Levine v. Smith, 591 A.2d 194, 207 (Del.Supr. Apr 09, 1991) (N°39, 1990, 519, 1989).

[1579] Unitrin, Inc. v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1372 (Del. Jan. 11,1995).

[1580] Stroud v. Grace, 1990 WL 176803, 59 USLW 2342, 16 Del. J. Corp. L. 1588 (Del.Ch. Nov 01, 1990) (N°CIV. A. 10719), Judgment Affirmed in Part, Reversed in Part by, Stroud v. Grace, 606 A.2d 75, Fed. Sec. L. Rep. P 96,922 (Del.Supr. Apr 09, 1992) (N°400, 1990).

[1581] Kahn v. Roberts, 1995 WL 745056, 21 Del. J. Corp. L. 674 (Del.Ch. Dec 06, 1995) (N°C.A. 12324) (4,5).

[1582] Emerald Partners v. Berlin, 1993 WL 545409, 19 Del. J. Corp. L. 1182 (Del.Ch. Dec 23, 1993) (N°CIV. A. 9700), *Vice Chancellor* HARTNETT.

[1583] In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 731 A.2d 342 (Del.Ch. Oct 07, 1998) (N°

319. Cependant, dans le Delaware il arrive que la formulation de la *business judgment rule* articulée dans la jurisprudence Aronson (1984) et Smith (1985) diffère de celle articulée par la jurisprudence postérieure, qui cite ou non, la jurisprudence Aronson (1984) et Smith (1985).

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt, Pogostin v. Rice (1983), a dit que la *business judgment rule* est une présomption qu'une décision sur l'affaire rationnelle d'un *officer* ou d'un directeur est propre à moins que les faits existent qui suppriment la protection de la règle[1584].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt, Anderson Clayton Shareholders Litigation (1986), a déclaré que la *business judgment rule* accorde une validité présumée de la décision et s'applique lorsque le demandeur ne démontre pas que le conseil n'a pas utilisé un procès attentif[1585].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Bass v. Evans (1988), a dit que la *business judgment rule* s'applique si la transaction est approuvée par les directeurs désintéressés agissant de bonne foi et suivant le procès délibératif approprié. Elle a ajouté que si la rège s'applique, la transaction est présumée être valide, et la décision des directeurs ne sera pas perturbée, aussi longtemps qu'elle peut être attribuée à un but d'affaire rationelle[1586].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Grobow v. Perot (1987), a déclaré que la *business judgment rule* s'applique si la transaction est juste[1587]. Cependant, la Cour suprême du Delaware statuant sur l'appel contre cet arrêt, a estimé que la vice-chancelier avait commis une erreur posant que la justice de la transaction était une question cruciale de la *business judgment rule* parce que si la règle s'appliquait, la

---

15452)

[1584] Pogostin v. Rice, 1983 WL 17985, (3) (Del. Ch. Aug. 12, 1983). Voir l'Annexe n°4.8.1.

[1585] In re Anderson Clayton Shareholders Litigation, 519 A.2d 680, 693 (Del. Ch. Jun. 6, 1986). Voir l'Annexe n°4.9.1.

[1586] Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans, 552 A.2d 1227, Fed. Sec. L. Rep. P 93,924 (Del.Ch. Jul 14, 1988) (N°CIV. A. 9909, CIV. A. 9953), Appeal Dismissed by, Macmillan, Inc. v. Robert M. Bass Group, Inc., 548 A.2d 498 (Del.Supr. Sep 14,1988) (Table, WESTLAW, N°283,1988).Voir l'Annexe n°4.10.1.

[1587] Grobow v. Perot, 526 A.2d 914, 927 (Del. Ch. April 13, 1987). Voir l'Annexe n°4.11.1.

justice de la transaction n'était pas examinée[1588].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt RJR Nabisco (1989), rédigé par le chancelier Allen, a considéré que la *business judgment rule* était une forme de contrôle judiciaire qui comprend trois éléments: un contrôle de seuil des intérêts financiers objectifs du conseil dont la décision est attaquée (c'est-à-dire l'indépendance), un contrôle de la motivation subjective du conseil (c'est-à-dire la bonne foi), et un examen objectif de la procédure par laquelle le conseil a pris la décision attaquée (c'est-à-dire le soin requis)[1589]. Cette jurisprudence a été reprise par la jurisprudence postérieure, par exemple, un autre arrêt de la cour de la chancellerie, rédigé par le chancelier Allen, Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc. (1991)[1590].

La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc. (1989), a rappelé que lorsque la cour contrôlait l'action du conseil, elle devait refuser d'évaluer la sagesse et les mérites de la décision sur l'affaire à moins que les faits suffisants aient été allégués ou il ait été démontré que la décision n'avait pas été le produit d'un conseil informé, désintéressé et indépendant[1591].

320. La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Citron v. Fairchild and Instrument Corp. (1988) rédigé par le chancellier Allen, a dit que la *business judgment rule* était en même temps une présomption (c'est-à-dire un mécanisme de répartition d'une charge de la preuve utilisé dans le contentieux) et une règle de droit substantielle. En tant que présomption, la règle prévoit que les actes des directeurs seront présumés être pris de bonne foi et avec soin approprié. Ainsi, celui qui cherche à mettre en œuvre la responsabilité d'un conseil indépendant doit prouver que l'action du conseil était grossièrement négligente ou n'a pas été pris dans une tentative

[1588] Grobow v. Perot, 539 A.2d 180, 183-184 (Del. March 15, 1988).Voir l'Annexe n°4.11.2.

[1589] In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, 1989 WL 7036, 57 USLW 2482, Fed. Sec. L. Rep. P 94,194, 14 Del. J. Corp. L. 1132 (Del.Ch. Jan 31, 1989) (N°CIV.A.10389), Appeal Refused by, In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation, 556 A.2d 1070 (Del.Supr. Feb 02, 1989) (Table, WESTLAW, N°49,1989). Voir l'Annexe n°4.12.1.

[1590] Cinerama Inc. v. Technicolor, Inc., 1991 WL 111134 (8-9), 17 Del. J. Corp. L. 551, 568-569 (Del. Ch. June 24, 1991). Voir l'Annexe n°4.13.1.

[1591] Mills Acquisition Co. v. Macmillan, Inc., 559 A.2d 1261, 1279 (Del.Supr. May 03, 1989). Voir l'Annexe n°4.14.1.

honnête pour favoriser le bien-être de la société. En tant que règle de droit substantielle, la règle prévoit que il n'y a pas de responsabilité des directeurs pour un préjudice subi par la société résultant de l'action des directeurs indépendants, prise de bonne foi et avec soin approprié[1592]. La Cour suprême du Delaware, statuant sur l'appel contre cet arrêt, a repris la distinction introduite par le chancelier Allen[1593]. La jurisprudence de la Cour suprême du Delaware a été citée et reprise par les arrêts postérieurs, par exemple, l'arrêt de la cour de la chancellerie du Delaware, Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co. (1990)[1594] ; l'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Cede & Co. v. Technicolor (1993)[1595] ; l'arrêt de la Cour suprême du Delaware, Cinerama, Inc. v. Technicolor (1995)[1596]. Cette distinction reproduite par la jurisprudence Cinerama a été reprise par la jurisprudence Kahn v. Roberts (1995)[1597] ;

La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Williams v. Geier (1996), a dit que le demandeur n'avait pas renversé la présomption que le conseil avait agi de façon indépendante, avec le soin requis, de bonne foi, et dans la croyance honnête que ses actions étaient dans les meilleurs intérêts des actionnaires[1598].

La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Kahn v. Roberts (1996), a affirmé que la *business judgment rule* normalement protège toutes les actions légitimes (*lawful actions*), après une procédure délibérative et en l'absence d'un conflit d'intérêts[1599].

La cour de la chancellerie, dans l'arrêt Gagliardi v. TriFoods Intern., Inc. (1996), rédigé par le chancelier Allen, a déclaré que la *business judgment rule* prévoit que si

---

[1592] Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 569 A.2d 53, Fed. Sec. L. Rep. P 94,860 (Del.Supr. Dec 22, 1989) (N°270, 1988) ; Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 1988 WL 53322, (18), Fed. Sec. L. Rep. P 93,915, 14 Del. J. Corp. L. 273, 305 (Del.Ch. May 19, 1988) (N°CIV.A. 6085). Voir l'Annexe n°4.15.1.

[1593] Citron v. Fairchild Camera and Instrument Corp., 569 A.2d 53, 64, Fed. Sec. L. Rep. P 94,860 (Del.Supr. Dec 22, 1989) (N°270, 1988). Voir l'Annexe n°4.15.2.

[1594] Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 584 A.2d 490, Fed. Sec. L. Rep. P 95,420 (Del.Ch. Jun 29, 1990) (N°CIV. A. 6219). Voir l'Annexe n°4.16.1.

[1595] Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 360 (Del. 1993). Voir l'Annexe n°4.5.4.

[1596] Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156, 1162 (Del. 1995). Voir l'Annexe n°4.13.2.

[1597] Kahn v. Roberts, 1995 WL 745056, 21 Del. J. Corp. L. 674 (Del.Ch. Dec 06, 1995) (N°C.A. 12324), (4). Voir l'Annexe n°4.17.1.

[1598] Williams v. Geier, 671 A.2d 1368, 1367 (Del. Jan. 23, 1996). Voir l'Annexe n°4.18.1.

[1599] Kahn v. Roberts, 679 A.2d 460, 465 (Del. Jul. 25, 1996). Voir l'Annexe n°4.17.2.

le directeur est indépendant et désintéressé, alors il n'y a pas de responsabilité pour la perte subie par la société, à moins que les faits soient tels qu'aucune personne ne puisse autoriser une telle transaction de bonne foi[1600].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange, Inc., (1996), a dit que dans la détermination si la demande a été incorrectement (*wrongly*) refusée, cette cour contrôle la décision du conseil sous les standards de la *business judgment rule*, qui sont le manque d'intérêt du conseil et l'indépendance et la bonne foi et la raison de son investigation[1601].

La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Brazen v. Bell Atlantic (1997), a dit que la *business judgment rule* est une présomption que les directeurs agissent indépendamment, de bonne foi et avec le soin requis dans la prise de décision. Il s'applique quand la décision est contestée et l'analyse est principalement un contrôle de la procédure. Les cours donnent une déférence à une décision des directeurs obtenue par la procédure propre et n'appliquent pas le test de raison objectif pour examiner la sagesse de la décision elle-même[1602].

La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt Emerald Partners v. Berlin (1999), a confirmé que la *business judgment rule* est renversée en cas de violation de l'un des trois devoirs fiduciaires, c'est-à-dire la loyauté, la bonne foi et le soin requis[1603].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Emerald Partners v. Berlin (2001), rédigé, à l'époque, par le vice-chancelier Jacobs, a déclaré que la *business judgment rule*, est la doctrine que les décisions sur l'affaire faites par les directeurs désintéressés, indépendants et soigneux seront respectées à moins qu'elles ne puissent être attribuées à aucun but d'affaire rationnel[1604].

[1600] Gagliardi v. TriFoods Intern., Inc., 683 A.2d 1049, 1052-1053 (Del.Ch. Jul 19, 1996) (N°CIV. A.14725).Voir l'Annexe n°4.19.1.

[1601] Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange, Inc., 1996 WL 417507 (Del.Ch. Jul 12, 1996) (N°CIV. A. 14010), remanded (Dec 06, 1996) (3). Voir l'Annexe n°4.20.1

[1602] Brazen v. Bell Atlantic Corp., 695 A.2d 43, 49, 65 USLW 2802 (Del.Supr. May 27, 1997) (N°130, 1997), (49). Voir l'Annexe n°4.21.1.

[1603] Emerald Partners v. Berlin, 726 A.2d 1215, 1221 (Del.Supr. Mar 16, 1999) (N°393, 1998). Voir l'Annexe n°4.22.1.

[1604] Emerald Partners v. Berlin, 2001 WL 115340 (Del.Ch. Feb 07, 2001) (N°9700), (26). Voir l'Annexe n°4.22.2.

La Cour suprême du Delaware, statuant sur l'appel contre cet arrêt, a expliqué que quand les actionnaires contestent les actions par le conseil des directeurs, généralement, l'un des trois standards du contrôle judiciaire : la *business judgment rule* ; le standard intermédiaire d'un contrôle judiciaire enhanced (*enhanced judicial scrutiny*) ; l'analyse d'une etière justice (*entire fairness analysis*). Le standard appliqué du contrôle judiciaire souvent contrôle le résultat du contentieux[1605].

La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt Walt Disney Co. Derivative (1998), a affirmé que l'essence de la *business judgment rule* est que la cour n'applique pas *20/20 hindsight* pour examiner la décision du conseil, sauf dans de rares affaires lorsque la transaction est tellement flagrante (*egregious on its face*) que l'approbation du conseil ne peut pas satisfaire le test de la *business judgment rule*[1606].

Dans le même arrêt, la cour de la chancellerie du Delaware a dit que le droit du Delaware présume que, dans le cours normal, les directeurs de la société conduisent les affaires, en se concentrant sur les intérêts de la société. La cour a accordé la déférence aux décisions des directeurs. Cette présomption vient de 367 8 Del. C. §141(a) qui codifie le principe que le conseil des directeurs est chargé de la gestion des affaires de la société. Incorporée dans cette règle que la réquisition que les directeurs exercent leurs devoirs avec soin requis et ne permettent pas les intérêts personnels, qui peuvent diverger de la société, guider leur décision[1607].

321. Il arrive que la jurisprudence postérieure à la jurisprudence Aronson (1984) et Smith (1985), cite les arrêts antérieurs. La jurisprudence Sinclair a été reprise et/ou citée, par exemple, par la jurisprudence (1) Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985)[1608] ; (2) Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans, (1988)[1609] ; (3) Cede & Co.

[1605] Emerald Partners v. Berlin, 787 A.2d 85 (Del.Supr. Nov 28, 2001) (N°96, 2001), (89). Voir l'Annexe n°4.22.3.

[1606] In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 731 A.2d 342, 362 (Del.Ch. Oct 07, 1998). Voir l'Annexe n°4.23.1.

[1607] In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 731 A.2d 342, 367 (Del.Ch. Oct 07, 1998) (N°15452). Voir l'Annexe n°4.23.2.

[1608] Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 953 (Del. June 10, 1985). Voir l'Annexe n°4.24.1.

[1609] Robert M. Bass Group, Inc. v. Evans, 552 A.2d 1227, Fed. Sec. L. Rep. P 93,924 (Del.Ch. Jul 14,

v. Technicolor (1993)[1610] ; (4) In re Unitrin, Inc. Shareholder Litigation (1994)[1611] ; (5) Stroud v. Grace (1990)[1612] ; (6) Brazen v. Bell Atlantic (1997)[1613].

CONCLUSION DE LA SECTION 1

322. Jusqu'en 1985, dans le Delaware, la jurisprudence a appliqué l'un des deux types de contrôles judiciaires, c'est-à-dire (1) la *business judgment rule* ou (2) l'examen de l'*entire fairness test*.

La jurisprudence a précisé les conditions et effets d'application de la *business judgment rule* et de l'examen de l'*entire fairness*.

La jurisprudence Zapata et Aronson a présenté le pouvoir de gestion des directeurs en tant que fondement de la *business judgment rule*.

La jurisprudence Weinberger a jugé que l'examen de l'*entire fairness* se compose de l'examen du traitement juste (*fair dealing*) et de l'examen du prix juste (*fair price*).

323. L'affaire Smith v. Van Gorkom est un exemple où le conflit d'intérêts (par exemple, la relation entre M. Van Gorkom et M. Pritzker, ainsi que la relation entre M. Van Gorkom en tant que *CEO* et président du conseil des directeurs et les membres de ce conseil) a pu dominer les faits. Si le conflit d'intérêts avait pu être démontré devant la cour, celle-ci aurait appliqué l'examen de l'*entire fairness*. Le

---

1988) (N°CIV. A. 9909, CIV. A. 9953), Appeal Dismissed by, Macmillan, Inc. v. Robert M. Bass Group, Inc., 548 A.2d 498 (Del.Supr. Sep 14, 1988) (Table, WESTLAW, N°283,1988). Voir l'Annexe n°4.10.2.

[1610] Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 360 (Del. 1993). Voir l'Annexe n°4.5.5.

[1611] In re Unitrin, Inc. Shareholders Litigation, 1994 WL 698483 (Del. Ch. Oct. 13, 1994). Voir l'Annexe n°4.25.1.

[1612] Stroud v. Grace, 1990 WL 176803, 59 USLW 2342, 16 Del. J. Corp. L. 1588 (Del.Ch. Nov 01, 1990) (N°CIV. A. 10719), Judgment Affirmed in Part, Reversed in Part by,Stroud v. Grace, 606 A.2d 75, Fed. Sec. L. Rep. P 96,922 (Del.Supr. Apr 09, 1992) (N°400, 1990) (1). Voir l'Annexe n°4.26.1.

[1613] Brazen v. Bell Atlantic Corp., 695 A.2d 43, 49, 65 USLW 2802 (Del.Supr. May 27, 1997) (N°130, 1997) (49). Voir l'Annexe n°4.21.2.

défendeur aurait dû prouver le traitement juste (*fair dealing*) et le prix juste (*fair price*). Cependant, puisque le conflit d'intérêts n'a pas été démontré, c'est le demandeur qui a dû prouver l'inapplication de la *business judgment rule*.

On s'interroge pourquoi le conflit d'intérêts doit être prouvé pour que le juge puisse examiner une *entire fairness* de l'affaire devant lui. Ce critère peut être difficile à prouver.

Section 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte spécial (1985-2013)

324. Dans le Delaware, à partir des années 1985, la jurisprudence a créé l'*enhanced business judgment rule*. Cette règle comprend les trois types de contrôles judiciaires, les deux premiers relatifs au changement de contrôle (§1) et le troisième relatif à l'exercice du pouvoir par les actionnaires (§2).

§ 1 — Le développement de l'*enhanced business judgment rule* dans le changement d'un contrôle

325. On examinera la jurisprudence Unocal et Unitrin (I) et Revlon (II).

I — La jurisprudence Unocal/ Unitrin

326. On examinera la jurisprudence Unocal (A) et Unitrin (B).

A — Affaire n°6 : Mesa Petroleum Co. v. Unocal Corporation et Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985)[1614]

327. L'affaire Unocal concerne la tentative de la prise de contrôle de la société cotée avec actionnariat dispersé par un acquéreur au moyen de l'offre publique d'acquisition hostile (*hostile tender offer*).
Le vendeur prospectif (*target*), c'est-à-dire la société cible, était *Unocal Corporation* (*Unocal*), société de l'Etat du Delaware, la société cotée avec actionnariat dispersé (172.97 millions, 100 % actions d'*Unocal*).
L'acheteur prospectif (*bidder*), c'est-à-dire l'acquéreur/initiateur était *Mesa Petroleum Corporation* (*Mesa*), société de l'Etat du Delaware, l'actionnaire minoritaire d'*Unocal Corporation* (22.5 millions d'actions, environ 13% des actions d'*Unocal*).

[1614] Mesa Petroleum Co. v. Unocal Corporation, 1985 WL 44691 (Del. Ch. May 13, 1985), rev'd, Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. June 10, 1985).

La forme de l'acquisition proposée par l'acheteur était l'offre publique d'acquisition (*tender offer*), divisée en deux étapes (*two-tier tender offer*).

La première étape de l'offre publique d'acquisition (*first-tier*, *front-end*), allait être réglée en espèces (l'offre publique d'achat, OPA). L'objet de l'offre était les 37% des actions d'*Unocal*, c'est-à-dire environ les 64 millions des actions. Le prix proposé était de 54$ par action.

La deuxième étape de l'offre publique d'acquisition (*second-tier*, *back-end*) allait être réglée en obligations et actions (l'offre publique d'échange, OPE).[1615]

L'objet de l'offre était la totalité des actions, environ les 50 % des actions d'*Unocal* au maximum.

Le prix proposé était de 54$ par action. Le problème a été que les obligations proposées en considération ont été classifiées en tant que *junk bonds* (au-dessous de la valeur nominale de 54$).

Le conseil des directeurs de la société cible, *Unocal*, a conseillé à ses actionnaires de rejeter l'offre de *Mesa* en tant qu'offre grossièrement insuffisante (l'offre inamicale/ (*hostile tender offer*) et a décidé de procéder, par elle-même, à l'offre publique d'acquisition (*self tender offer*). Il s'agit de l'achat par la société cible de ses propres actions.

L'offre publique d'acquisition par *Unocal*, la société cible elle-même, allait être réglée en *debt securities* (l'offre publique d'échange).

L'objet de l'offre publique d'acquisition par la société cible portait sur environ 52% des actions, soit 90 millions des actions d'*Unocal*.

Le prix d'acquisition a été fixé à 72$ par action, soit 18$ de plus que l'offre de *Mesa*.

L'offre de *Mesa* était en deux étapes : c'est-à-dire la première étape réglée en espèces (la considération en espèces étant plus attractive que la considération en *securities*) et la deuxième étape réglée en *junk bonds* (la considération en *junk bonds* étant moins attractive que la considération en *securities* crédibles).

Unocal a accepté d'acheter les actions de *Mesa*, même celles qui avaient été achetées par *Mesa* dans leur OPA, à hauteur de 64 millions d'actions (environ 37 % des

[1615] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del., June 10, 1985), la note au bas de la page (*footnote*) 3. Voir l'Annexe n°4.24.2.

actions), ce qui a été ultérieurement réduit à 50 millions d'actions (environ 28.9 % des actions)[1616].

328. La société *Mesa* a été exclue, *de jure* partiellement (*de facto* totalement) de l'OPE d'*Unocal*. *Mesa* a saisi la cour de la chancellerie du Delaware et a demandé d'ordonner une injonction à Unocal de ne pas procéder à l'OPE.
Le vice-chancelier donna une suite favorable à la demande de *Mesa* et adressa une injonction préliminaire à *Unocal* (*preliminary injunction*).
La société *Unocal*, c'est-à-dire l'appelant, a interjeté l'appel contre cette injonction (*interlocutory appeal from preliminary injunction*).

329. La Cour suprême du Delaware, dans l'arrêt rédigé par le juge Moore, a posé la question de droit de la façon suivante : « est-ce que le conseil des directeurs de la société Unocal avait le pouvoir et le devoir de s'opposer à une menace de la prise de contrôle jugée néfaste à l'entreprise, et si oui, si la décision du conseil des directeurs avait le droit à la protection de la *business judgment rule* ? [1617]
La cour a apporté une réponse positive à cette question.

330. La Cour suprême du Delaware a confirmé que le conseil des directeurs avait le pouvoir (l'autorité) de procéder à l'offre publique d'acquisition de ses propres actions (*self tender offer*) de manière sélective[1618].
La Cour suprême du Delaware a introduit ce qui allait être dénommée l'*enhanced business judgment rule*. La Cour suprême du Delaware a dit que lorsque la société doit répondre à une offre de prise de contrôle, le conseil des directeurs de la société cible doit prouver que (1) le danger/la menace à la politique ou l'efficacité de la société cible existe[1619] et que (2) la défense anti-OPA est raisonnable par rapport à

[1616] Le calcul de l'auteur de la thèse.

[1617] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 953 (Del., June 10, 1985).Voir l'Annexe n°4.24.3.

[1618] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 953 (Del., June 10, 1985). Voir l'Annexe n°4.24.4.

[1619] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del., June 10, 1985) (5-8). Voir l'Annexe n°4.24.5.

cette menace[1620]. La Cour suprême du Delaware a justifié ce devoir par le conflit d'intérêts des directeurs dans le contexte de prise de contrôle.

En ce qui concerne le risque pour la société cible, on peut mentionner notamment:

(1) Les directeurs de la société *Unocal* ont déterminé que la valeur de l'action d'*Unocal* a été nettement supérieure à 54$ en espèces (*front-end*), et encore plus supérieure à 54$ en *junk bonds* (*back-end*). Il s'agissait d'une offre coercitive (*contrainte*).

(2) En outre, il y a eu le risque que la société *Mesa*, l'acquéreur prospectif, fût un *greenmailer* et son but fût d'acheter les actions de la société cible à un prix inférieur pour les vendre à la société cible à un prix supérieur et non accessible aux autres actionnaires[1621].

En ce qui concerne la défense anti-OPA, à savoir l'OPE de la société *Unocal*, son but était soit de battre l'OPA de la société *Mesa* (*first tier*, *front-end*), soit, si cette OPA de la société *Mesa* avait réussi, de donner aux actionnaires d'*Unocal* (les 49%) qui se confronteraient à l'OPE de *Mesa* (*second tiers*, *back-end*), la possibilité alternative, de vendre leurs actions à *Unocal* pour 72$ en *senior debt* (au lieu de vendre leurs actions à *Mesa* pour 54$ en *junk bonds*).

En ce qui concerne les raisons d'une exclusion de la société *Mesa* de l'OPE de la société *Unocal*, on peut mentionner notamment :

(1) La société *Unocal* n'a pas souhaité subventionner l'offre de la société *Mesa* pour ses actions.

(2) La société *Mesa* n'a pas pu être protégée contre sa propre offre coercitive et inadéquate[1622].

La Cour suprême du Delaware a décidé que le conseil des directeurs de la société *Unocal* avait pu croire rationnellement et raisonnablement que l'offre publique d'acquisition à deux étapes (*two-tier*) proposée par la société *Mesa*, était inadéquate et coercitive et a constituait une menace pour la société *Unocal*. La Cour suprême du

[1620] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del., June 10, 1985) (13, 14). Voir l'Annexe n°4.24.6.

[1621] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 956 (Del., June 10, 1985). Voir l'Annexe n°4.24.7.

[1622] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del., June 10, 1985) (16). Voir l'Annexe n°4.24.8.

Delaware a également décidé aussi que l'achat sélectif de ses propres actions (à l'exclusion partielle des actions possédées par la société *Mesa*) décidé par le conseil des directeurs de la société *Unocal* a été de bonne foi, après une investigation raisonnable et dans le but clair de protéger la société et raisonnable par rapport à la menace.

C'est pourquoi, la Cour suprême du Delaware a décidé que la décision du conseil des directeurs de la société Unocal d'acheter ses propres actions (*self-tender offer*) a le droit à être examiné dans le cadre de la *business judgment rule*. La cour a dit qu'à moins qu'il fût prouvé, par prépondérance de la preuve, que les décisions des directeurs avaient été principalement fondées sur l'intention de se perpétuer dans leur fonction, ou toute autre violation d'un devoir fiduciaire (par exemple, la fraude, le dépassement, l'absence de bonne foi, ou le fait de ne pas être informé), la cour ne substituerait pas son jugement à celui du conseil[1623].

Il convient de noter que la Cour suprême du Delaware a jugé que le conseil des directeurs pouvait prendre en compte les intérêts des groupes constitutifs de la société (*corporate constituencies*) autres que les actionnaires aussi longtemps que ces intérêts ont une relation à la valeur de l'action sur le long terme[1624].

331. Ainsi, l'arrêt Unocal a articulé pour la première fois un standard de contrôle judiciaire intermédiaire entre la *business judgment rule* et l'*entire fairness* dans le cadre du changement de contrôle dans la société. Ce standard est nommé l'*enhanced business judgment rule*[1625].

[1623] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, 958 (Del., June 10, 1985). Voir l'Annexe n°4.24.9.

[1624] Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del., June 10, 1985), Voir l'Annexe n°4.24.10 ; W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 302, Note 6.

[1625] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 512, 520.

B — Affaire n°7 : Unitrin Inc. v. American General Corp. (1995)[1626]

332. Il s'agissait de la tentative de prise de contrôle sur la société *Unitrin Inc*. (ci-après *Unitrin*) par *American General Corporation* (ci-après *American General*). La société vendeuse (la société cible) est la société *Unitrin*, société cotée à l'actionnariat dispersé, dans le domaine des assurances (la 3e société d'assurances de maisons). La société acheteuse est la société *American General*, société dans le domaine des assurance (la 1e société d'assurances de maisons).
Au début, la société *American General* a proposé d'acquérir la société *Unitrin* au moyen de la fusion (en espèces). L'objet de l'offre était les 100% des actions de la société Unitrin, c'est-à-dire environ les 51 millions des actions de la société *Unitrin*. Le conseil des directeurs de la société *Unitrin* possédait environ 23% des actions d'*Unitrin* (environ 11.87 millions/ 11.91 millions des actions d'*Unitrin*).
Le prix d'acquisition a été établi à 50-3/8$ par action (pour le prix total de 2.6$ billions). Le prix du marché était de 38.75$. Le prix d'acquisition représenta donc une prime de 30 % par rapport au prix du marché réglementé (*market price*).

333. Le conseil des directeurs de la société *Unitrin* a procédé aux défenses anti-OPA qui ont été les suivantes : (1) le *shareholder rights plan* (*poison pill*); (2) l'*advance notice bylaw*; (3) l'achat par *Unitrin* jusqu'au 10 millions de ses actions, soit 19.30% des actions d'*Unitrin* (le *Repurchase Program*) au moyen de l'offre publique d'acquisition, ainsi que les transactions privées. Le prix moyen d'achat a été légèrement supérieur au prix proposé par *American General* (51.375$).

334. La société *American General* (la saisine n°1) et les actionnaires de la société *Unitrin* (la saisine n°2, *class action*) ont saisi la cour de la chancellerie du Delaware et ont demandé d'enjoindre *Unocal* de ne pas procéder à l'achat de ses propres actions (l'action en équité). La cour de la chancellerie du Delaware ordonna une injonction préliminaire (*preliminary injonction*) à la société Unitrin. La société Unitrin lanca l'appel contre cette injonction préliminaire (*appeal from the Court of Chancery's entry of a preliminary injunction*).

[1626] Unitrin v. American General Corp., 651 A.2d 1361 (Del., Jan. 11, 1995).

335. La Cour suprême du Delaware a statué sur cet appel. La Cour suprême du Delaware a examiné si dans le contexte de l'offre de l'acquisition (la fusion), la décision du conseil des directeurs de la société cible (la société vendeuse) d'acheter ses propres actions pouvait être examinée selon le contrôle judiciaire renforcé (*standard of enhanced judicial scrutiny […] set forth in Unocal*), et si la réponse était positive, si la décision du conseil des directeurs avait satisfait à cet examen.

336. Les deux réponses sont positives.

En ce qui concerne l'application d'*Unocal* standard, la Cour suprême du Delaware a précisé qu'*Unocal* standard s'appliquait lorsque le conseil des directeurs de la société cible considéra l'offre de la société acquéreur relative au contrôle de la société cible comme une menace (*threat*) à la société cible et a décidé les défenses comme une réponse à cette menace. La Cour suprême du Delaware a confirmé que le conseil des directeurs de la société Unitrin a procédé aux défenses contre l'offre d'acquisition proposée par la société *American General* et que la jurisprudence *Unocal* s'appliquait aux défenses d'*Unitrin*[1627].

En ce qui concerne le contenu d'Unocal Standard, la Cour suprême du Delaware a confirmé la jurisprudence Unocal selon laquelle, le conseil des directeurs de la société cible devait prouver (1) qu'il y avait eu les raisons de croire que le danger à la politique et à l'efficacité de la société cible existait (*reasonableness test*) (2) et que la défense avait été raisonnable par rapport à la menace (*proportionality test*).

En ce qui concerne le test de *raison* (*reasonableness test*), le conseil des directeurs de la société cible a dû prouver (1) qu'il avait mené une investigation raisonnable (*reasonable investigation*) et (2) qu'il avait décidé de bonne foi que l'offre de la société acheteuse constituait une menace.

Selon la cour, la présence de la majorité des directeurs indépendants et extérieurs mettra en valeur de manière importante une telle preuve[1628].

[1627] Unitrin v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1373 (Del., Jan. 11, 1995). Voir l'Annexe n°4.25.2.

[1628] Unitrin v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1375 (Del., Jan. 11, 1995). Voir l'Annexe n°4.25.4.

La cour a mentionné la distinction doctrinale de trois types de menaces, c'est-à-dire (1) la perte d'opportunité (*opportunity loss*), (2) la coercition structurale (*structural coercion*) et (3) la coercition substantielle (*substantive coercion*). La menace peut venir du tiers ou des autres actionnaires[1629].

La Cour suprême du Delaware a confirmé que le conseil des directeurs a cru de manière raisonnable que l'offre d'American General était inadéquate et constituait une menace (*substantive coercion*) pour les actionnaires qui n'étaient pas informés.

En ce qui concerne le « test de proportionnalité » (*proportionality test*), il comprend les deux conditions : (1) la défense ne peut pas être draconienne, son caractère ne peut être ni coercitif (*coercive*) ni prohibitif (*preclusive*); (2) la défense doit être dans le rang de « raison » (*range of reasonableness*), parce que le conseil des directeurs doit posséder la souplesse dans l'exercice de ses obligations fiduciaires[1630]. Contrairement à ce que la cour de la chancellerie du Delaware a décidé, la défense ne doit pas être nécessaire à la menace.

La Cour suprême du Delaware a conclu que l'achat de ses propres actions par la société Unitrin a été proportionnel par rapport à la menace de l'offre de la société American General, il n'a été ni coercitif (tous les actionnaires d'Unitrin ont pu vendre leurs actions) ni prohibitif (le *proxy contest* a été possible).

337. En ce qui concerne les règles de preuve, la Cour suprême du Delaware a confirmé que le conseil des directeurs de la société cible devait prouver qu'il avait rempli les conditions d'*Unocal* standard et que si le conseil des directeurs réussissait à le prouver, la *business judgment rule* s'appliquait à sa décision. Si la *business judgment rule* s'appliquait, la charge de la preuve serait transférée au demandeur. La Cour suprême a dit que pour débattre la présomption de la *business judgment rule*, le demandeur devait démontrer, par prépondérance de la preuve, la violation de l'une des obligations fiduciaires par le conseil des directeurs de la société cible.

Si le conseil des directeurs ne réussissait pas à prouver qu'il avait rempli les

---

[1629] Unitrin v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1384 (Del., Jan. 11, 1995). Voir l'Annexe n°4.25.3.

[1630] Unitrin v. American General Corp., 651 A.2d 1361, 1387-1388 (Del., Jan. 11, 1995). Voir l'Annexe n°4.25.5.

conditions d'Unocal standard, il semblait qu'il pouvait toujours prouver la justice de la transaction (*fairness of the action*)[1631].

La doctrine s'interroge sur une différence réelle entre l'*enhanced business judgment rule* et la *business judgment rule*[1632].

338. Conclusion de la I : La jurisprudence Unocal/Unitrin a précisé les devoirs minimums du conseil des directeurs dans le contexte de prise de contrôle hostile.

Dans l'affaire Unocal, il s'agissait de l'obligation fiduciaire du conseil des directeurs d'assurer que les actionnaires minoritaires recevaient la valeur égale pour leurs actions. Cette obligation existait dans le contexte de la fusion et s'appliquait dans le contexte de l'offre publique d'acquisition. Dans l'affaire Unitrin, il s'agissait de l'obligation fiduciaire de protéger la société anonyme et ses actionnaires contre l'offre de fusion inadéquate.

Dans l'affaire Unocal ainsi que dans l'affaire Unitrin, le conseil des directeurs de la société cible a décidé d'acheter ses propres actions émises par les actionnaires contre la prise de contrôle hostile.

La jurisprudence Unocal/Unitrin a créé ce qui allait être dénommé l'*enhanced business judgment rule* ou le *enhanced judiciail scrutiny*. Cependant, cette jurisprudence a posé nombre de questions sans réponses précises (par exemple, les conditions d'application de la règle).

[1631] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 522. Les auteurs citent l'arrêt Shamrock Holdings, Inc. v. Polaroid Corp., 559 A.D.N. 278 (Del. Ch. 1989).

[1632] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 522.

II — L'affaire n°8 : MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. v. Revlon, Inc. (1985) et Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.(1986)[1633]

339. La société cible était la société *Revlon, Inc.* (ci-après *Revlon*), société cotée. Le nombre total d'actions émises était de 37 931 034.48[1634].

La société acquéreur hostile était la société *Pantry Pride* (*chief executive officer* était Ronald O. Perelman). *Pantry Pride* a proposé l'offre publique d'acquisition, réglée en espèces, à 47.50$ par action ordinaire (*common shares*) et 26.67$ par action de préférence (*preferred shares*) (l'offre publique d'achat, OPA).

Le conseil des directeurs de la société *Revlon* a décidé les mesures défensives. La société *Panty Pride* a augmenté l'OPA jusqu'à 58$ réglée en espèces à condition de terminer les mesures défensives.

Le conseil des directeurs de la société *Revlon* a décidé de poursuivre le chevalier blanc (*white knight*), la société *Forstmann* (*Forstmann Little & Co*.). Cette dernière a proposé à *Revlon* la fusion sous les conditions suivantes :

(1) le prix de 57.25$ par action réglé en espèces ;

(2) les mesures défensives :

(i) la clause de blocage (la clause de *lock-up*) le droit d'acheter *Revlon's Vision Care and National Health Laboratories* pour le prix de 525 millions de dollars, au-dessous de 100-175 millions de dollars par rapport à la valeur décidée par Lazard Frères (625 – 700 millions de dllars) si un autre acquéreur obtenait 40 % des actions de *Revlon* ;

(ii) un accord d'exclusivité (*exclusivity agreement*/*no-shop provision*);

(iii) une indemnité de rupture (*break-up fee*/*cancellation fee*) si l'agrément de fusion était terminé ou si un autre acquéreur obtenaitt plus de 19.90% des actions de *Revlon* ;

(iv) la direction de *Revlon* (*management*) ne participera pas à la fusion (*no LBO by management*) ;

(v) les obligations émises seront échangées contre les autres obligations (*notes*).

[1633] MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. v. Revlon, Inc., 501 A.2d 1239 (Del. Ch. Oct. 23, 1985), aff'd, Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986).

[1634] Le calcul de l'auteur de la thèse.

Le conseil des directeurs de la société *Revlon* a accepté cette offre pour les raisons suivantes : (i) il s'agissait du prix à l'époque supérieur au prix proposé par l'acquéreur hostile ; (ii) le prix protégait les *noteholders* ; (iii) le financement était garanti.

340. La société *Pantry Pride* a entamé une action en justice en vue d'obtenir l'injonction (*injunctive relief*) que *Revlon* n'exerce pas des mesures défensives, et que la validité de ces mesures soit vérifiée. La cour de la chancellerie du Delaware a ordonné de ne pas procéder aux mesures défensives. La Cour suprême du Delaware a confirmé le jugement de la cour de la chancellerie. La question de droit qui s'est posée a été de savoir si le conseil des directeurs pouvait faire des mesures anti-OPA contre l'acquéreur inamical dans le but de vendre la société à un acquéreur amical.

341. La réponse est négative. Lorsque le conseil des directeurs de la société cible décide ou reconnaît que la vente de la société est inévitable, l'obligation du conseil des directeurs devient la maximation du prix de la société cible que les actionnaires obtiendront. La question des mesures défensives devient sans objet[1635]. Les mesures défensives ne sont pas permises lorsque l'obligation principale du conseil des directeurs de la société cible est de vendre la société cible au plus haut prix (*shareholders primacy*)[1636].

La Cour suprême du Delaware a repris la distinction entre les mesures défensives qui ont un effet positif sur la vente de la société cible et celles qui ont un effet destructif[1637]. Elle a estimé que les mesures défensives utilisées dans l'agrément avec le chevalier blanc (*white knight*) ont eu un effet destructif sur la vente de Revlon. Elle a décidé qu'elles n'étaient pas permises sous le standard des obligations requises.

[1635] Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc., 506 A.2d 173 (Del., March 13, 1986) (12). Voir l'Annexe n°4.27.1.

[1636] Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc., 506 A.2d 173 (Del., March 13, 1986) (16, 17). Voir l'Annexe n°4.27.2.

[1637] Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc., 506 A.2d 173 (Del., March 13, 1986) (15). Voir l'Annexe n°4.27.3.

En outre, la Cour suprême a expliqué que le conseil des directeurs pouvait prendre en considération les différents groupes sociaux (*constituencies*), sauf lorsque la vente de la société avait lieu et son objet était de vendre la société au prix le plus fort[1638].
Or, dans le cas d'espèces, le conseil des directeurs de la société cible a considéré l'intérêt des porteurs des obligations (*noteholders*) au détriment des actionnaires, ce qui a constitué la violation du devoir de loyauté[1639].

342. La Cour suprême du Delaware a décidé que le conseil des directeurs, en utilisant les mesures défensives, avait violé le devoir fiduciaire. La question qui se pose est de savoir s'il s'agissait de la violation du devoir de loyauté et/ou du devoir de soin.

343. La jurisprudence Revlon s'est inscrite dans le cadre de la *business judgment rule*. Elle laisse un nombre de questions sans réponses précises, y compris celles relatives à ses conditions d'application[1640]. On se demande à quel moment les devoirs de Revlon sont déclenchés (*Revlon land* ou *Revlon mode*) et quels sont ces devoirs (*Revlon duties*)[1641]. On s'interroge quelle est la distinction entre la transaction dans le cadre de laquelle la société est vendue et la transaction dans le cadre de laquelle la transaction se défend contre la prise de contrôle hostile[1642].

[1638] Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc., 506 A.2d 173 (Del., March 13, 1986) (14). Voir l'Annexe n°4.27.4.

[1639] Revlon v. MacAndrews and Forbes Holding, Inc., 506 A.2d 173 (Del., March 13, 1986) (13). Voir l'Annexe n°4.27.5.

[1640] W. T. ALLEN, *The Pride and the Hope of Delaware Corporate Law*, 25 Del. J. Corp. L. 70 (2000), disponible sur Westlaw, p. 5.

[1641] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 513.

[1642] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 546.

§ 2 — Le développement de l'*enhanced business judgment rule* dans l'exercice du pouvoir par les actionnaires

Affaire n°9 : Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp. (1988)[1643]

344. L'*enhanced business judgment rule* comprend le troisième type de contrôle judiciaire créé par la jurisprudence Blasius[1644].

345. L'affaire Blasius concernait *Atlas Corp.*, société cotée à l'actionnariat dispersé. La société *Blasius Industries, Inc*., ci-après *Blasius*, a acquis environ 9.1% d'*Atlas Corp*. (ci-après *Atlas*). La société *Blasius* a proposé de procéder au paiement des grands dividendes aux actionnaires, d'accorder des prêts aux actionnaires et de vendre les biens sociaux. Le management d'*Atlas* n'a pas été favorable à une telle idée. *Blasius* a fait signer le consentement écrit (*written consent*) par les actionnaires pour changer le règlement intérieur de la société (*bylaws*), à savoir augmenter le nombre de directeurs de sept à quinze et pour nommer les huit nouveaux directeurs.
Le conseil des directeurs de la société *Atlas* pouvait augmenté le nombre de directeurs de sept à neuf et a nommé les deux nouveaux directeurs.

346. La société Blasius a intenté une action en justice pour violation des devoirs fiduciaires contre le conseil des directeurs de la société *Atlas*. La société *Atlas* a demandé la protection de la *business judgment rule*.
La question s'est posée de savoir si le conseil des directeurs de la société pouvait augmenter le nombre de directeurs en vue de prévenir l'actionnaire de prendre le contrôle de ce conseil.

347. La cour de la chancellerie du Delaware, dans l'arrêt rédigé par le chancelier William T. Allen, a décidé que le conseil des directeurs de la société *Atlas* avait violé

[1643] Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, Fed. Sec. L. Rep. P 93,965 (Del.Ch. Jul 25, 1988) (N°CIV. A. 9720), Reargument Denied by Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 1988 WL 909333 (Del.Ch. Aug 15, 1988) (N°CIV.A. 9720).

[1644] Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, Fed. Sec. L. Rep. P 93,965 (Del.Ch. Jul 25, 1988) (N°CIV. A. 9720), Reargument Denied by Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 1988 WL 909333 (Del.Ch. Aug 15, 1988) (N°CIV.A. 9720).

le devoir fiduciaire de fidélité aux actionnaires de manière non intentionnelle. Le chancelier a estimé que le conseil des directeurs de la société *Atlas* avait pris la décision de bonne foi[1645]. Le chancelier a dit que le conseil des directeurs n'avait pas le droit d'empêcher l'action des actionnaires, par exemple, le droit de vote, sans justification claire et convaincante (*compelling justification*)[1646].

348. Autrement dit, en vertu de la jurisprudence Blasius, la *business judgment rule* ne s'applique pas à la décision du conseil des directeurs qui empêche le droit de vote des actionnaires (*shareholder franchise*).

La jurisprudence Blasius demande, pour valider la décision du conseil des directeurs, une justification plus importante que celle exigée par la jurisprudence Unocal. La jurisprudence Blasius exige l'existence d'une menace (*threat*) que l'exercice de droit de vote pourrait causer et une très forte justification de la décision du conseil des directeurs limitant ce droit de vote.

[1645] Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, 663 (Del. Ch. Jul. 25, 1988). Voir l'Annexe n°4.31.1.

[1646] Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A.2d 651, 663 (Del. Ch. Jul. 25, 1988). Voir l'Annexe n°4.31.2.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

349. Dans les années 1980, la jurisprudence du Delaware a créé un troisième type de contrôle judiciaire, c'est-à-dire l'*enhanced business judgment rule* qui comprend les trois contrôles judiciaires.

Le premier contrôle judiciaire, c'est-à-dire la jurisprudence Unocal/Unitrin, s'applique en cas de prise de contrôle et exige le caractère raisonnable et proportionnel de l'action du conseil des directeurs.

Le deuxième contrôle judiciaire, c'est-à-dire la jurisprudence Revlon, s'applique en cas de vente de la société et exige le meilleur prix en cas de vente de la société.

Le troisième contrôle judiciaire, c'est-à-dire la jurisprudence Blasius, s'applique en cas d'empêchement du droit de vote des actionnaires et exige une très forte justification pour la décision limitant le droit de vote des actionnaires.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

350. La jurisprudence du Delaware applique l'un des trois types de contrôles judiciaires, c'est-à-dire (1) la *business judgment rule*, (2) l'*enhanced business judgment rule* ou (3) l'*entire fairness test*.

351. La principale différence dans les conditions d'application de la règle concerne le conflit d'intérêts.
La principale différence dans les effets d'application de la règle concerne l'étendue d'un contrôle judiciaire sur la décision des affaires.

352. Il est intéressant de noter que la jurisprudence a jugé à plusieurs reprises que le respect des devoirs fiduciaires est nécessaire pour que la *business judgment rule* s'applique.

CONCLUSION DU TITRE 2

353. La jurisprudence du Delaware après 1945 a commencé à utiliser l'expression la *business judgment rule*. Cette expression a été reprise de manière générale. La jurisprudence a articulé explicitement la *business judgment rule*. Elle s'est référée explicitement à la jurisprudence du Delaware avant 1945.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

354. Notre analyse de la jurisprudence a démontré les deux types de formulations prétoriennes liées avec la *business judgment rule*, c'est-à-dire la formulation *lato sensu* et la formulation *stricto sensu*.

La formulation *lato sensu* comprend les termes relatifs
(1) aux pouvoirs des dirigeants et leur discrétion ;
(2) au statut des dirigeants ;
(3) aux devoirs des dirigeants ;
(4) aux degrés des devoirs requis et/ou
(5) à la gravité de la transgression de ces devoirs sanctionnée.
Cette jurisprudence a existé dès avant 1945. Elle n'a pas utilisé l'expression la *business judgment rule* explicitement. Cependant, une certaine doctrine a estimé que les arrêts contenant ce type de formulation exprimaient la *business judgment rule*, surtout quand ces arrêts ne sanctionnaient que les cas d'une négligence grossière.

La formulation *stricto sensu* comprend les termes relatifs
(1) au droit à l'erreur ;
(2) à la présomption de comportement ;
(3) au refus d'un contrôle judiciaire ;
(4) à la charge de la preuve, et
(5) à la justification de la règle.
La jurisprudence a exigé la satisfaction de certains critères. Cette jurisprudence a existé dès avant 1945. Elle a commence à utiliser l'expression la *business judgment rule* dans l'Etat de New York dans les années 1940.
Selon nous, les termes correspondant à la présomption de comportement et au refus d'un contrôle judiciaire constituent le fondement de cette formulation.
Le terme correspondant à la présomption de comportement a été utilisé déjà au XIXe siècle. Il a été admis dans la jurisprudence du Delaware dès les années 1920.

Le terme correspondant au refus d'un contrôle judiciaire a été admis dans la jurisprudence new-yorkaise des années 1940. C'est cette jurisprudence qui, en décrivant ce refus d'un contrôle judiciaire, a utilisé pour la première fois l'expression la *business judgment rule*.

La jurisprudence du Delaware des années 1980, en articulant la formulation moderne de la *business judgment rule*, a lié les éléments de la formulation *lato sensu* et la formulation *stricto sensu*, les premiers constituant le fondement des derniers.

SECONDE PARTIE
A LA RECHERCHE DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LES CODIFICATIONS

355. Notions codifiées – recherches empiriques. — Le terme juridique *codification* a plusieurs sens[1647]. La codification peut opérer un rassemblement, une compilation, une substitution, une modification des règles existantes et/ou une introduction de règles nouvelles en droit écrit ou dans les autres sources de droit (par exemple, en jurisprudence ou en usage)[1648].

356. Annonce de plan. — Par le droit écrit, on entend le droit incitatif (*soft law*) et le droit contraignant (*hard law*)[1649]. La *business judgment rule*, est-elle *codifiée* dans le droit écrit des Etats de l'Union, c'est-à-dire dans leur droit incitatif (Chapitre 1) et dans leur droit contraignant (Chapitre 2) ?

Titre 1 — La *business judgment rule* dans le droit incitatif (*soft law*)
Titre 2 — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*hard law*)

[1647] V. par exemple, *Vocabulaire juridique*, dir. G. CORNU, *op. cit*., présente les 4 sens du mot « code » v. « Code/N.m. – Lat. jur. codex : proprement planchette, tablette./1 Corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relative à une matière et issu, soit des travaux législatifs (Code civil, Code pénal), soit d'une élaboration réglementaire (Nouveau Code de procédure civile), soit d'une codification formelle (par décret) de textes préexistants et reclassés selon leur origine (partie législative, partie réglementaire, etc. Ex. Code de l'organisation judiciaire, Code de la construction et de l'habitation, Code de l'administration commune, etc.)[…]/ 2 Ensemble (supposé) des règles coutumières non écrites considérées, en une matière, comme essentielles. ex. référence à un code de l'honneur./ 3 Nom donné à des compilations des textes publiés par un éditeur./ 4 Anciens recueils ou compilations de lois. ex. le Code justinien ».

[1648] V. F. TERRE, *Introduction générale au droit* (Dalloz Précis 9e éd. 2012), no431, pp. 361 et suiv. et v. aussi la bibliographie proposée par F. TERRE, *ibid*., v. Annexe no9.5.1.

[1649] Nous empruntons les termes « droit contraignant » et « droit incitatif » de P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., no36, p. 22 : « Cependant, à côté de ce droit contraignant, un droit incitatif croît et embellit : les codes de déontologie, les « bonnes » ou les « meilleurs » pratiques […] ».

TITRE 1
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LE DROIT INCITATIF (*SOFT LAW*)

357. Traductions de la *soft law*. — Il existe un grand nombre de traductions de l'expression la *soft law*. La *soft law* peut être traduit, par exemple, par droit incitatif, droit doux, droit mou, droit souple, droit flexible, droit flou.

358. Origine de la *soft law*. — L'origine de la *soft law* se trouve dans le droit public international[1650].

359. Sources de la *soft law*. — Dans le droit des sociétés, les sources de la *soft law* sont, par exemple, les codes-modèles, les manuels, les principes de gouvernement d'entreprise, les codes de gouvernement d'entreprises, les guides de « bonnes » ou « meilleures » pratiques (*best practices*), les déclarations, les règles de conduite, les modèles de comportement, etc.

Ces sources ne sont pas édictées par le législateur ou le juge d'un pays, mais elles sont élaborées par des entités (organisations, autorités, commissions, groupes de travail) professionnelles (juridiques[1651] ; financières[1652] ; patronales[1653]) ou politiques (nationales[1654] ; européennes[1655] ; internationales[1656]).

[1650] V. B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français* (Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques » - Université Toulouse I, 2013) ; S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°691, p. 233.

[1651] Aux Etats-Unis, l'*American Bar Association* (*ABA*) élabore le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) et le *Corporate Director's Guidebook* et l'*American Law Institute* (*ALI*) élabore les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*.

[1652] Il s'agit des *Listings Rules* des Bourses, par exemple, *NYSE Listing Rules*.

[1653] En France, le MEDEF et l'AFEP élaborent le Code de gouvernement d'entreprise (le Code de gouvernement d'entreprise MEDEF-AFEP).

[1654] En Allemagne, la commission gouvernementale élabore le *Deutcher Corporate Goverance Kodex* (*DCGK*).

[1655] Le rapport du groupe de haut niveau du 4 nov. 2002, Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés.

360. Valeur juridique de la *soft law*. — La question qui se pose est de savoir quelle est la valeur juridique de la *soft law* en droit des sociétés, c'est-à-dire quelle est la force obligatoire d'énoncées des textes informels relatifs aux sociétés par ces différentes entités ?

Ab initio, ces énoncés n'ont pas de force obligatoire sauf s'ils reprennent le droit positif ou constituent les usages professionnels[1657]. Cependant, ils peuvent acquérir une force obligatoire s'ils sont adoptés subséquemment par la législation, le règlement, la jurisprudence et/ou le contrat ou les usages professionnels[1658].

De plus, la loi ou le règlement peut obliger les sociétés à préciser le degré d'application d'un code de gouvernement d'entreprise, et dans le cas contraire, à s'expliquer (le principe *comply or explain*/« appliquer ou expliquer » ou « se conformer ou s'expliquer »)[1659].

[1656] Par exemple, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a élaboré les *Principes de gouvernement d'entreprise*. Ce document a été approuvé par les Ministres des pays de l'OCDE en 1999. Le document a été révisé en 2004. Il est disponible sur le site http://www.oecd.org/corporate/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm (la dernière visite: le 30 juillet 2013).

[1657] V. S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°691-692, pp. 233-234.

[1658] S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°691-692, pp. 233-234 ; en ce qui concerne les Etats-Unis, v., le *Model Business Corporation Act* de l'*American Bar Association* ou les *Restatements*, *Model Codes* ou *Principles* de l'*American Law Institute*.

[1659] Ce principe existe en Europe, mais il n'existe pas aux Etats-Unis. Par exemple, en France, v. la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, l'article 26, qui transpose la directive 2006/46/CE du Parlement Européen et du Conseil du 14 juin 2006 (qui a inséré dans la directive n°78/660/CEE du 25 juillet 1978 un article 46 bis), a inséré dans le Code de commerce, l'article L. 225-37, al. 7: « Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. »

361. Sanction de la *soft law*. — La sanction de non-conformité à la *soft law* dépend de la valeur juridique du support sur lequel elle figure[1660]. Même si le support n'a pas de caractère obligatoire, la sanction peut toujours être efficace, par exemple, les sanctions du marché[1661].

362. *Soft law* aux Etats-Unis. — Aux Etats-Unis, la *soft law* sur les sociétés est élaborée par un nombre d'organisations, par exemple, de caractère juridique ou des affaires[1662].

363. Plan. — On recherchera la *business judgment rule* dans les textes élaborés par les deux organisations juridiques, c'est-à-dire l'*American Bar Association* (*ABA*) (Chapitre 1) et l'*American Law Institute* (*ALI*) (Chapitre 2).

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Bar Association* (*ABA*)

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Law Institute* (*ALI*)

V. aussi A.-M. CELY RODRIGUEZ, *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés. Etude franco-colombienne*. Thèse Paris II, dir. D. MAZEAUD (2011), n°212, note 271. Cet auteur parle de la « consécration de la soft law ».

Pour la bibliographie sur le principe « se conformer ou s'expliquer » v. Annexe n°9.5.2.

[1660] v. S. MESSAI-BAHRI, *op. cit.*, n°691, p. 233.

[1661] v. P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°680, p. 439.

[1662] v. *Business Roundtable*, *2012 Principles of Corporate Governance*, accessible sur http://businessroundtable.org/studies-and-reports/business-roundtable-principles-of-corporate-governance-2012/ (la dernière visite: le 25 juillet 2013).

CHAPITRE 1
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
DANS LES TEXTES DE L'*AMERICAN BAR ASSOCIATION* (*ABA*)

364. L'*American Bar Association* (*ABA*). — Les avocats américains[1663], obligatoirement ou volontairement, font partie, des associations dans les Etats où ils exercent leur profession (*State Bar Associations*)[1664]. Au niveau national, ils peuvent faire partie de l'*American Bar Association* (*ABA*), association privée fondée le 21 août 1878[1665].

D'un côté, l'*American Bar Association* (*ABA*) a été critiquée[1666], d'un autre côté, elle a été appréciée pour, entre autres, (1) contribuer à la fondation de l'*Association of American Law Schools* (*AALS*) en 1900[1667] ; (2) organiser la formation juridique continue (*American Bar Association Center for Continuing Legal Education*, *ABA-CLE*)[1668] ; (3) édicter les déontologies de la profession d'avocat[1669] ; (4) publier les

---

[1663] *Attorney at law*, *lawyer*, *esquire* v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 75 ; v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°356 et s., pp. 330 et ss.

[1664] Par exemple, l'*Association of the Bar of New York* a été créée à New York en 1870. v. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 79. Le plus souvent, la forme de ces *associations* a passé de l'association non immatriculée (*unincorporated association*) à la société (*corporation*).

[1665] Fondée en tant que l'association non immatriculée (*unincorporated association*), elle a été immatriculée en tant que la *corporation* dans l'Illinois le 7 décembre 1992. v. *American Bar Association, Constitution and bylaws, Rules of Procedure of the House of Delegates* accessible sur le site officiel de l'*American Bar Association* (*ABA*), v. http://apps.americanbar.org/abastore/index.cfm?pid=1490118&section=main&fm=Product.AddToCart (la dernière visite : le 10 juillet 2013) ; v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°356 et s., pp. 330 et ss. ; A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 75.

[1666] Par exemple, A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, Que Sais-Je ?, *op. cit.*, p. 79 : « Il lui arrive de même de prendre des positions assez absurdes. ». Cette remarque reste actuelle.

[1667] L'*Association of American Law Schools* a pris forme de *non-profit educational organization*, régie par les lois de District of Columbia le 2 février 1971.

[1668] Jusqu'au 30 avril 2012, l'*ABA* organisa la formation juridique continue en collaboration avec l'*American Law Institute* (*ALI*), cette formation étant connue en tant que *ALI-ABA Continuing Legal Education*.

revues professionnels[1670] ; (5) contribuer à la formation du droit, c'est-à-dire élaborer les lois modèles et les guides (manuels).

L'*American Bar Association* est organisée en sections, divisions, comités, centres, commissions, forums, départements et bureaux (*offices*)[1671].

A ce jour, l'*American Bar Association* comporte 22 sections[1672], y compris une section actuellement dénommée *Section of Business Law*, qui se concentre sur le droit des affaires[1673]. Cette section comprend plus de cinquante comités. L'un des comités est le *Committee on Corporate Laws* (le comité sur le droit des sociétés)[1674]. Il est composé du président (*chair*), du secrétaire, de vingt-quatre membres et d'environ vingt conseillers[1675].

[1669] *Model Code of Professional Responsibility* (1969) et *Model Rules of Professional Conduct* (1983) ont été adoptées dans presque tous les Etats. A ce jour, il est paru E.J. BENNETT, E. J. COHEN, M. WHITTAKER, Annotated Model Rules of Professional Conduct, 7th Ed. (2011).

[1670] Par exemple, l'*ABA* publie l'*ABA Journal* tous les mois ou le *Business Lawyer* tous les 3 mois.

[1671] V. *American Bar Association*, *Constitution and bylaws*, *Rules of Procedure of the House of Delegates*; le site officiel de l'*American Bar Association* (*ABA*) http://www.americanbar.org/groups/view_all_groups.html (la dernière visite: le 10 juillet 2013); R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, n°356 et s., pp. 330 et ss. ; A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 75.

[1672] *American Bar Association, Constitution and bylaws, Rules of Procedure of the House of Delegates*, Article 10, § 10.1 ; v. aussi le site officiel de l'*American Bar Association*, accessible sur http://www.americanbar.org/groups/sections.html (la dernière visite: le 10 juillet 2013). Pour la liste actuelle des sections, v. l'annexe n°9.5.3.

[1673] La section a été formée en 1940. La dénomination de la section changea : (1) De 1940 à 1943 – *Section of Commercial Law*; (2) de 1943 à 1947, *Section of Corporation, Banking and Mercantile Law* ; (3) de 1947 à 1988, *Section of Corporation, Banking and Business Law* ; (4) de 1988 à présent, *Section of Business Law*. v. R. A. BOOTH, *A Chronology of the Evolution if the MBCA*, 56 Bus. Law. 63 (2000-2001, Issue November 2000), pp. 63, 66. Conformément, (1) la *Section of Corporation, Banking and Business Law* figure dans la publication de la première édition révisée du « Corporate Director's Guidebook » (1978), et (2) la *Section of Business Law* figure dans les éditions subséquentes du *Corporate Director's Guidebook* (1994, 2001, 2004, 2007, 2011). Sur la section en général, v. A.TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, p. 103.

[1674] Avant 1953, le nom du comité a été *Committee on Business Corporations*. v. R. A. BOOTH, art. préc., p. 64.

[1675] Sur la composition du comité et les procédures au sein du comité v. Hamilton, art. préc., p. 1458; En 1974, le professeur Eisenberg critiqua la domination du comité par les *management lawyers* ainsi

Ce *Committee on Corporate Laws* est responsable pour le développement du *Model Business Corporation Act* et du *Corporate Director's Guidebook*. Aussi, il publie également *Handbook for the Conduct of Shareholders' Meetings*[1676].

365. Plan. — On examinera la *business judgment rule* dans le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) (Section1) et dans le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) (Section 2).

Section 1 — La *business judgment rule* dans le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*)

Section 2 — La *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*)

---

que l'absence de possibilités de commentaires des modifications proposées par les personnes en dehors du comité. v. M. A. EISENBERG, *The Model Business Corporation Act and the Model Business Corporation Act Annotated*, 29 Bus. L. 1407 (1974), pp. 1408-1410.

[1676] V. Le site officiel de l'*American Bar Association* (*ABA*) http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000 (la dernière visite: le 10 juillet 2013)

Section 1 — La *business judgment rule* dans le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) [1677]

366. *Uniform Business Corporation Act* (*UBCA*) de la *Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. — La *Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conférence nationale des commissaires aux lois uniformes), aussi connue sous le nom d'*Uniform Law Commission* (Commission de la loi uniforme) est l'association composée des délégués des Etats[1678]. Son but était « de promouvoir l'uniformité dans la législation entre les différents États sur des sujets dans lesquels l'uniformité est souhaitable et possible »[1679]. La Conférence élaborait plus de 300 lois uniformes, par exemple, l'*Uniform Partnership Act* (1914) ; l'*Uniform Limited Partnership Act* (1916, remplacé 1976) ; le *Revised Uniform Limited Partnership Act* (1976) et en collaboration avec l'*American Law Institute* (*ALI*), l'*Uniform Commercial Code* (1968-1981)[1680] ; l'*Uniform Limited Liability Company Act* (*ULLCA*) (1995, modifié en 1996 et 2000)[1681].

En 1928, la *Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a approuvé le *Uniform Business Corporation Act* (*UBCA*) qui n'a pas connu de succès[1682].

[1677] Pour la bibliographie sur le *Model Business Corporation Act*, v. l'Annexe 4.5.4.

[1678] La première assemblée eut lieu en 1892. La conférence est *non-profit unincorporated association*. v. le site officiel http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=Frequently%20Asked%20Questions (la dernière visite : le 18 juillet 2013). Cf. v. E. ZOLLER, *Le droit des Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 79. Selon cet auteur, la conférence a été créée en 1892.

[1679] *Conference of Commissioners on Uniform State Laws*/ *Uniform Law Commission*, *Constitution*, *Article 1* (« 1.1 NAME. This organization shall be known as the « National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. » The organization may also be known by the name of « Uniform Law Commission. » 1.2 PURPOSE. It is the purpose of the Conference to promote uniformity in the law among the several States on subjects as to which uniformity is desirable and practicable. » disponible sur le site officiel v. http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=Constitution (la dernière visite : le 18 juillet 2013).

[1680] L'*Uniform Commercial Code* (1968-1981) a été adopté dans tous les Etats (en Louisiance – partiellement). v. E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 79.

[1681] A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, Thèse Paris I, dir. J.-J. DAIGRE, Dalloz (2010), n°13 p. 12.

[1682] Il a été adopté substantiellement en totalité seulement par les deux Etats, à savoir, Louisiane et Washington. Il a été repris en grande partie seulement par les deux Etats, à savoir, l'Idaho et le

367. *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de l'*American Bar Association* (*ABA*). — En 1946, le comité de l'*American Bar Association* (*ABA*) soumit le *Model for State Business Corporation Act* (*MBCA*). La majorité des rédacteurs du modèle venant de l'Etat de l'Illinois, il n'est pas surprenant que le *Model for State Business Corporation Act* (*MBCA*) ait été fondé sur l'*Illinois Business Corporation Act of 1933*[1683]. Aussi, les autres lois sur les sociétés ont inspiré le *Model for State Business Corporation Acts*, par exemple, la loi de l'Indiana ; de la Pennsylvanie ; du Mississippi ; de l'Oklahoma et du Delaware. Au cours des années, le *MBCA* s'était inspiré par des lois sur les sociétés et de la jurisprudence du Delaware, tout en précisant les règles adoptées.

Le *Model Business Corporation Act* était constamment révisé[1684]. Les révisions les plus importantes ont eu lieu en 1950, 1953, 1969, 1971, 1974. Le *Model Business Corporation Act* a été rédigé de nouveau en 1984 (il est devenu le *Revised Model Business Corporation Act*). En 1994, l'adjectif *revised* a été abandonné. Les modifications ont été de plus en plus libérales.

La loi modèle contient des dispositions ayant un caractère supplétif (*enabling statute*). Les dispositions sont rédigées de façon précise (*bright-line rule*). Le but des rédacteurs du *Model Business Corporation Act* était de proposer le guide pour réviser et moderniser les lois des Etats, et par conséquent, la loi modèle pour harmoniser les lois des Etats.

Le *Model Business Corporation Act* n'avait pas de valeur obligatoire (*coercitive*) en lui-même. Cependant, il a été adopté par un grand nombre d'Etats (*Me-Too-*

Kentucky. Il inspira deux autres Etats, à savoir, Minnesota et Tennessee. En 1943, son nom a été changé à *Model Business Corporation Act*. En 1958, il a été abrogé. v. R. GARRETT, Model Business Corporation Act, Baylor L. Rev. 412 (1952), pp. 418, 420 ; B. HARRIS, Jr., *The Model Business Corporation Act – Invitation to Irresponsibility?*, 50 Nw. U. L. Rev. 1 (1955), p. 2, Note 4a. : « 9 UNIFORM LAws ANNOTATED (1954). This Act was adopted, with variations, by Ida., Ky., La., and Wash. Id. at 49. »

[1683] A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°13 p. 11.

[1684] E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1471.

States)[1685]. Pour les autres (*Go-It-Alone-States*), y compris le Delaware, il restait inspiration[1686]. Il était cité par les lois, par la jurisprudence fédérale, y compris par la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et par la jurisprudence étatique, ainsi que par la doctrine.

Le *Model Business Corporation Act* était apprécié pour avoir contribué au développement du droit des sociétés aux Etats-Unis[1687].

368. Autres Lois-Modèles de l'*American Bar Association* (*ABA*). — L'*American Bar Association* (*ABA*) élaborait d'autres lois modèles, par exemple, le *Model Statutory Close Corporation Supplement* (*MSCCS*) en 1982 pour les sociétés fermées[1688].

369. Plan. — On recherchera la *business judgment rule* dans les versions précédentes (§1) et dans la version actuelle du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) (§2).

[1685] Les Etats qui n'ont pas adopté le *Model Business Corporation Act* (*Go-It-Alone-States*) sont, par exemple, la Californie, le Delaware, la Pennsylvanie.

[1686] La révision de la loi sur les société du Delaware de 1967 s'est inspirée, (1) du rapport du professeur FOLK ; (2) des minutes de la commission de révision ; (3) de la jurisprudence du Delaware ; (4) ainsi que du *Model Business Corporation Act*.

[1687] R. GARETT, *op. cit.*, 1 ; GOLDSTEIN, *op. cit.*, 1474.

[1688] A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°13 p. 12

§ 1 — La *business judgment rule* dans la section 35 du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de 1974

370. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation (I) et analysera (II) la section 35 du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de 1974.

I — La formulation

371. La section 35 du *Model Business Corporation Act* a été publiée pour commentaire dans le *Business Lawyer* en avril 1974. Après les modifications mineures, elle a été approuvée par le *Committee on Corporate Laws* le 21 septembre 1974[1689].

372. On traduit la partie de la section 35 de la façon suivante :
« Un directeur devra accomplir ses devoirs en tant que directeur, y compris ses devoir en tant que membre d'un comité du conseil dans lequel il peut servir de bonne foi, de manière qu'il croit raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société et avec un tel soin qu'une personne ordinairement prudente dans une situation pareille utiliserait dans des circonstances similaires. […]
Une personne qui remplit ses fonctions d'une telle manière n'assume aucune responsabilité du fait d'être ou d'avoir été directeur de la société. [...] ».[1690]

II — L'analyse

373. Le commentaire de la section 35 du *Model Business Corporation Act* reconnaît que dans un certain nombre d'Etats les lois sur les sociétés ont introduit la

---

[1689] *Sub-committee on Functions and Responsibilities of Directors of the Committe of Corporate Laws* [*of the Section of Corporation, Banking and Business Law, of the American Bar Association* (*ABA*)], *Corporate Director's Guidebook*, 32 Bus. Law. 5 (1976-1977, Issue November 1976), Appendix A, Note, p. 41 [ci-après, *CDGB* (1976), *op. cit.*].

[1690] Pour l'original, voir l'Annexe n°5.1.

déclaration expresse d'un « standard de soin » des directeurs et/ou des *officers*. La section 35 du *Model Business Corporation Act* prévoit un « standard » selon lequel la performance des directeurs sera jugée[1691]. L'intention du comité a été de promovoir l'uniformité dans le développement législatif de standard des directeurs.

Le comité décide de ne pas appliquer la section 35 révisée aux *officers* qui ne sont pas des directeurs. Le comité reconnaît qu'un *officer* peut avoir le devoir de soin très similaire à un directeur, mais il peut avoir une obligation plus importante d'être familier avec les affaires de la société[1692].

En outre, le comité décide de ne pas utiliser le terme le « fiduciaire » (*fiduciary*). Le comité décide que les responsabilités fiduciaires des directeurs sont déjà comprises dans le standard adopté. Le comité considère que l'utilisation du terme « fiduciaire » peut introduire dans le droit des sociétés des pouvoirs et obligations d'un fiduciaire établis dans le droit des *trusts* de façon plus approprié[1693].

374. Selon le commentaire, ce standard de conduite d'un directeur prévu par la section 35 du *MBCA* de 1974 « constitue le devoir de soin s'appliquant aux directeurs (…), reflète le concept de bonne foi contenu dans ce qui s'appelle la *business judgment rule* et dans la mesure du possible établit des parallèles avec des dispositions d'indemnisation »[1694].

Le commentaire instruit que « la Section 35 incorpore le concept familier selon lequel si les critères de bonne foi et du devoir de soin sont satisfaits, un directeur ne devra pas être responsable pour une erreur honnête de jugement. » Ce concept est justifié implicitement par l'existence d'un risque et d'un droit à l'erreur[1695].

La question qui se pose est de savoir de quel « concept familier » le commentaire parle et pourquoi il ne le qualifie pas plus précisément. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir si le commentaire veut dire que la section 35 incorpore la

---

[1691] *Model Business Corporation Act*, *Section 35*, *Comment on Amendments to section 35 of the Model Business Corporation* v. *CDGB* (1976), *op. cit.*, *Comment*, pp. 42-47, p. 42. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.1.

[1692] *Ibid*., p. 44. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.2.

[1693] *Ibid*., p. 44. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.3.

[1694] *Ibid*., p. 42. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.4.

[1695] *Ibid*., p. 42. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.5.

business judgment rule.

375. Selon le *Corporate Director's Guidebook*, l'édition non officielle de 1976 et l'édition officielle révisée de 1978, le « standard » de conduite pour le directeur présenté par le *Model Business Corporation Act* dans la section 35 est « en partie, l'expression du devoir de loyauté (…) et en partie, l'expression flexible du devoir de soin »[1696].

376. Le *Model Business Corporation Act* et les éditions du *Corporate Director's Guidebook* expliquent les éléments de la section 35 du *Model Business Corporation Act*.

Concernant l'expression « de bonne foi », il est expliqué que cette expression signifie « honnêtement » ou « de manière honnête »[1697].

En ce qui concerne l'expression « il croit raisonnablement », il est expliqué que d'un côté, l'examen d'un comportement est subjectif (c'est lui qui croit) et d'un autre côté, l'examen d'un comportement est objectif (il doit croire raisonnablement)[1698].

En ce qui concerne l'expression « les meilleurs intérêts de la société », il est expliqué qu'il s'agit d'un élément du devoir du loyauté et que les intérêts des propriétaires de la société (des actionnaires) sont fusionnés avec les intérêts de la société de façon interchangeable[1699].

[1696] *Ibid*., pp. 14-15. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.6. V. aussi *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Corporation, Banking and Business Law, Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook, Revised Edition*, 33 Bus. Law. 1591 (1977-1978, Issue April 1978). Cette publication reste considérée officiellement en tant que la première édition du *Corporate Director's Guidebook*, pp. 1600-1601. [ci-après, *CDGB* 1978, *op. cit.*] Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.6.

[1697] En ce qui concerne la partie en cause, l'édition non officielle de 1976 et l'édition officielle de 1978 sont identiques. v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, p. 15. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.7.

[1698] En ce qui concerne la partie en cause, l'édition non officielle de 1976 et l'édition officielle de 1978 sont identiques. v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, p. 15 et *CDGB* 1978, *op. cit.*, p. 1601. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.8.

[1699] En ce qui concerne la partie en cause, l'édition non officielle de 1976 et l'édition officielle de 1978 sont rédigées de façon différente. La différence est mineure. v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, p. 15 et *CDGB* 1978, *op. cit.*, p. 1601. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.9.

En ce qui concerne le terme le « soin » (*care*), on considère que le terme la « diligence » est englobé par le terme le « soin » et le terme la compétence (*skill*) au sens technique n'est pas exigé[1700]. Le Corporate Director's Guidebook ajoute que le terme « soin » inclut l'expression législative du devoir d'attention[1701].

Concernant l'expression « un homme ordinairement prudent » (*an ordinarily prudent person*), il est expliqué qu'il ne s'agit pas d'un homme d'affaires prudent ; que la priorité n'est pas la préservation des actifs ; que la nécessité est l'innovation et que les attributs d'un directeur sont le bon sens, la sagesse pratique et le jugement informé[1702].

En ce qui concerne l'expression « dans une situation pareille » (*in a like position*), il est expliqué qu'il s'agit d'un homme ordinairement prudent placé dans une situation d'un directeur de la société déterminée[1703].

Concernant l'expression « sous les circonstances similaires » (*under similar circumstances*), il est expliqué que « la nature et l'étendue de la surveillance » varieront et que les facteurs à prendre en compte sont, par exemple, la taille, la complexité, la location des activités, le temps d'action ou d'absence d'action, le contexte spécial et les qualifications d'un directeur particulier[1704].

[1700] *Model Business Corporation Act* (issu de la révision approuvée en 1974), *Section 35*, *Comment on Amendments to section 35 of the Model Business Corporation Act,* v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, pp. 42-47, p. 43-44. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.10.

[1701] En ce qui concerne la partie en cause, l'édition non officielle de 1976 et l'édition officielle de 1978 sont identiques. v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, p. 15 et *CDGB* 1978, *op. cit.*, p. 1601. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.11.

[1702] *Model Business Corporation Act* (issu de la révision approuvée en 1974), *Section 35*, *Comment on Amendments to section 35 of the Model Business Corporation Act* v. *CDGB* 1976, *op. cit.*, *Comment*, pp. 42-47, p. 44. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.12.

[1703] *Model Business Corporation Act* (issue de la révision approuvée en 1974), *Section 35*, *Comment on Amendments to section 35 of the Model Business Corporation Act* v. CDGB 1976, *op. cit.*, *Comment*, pp. 42-47, p. 44. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.1.13.

[1704] *Model Business Corporation Act* (issue de la révision approuvée en 1974), *Section 35*, *Comment on Amendments to section 35 of the Model Business Corporation Act* v. CDGB 1976, *op. cit.*, *Comment*, pp. 42-47, p. 44.

377. Conclusion § 1. — La Section 35 s'applique aux directeurs et ne s'applique pas aux *officers*. La Section 35 énonce le standard de conduite (*standard of conduct*) qui est identique au standard de responsabilité (*standard of liability*/ *standard of revision*).

378. Plan. — Après avoir examiné la *business judgment rule* dans la section 35 du *Model Business Corporation Act* de 1974, on examinera la *business judgment rule* dans la section 8.30 et 8.31 du *Model Business Corporation Act* en vigueur.

§ 2 — La *business judgment rule* dans l'édition en vigueur du *Model Business Corporation Act*

379. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on examinera les standards de conduite (I) et les standards de responsabilité (II) dans le *Model Business Corporation Act*, l'édition actuelle.

I — Les standards de conduite (*Standards of Conduct*)

380. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation et analysera les standards de conduite des directeurs (A) et des *officers* (B).

A — Les standards de conduite des directeurs (*Standards of Conduct of Directors*)

381. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation (1) et analysera les standards de conduite des directeurs (2).

1 — La formulation

382. La section 8.30 du *Model Business Corporation Act* s'intitule les standards de conduite pour les directeurs (*Standards of Conduct of Directors*).
On traduira cette partie de la façon suivante :
« § 8.30 *Standards* de conduite des directeurs
(a) Chaque membre du conseil des directeurs, dans l'exercice des devoirs du directeur, doit agir: (1) de bonne foi et (2) de manière que le directeur croit raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société.
(b) Les membres du conseil des directeurs ou d'un comité du conseil, en devenant informés dans leur fonction de décision ou accordant une attention à leur fonction de surveillance, doivent exercer leurs fonctions avec le soin qu'une personne dans une telle position aurait raisonnablement cru

approprié dans des circonstances similaires […] »[1705].

2 — L'analyse

383. Selon le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31), les sections 8.30(a) et (b) établissent les standards de conduite qui sont centraux pour le rôle des directeurs[1706].

Le standard de conduite proposé par la section 8.30 (b) est qualifié de devoir de soin. Selon ce commentaire, le terme « soin » suggère l'analyse fondée sur le droit de la responsabilité (*tort law*/*negligence*)[1707]. Le degré de soin exigé est objectif. Il s'agit de soin que la personne dans la même position aurait raisonnablement cru approprié dans les circonstances similaires.

Le standard de conduite proposé par la section 8.30 (a) peut être qualifié de devoir de loyauté.

Si le directeur exerce les devoirs de la section 8.30, il ne sera pas responsable, sans regard des résultats de ses actions ou omissions.

Selon ce commentaire, l'examen de responsabilité n'est pas concentré sur le résultat[1708]. Le commentaire ne distingue pas entre les obligations de moyens et les obligations de résultat.

Le commentaire justifie cette approche par la prise en compte des difficultés des décisions des affaires qui doivent mettre en balance des risques et des intérêts[1709] ou des difficultés de l'avantage du jugement *a posteriori* (*benefit of hindsight*)[1710].

[1705] Pour l'original, voir l'Annexe n°5.1.2.

[1706] *Model Business Corporation Act*, le commentaire officiel de la sous-section § 8.31 dans *Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms*, 2098—2099 (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), p. 834 [ci-après, *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*]. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.1.

[1707] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 834. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.2.

[1708] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.3.

[1709] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.4.

[1710] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.5.

384. Si le directeur n'exerce pas les devoirs de façon exigée par la section 8.30, il ne sera pas automatiquement responsable. Il sera responsable s'il n'exerce pas les devoirs de façon exigée par la section 8.31[1711].

385. Selon le président de l'*American Law Institute* (*ALI*) à l'époque, les versions expérimentales de la section 8.30 du *(Revised) Model Business Corporation Act* contenaient une formulation de la *business judgment rule*, qui était proche des formulations contenues dans les versions expérimentales de l'*American Law Institute* (*ALI*). Cependant, cette formulation de la *business judgment rule* dans la section 8.30 du *(Revised) Model Business Corporation Act* a été supprimée[1712].

Selon le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section § 8.31), les standards de conduite prévus par la section 8.30 ne codifient pas la *business judgment rule*[1713].

386. Après avoir recherché la *business judgment rule* dans les standards de conduite des directeurs, on recherchera la *business judgment rule* dans les standards de conduite des *officers*.

[1711] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.6.

[1712] R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, 41 Bus. Law. 1195 (1986), p. 1209. Pour l'extrait de l'article, voir l'Annexe n°5.1.2.7.

[1713] *MBCA comment*., *op. cit.*, p. 837. Pour l'extrait de l'article, voir l'Annexe n°5.1.2.8.

B — Les standards de conduite des *officers* (*Standards of Conduct of Officers*)

387. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation (1) et analysera les standards de conduite des *officers* (2).

1 — La formulation

388. La section 8.42 du *Model Business Corporation Act* s'intitule les standards de conduite pour les *officers* (*Standards of Conduct for Officers*).

On traduira cette partie de la façon suivante :

« (a) Un *officer*, agissant dans cette capacité, a le devoir d'agir:
(1) de bonne foi;
(2) avec le soin qu'une personne dans une telle position aurait raisonnablement exercé dans des circonstances similaires;
(3) de manière que l'*officer* croit raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société.

(b) Le devoir d'un *officer* inclut l'obligation:
(1) d'informer l'*officer* supérieur ou le conseil des directeurs, ou le comité de celui-ci, sur les affaires dans la limite des fonctions de l'*officer* etsur les affaires importantes selon cet *officer* pour cet *officer* supérieur, ce conseil ou ce comité, et
(2) d'informer son *officer* supérieur ou une autre personne compétente dans la société, ou le conseil des directeurs, ou un comité de celui-ci, de toute violation importante de la loi, actuelle ou probable, concernant la société, ou de la violation importante du devoir à la société par un *officer*, un employé ou un agent de la société, que l'*officer* croit pouvair se produire ou qu'il risque de se produire[1714].

[1714] Pour l'original, voir l'Annexe n°5.1.2.9.

2 — L'analyse

389. Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.42) confirme que conformément aux principes de l'*agency* qui s'appliquent aux employés de la société, les *officers* sont tenus d'exercer les devoirs d'obéissance, de loyauté et de soin. Ce commentaire cite le Restatement de l'*Agency*[1715].

390. La section 8.42(b)(1) concerne l'information sur les affaires qui devait être transmise par les canaux réguliers de l'*officer*[1716].
La section 8.42(b)(2) concerne la violation de la loi ou des devoirs. La personne appropriée qui en devait être informée dans la société peut être (i) l'*ombudsman*; (ii) l'*officer* responsable de l'éthique ; (iii) l'auditeur interne ; (iv) le conseiller général ou une autre personne[1717].
Selon le commentaire, le terme « important » (*material*) signifie le standard qualitatif et quantitatif[1718]. Le commentaire explique que le devoir prévu à la section 8.42 (b) est déclenché par la croyance subjective de l'*officer* que la violation importante de la loi ou du devoir effectivement ou probablement a eu lieu ou est susceptible d'avoir lieu[1719].

391. Conclusion I. — En ce qui concerne le standard de conduite (*standard of conduct*), la section 8.30 s'applique aux directeurs et la section 8.42 s'applique aux *officers*. Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.42) admet qu'en général, les standards de conduite des directeurs et *officers* sont similaires[1720].
Les similitudes dans les standards de conduite des directeurs et des *officers* sont la bonne foi, la croyance raisonnable dans les meilleurs intérêts de la société et le soin attendu de la personne dans une telle position.

[1715] *MBCA comment*. § 8.42, *op. cit.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.10.

[1716] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.11.

[1717] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.12.

[1718] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.13.

[1719] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.14.

[1720] *Ibid.* Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.15.

Les différences dans les standards de conduite des directeurs et des *officers* sont le degré de soin exigé et l'obligation de divulgation de l'information.

392. Après avoir recherché la *business judgment rule* dans les standards de conduite des directeurs et des *officers*, on recherchera la *business judgment rule* dans les standards de responsabilité des directeurs et des *officers*.

II — Les standards de responsabilité (*Standards of Liability*)

393. La section 8.31 du *Model Business Corporation Act* s'intitule les standards de responsabilité pour les directeurs (*Standards of Liability for Directors*) (A). La section 8.42 du *Model Business Corporation Act* s'intitule les standards de conduite pour les *officers* (*Standards of Conduct for Officers*) (B).

A — Les standards de responsabilité des directeurs (*Standards of Liability of Directors*)

394. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation (1) et analysera les standards de responsabilité des directeurs (2).

1 — La formulation

395. On traduit la section 8.31 du *Model Business Corporation Act*, l'édition actuelle, de la façon suivante :

(a) Un directeur ne sera pas responsable à l'égard de la société ou ses actionnaires pour toute décision de prendre ou de ne pas prendre l'action, ou pour toute omission de prendre l'action, en tant que directeur
à moins que la partie demandant la responsabilité dans la procédure établisse que […]
(2) la conduite contestée consistait ou était le résultat:
(i) d'une action qui n'était pas de bonne foi;
(ii) d'une décision
A. dont le directeur ne croyait pas raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société, ou
B. sur laquelle le directeur n'était pas informé dans la mesure où le directeur croyait raisonnablement appropriée dans les circonstances; ou
(iii) d'un manque d'objectivité en raison de la relation familiale, financière ou commerciale du directeur ou

d'un manque d'indépendance en raison de la domination ou du contrôle sur le directeur par une autre personne ayant un intérêt important (matériel) dans la conduite contestée

A. il s'agit d'une relation ou d'une domination dont on peut raisonnablement attendre qu'elle affecte le jugement du directeur relatif à la conduite contestée de manière défavorable à la société et

B. après une attente raisonnable à cet effet a été établie, le directeur n'établit pas que la conduite contestée était raisonnablement crue être dans les meilleurs intérêts de la société; ou

(iv) d'une omission prolongée du directeur de consacrer une attention à la surveillance continue des affaires de la société, ou

d'une omission de consacrer une attention à temps en faisant (ou faisant faire) une enquête appropriée, lorsque les faits et les circonstances de portée significative se matérialisent qui auraient alerté un directeur raisonnablement attentif à une telle nécessité ; ou

(v) la réception d'un bénéfice financier auquel un directeur n'avait pas droit ou d'une autre violation des devoirs du directeur de traiter justement avec la société et ses actionnaires qui est susceptible d'une action en justice en vertu du droit applicable.[1721]

2 — L'analyse

396. Sens. — Si le directeur n'exerce pas les devoirs de la section 8.30, il ne sera pas automatiquement responsable. Il sera responsable s'il n'exerce pas les devoirs de la section 8.31[1722].

397. Bonne foi (*good faith*). — Selon le *Model Business Corporation Act* (commentaire de la section 8.31), l'expectation que la conduite d'un directeur sera de bonne foi est un élément fondamental de ses devoirs.

Le commentaire a cité la jurisprudence du Delaware pour expliquer qu'un manque de

[1721] Pour l'original, voir l'Annexe n°5.1.2.16.

[1722] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 834. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.17.

bonne foi ou la mauvaise foi est constitué quand le conseil manque une intention d'avancer le bien-être de la société, un but de la transaction est autre que celui d'avancer le bien-être de la société ou la transaction constitue une violation du droit positif[1723].

Selon le commentaire, un manque de bonne foi ou la mauvaise foi est présent si les autres éléments de la section 8.31 (a) (2) sont prouvés[1724] ou en cas de violation de la loi ou des statuts[1725] ou en cas d'abus de discrétion[1726], ou en cas de conflit d'intérêts[1727].

398. Croyance raisonnable dans les meilleurs intérêts de la société (*reasonable belief in the best interests of the corporation*). — La section 8.30 exige que le directeur croie raisonnablement que sa décision est dans les meilleurs intérêts de la société[1728]. Il s'agit d'une croyance d'un directeur déterminé (l'examen subjectif) qui doit être raisonnable (l'examen objectif)[1729].

399. Croyance raisonnable dans l'étendue appropriée de l'information dans les circonstances (*reasonable belief that the extent of the information is appropriate in the circumstances*). — Selon la section 8.30, le directeur doit être informé et doit croire que l'étendue de son information soit raisonnablement appropriée aux circonstances[1730]. Il s'agit d'une croyance subjective qui doit être raisonnable (l'examen objectif)[1731].

400. Manque d'objectivité ou d'indépendance (*lack of objectivity or independence*). — Selon le *Model Business Corporation Act* (le commentaire

---

[1723] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 840-841. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.18.

[1724] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 841. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.19.

[1725] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 840-841. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.20.

[1726] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.21.

[1727] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.22.

[1728] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 841. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.23.

[1729] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir les Annexes n°s 5.1.2.24 et 5.1.2.25.

[1730] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir l'Annexe n°5.1.2.26.

[1731] *Ibid*. Pour l'extrait du commentaire, voir les Annexes n°s 5.1.2.27 et 5.1.2.28.

officiel), si un directeur a une relation familiale, financière ou des affaires avec une autre personne ayant un intérêt important (matériel) dans la transaction, ou si un directeur est dominé ou contrôlé par une autre personne ayant un tel intérêt matériel, il y a un risque qu'un intérêt en conflit ou une loyauté divisée affectera le jugement d'un directeur[1732].

Si la matière en cause concerne une transaction avec conflit d'intérêts d'un directeur au sens des sections 8.60(2) et (3), la section 8.61 s'applique[1733]. Sinon, le manque d'objectivité en raison d'une relation influente sur le jugement d'un directeur sera évalué en vertu de la section 8.31[1734].

Quand une personne qui conteste la conduite d'un directeur peut établir qu'une relation ou une domination pouvait de façon raisonnable affecter le jugement d'un directeur relatif à une matière en question de façon adverse à la société, un directeur aura la possibilité d'établir que son action a cru être de façon raisonnable dans les meilleurs intérêts de la société[1735].

Selon le commentaire officiel, le caractère raisonnable de la croyance d'un directeur dans les meilleurs intérêts de la société relative à l'action devait être évaluée sur le fondement de la croyance honnête et de bonne foi, mais aussi sur le fondement des considérations de justice de la transaction pour la société ou autres conduites concernant la société en question[1736].

401. Intérêt important (*material interest*). — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) observe qu'en ce qui concerne un intérêt direct d'un directeur, c'est-à-dire un profit financier auquel un directeur n'a pas droit, il n'y a pas de seuil d'importance (de matérialité) qui s'applique pour mesurer ce profit financier[1737]. Concernant, un intérêt d'une autre personne dans la transaction, il y a un seuil d'importance (de matérialité) qui s'applique pour mesurer cet intérêt[1738].

[1732] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 841-842. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.29.

[1733] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.30.

[1734] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.31.

[1735] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.32.

[1736] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 842. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.33.

[1737] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.34.

[1738] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.35.

402. Inattention prolongée (*sustained inattention*). — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) reconnaît que le rôle d'un directeur implique deux fonctions principales, à savoir la prise de décision et la surveillance[1739].

La fonction de prise de décision concerne, en général, l'action prise à un instant. La fonction de surveillance concerne l'action continue de contrôle des activités et des affaires de la société sur une période de temps[1740].

Il est intéressant de noter que selon le commentaire officiel, la fonction de surveillance comprend les deux devoirs, c'est-à-dire un devoir d'attention continue[1741] et un devoir d'enquête[1742] seulement en cas de faits et de circonstances particuliers éveillant des soupçons. Le commentaire cite la jurisprudence de New Jersey[1743].

Le commentaire officiel observe que l'omission prolongée d'exercer la surveillance fautive a été qualifiée par la jurisprudence, en général, en tant qu'abdication et négligence continue du devoir d'attention d'un directeur, et non pas une brève distraction ou une interruption temporaire[1744].

403. Autres violations des devoirs des directeurs (*other breaches of a director's duties*). — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) rappelle que la section 8.31(a)(2)(v) comprend les autres violations de devoirs de la *comman law* susceptibles de mettre en œuvre la responsabilité personnelle des directeurs, par exemple, l'utilisation non autorisée de biens sociaux ou d'information ; la concurrence déloyale avec la société ; la diversion de l'opportunité de la société[1745].

404. Justice (*fairness*). — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) rappelle que le concept de justice (*fairness*) s'applique si la

---

[1739] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 842-843. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.36.

[1740] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.37.

[1741] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.38.

[1742] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.39.

[1743] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.40.

[1744] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.41.

[1745] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 843. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.42.

présomption de la *business judgment rule* est renversée ou en cas de violation du devoir de loyauté. Ce commentaire rappelle que le concept de justice peut prendre en compte le prix juste et le traitement juste.

Le commentaire n'explique pas pourquoi le concept de justice s'applique seulement quand la *business judgment rule* ne s'applique pas[1746].

405. Collégialité. — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) prend en compte que le conseil des directeurs est un organe collégial. Si un directeur n'exerce pas les devoirs prévus par la section 8.31 (a)(2)(ii)(B), c'est-à-dire si un directeur n'est pas informé sur la décision, le vote favorable d'un quorum des directeurs informés, en principe, protégerait ce directeur contre la responsabilité personnelle[1747].

Si un directeur peut être en conflit d'intérêts, il doit divulguer les faits et se retirer de la réunion ou s'abstenir des délibérations et du vote[1748].

406. Autres conditions de la responsabilité. — Le *Model Business Corporation Act* (commentaire officiel de la section 8.31) rappelle que le demandeur qui a établi que la conduite du directeur est susceptible de le rendre responsable en vertu de la section 8.31(a), doit aussi établir que le dommage mesurable en argent a été subi par la société ou ses actionnaires et que la conduite d'un directeur a été la cause de proximité (*proximate cause*) de ce dommage[1749].

407. Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) explique que la section 8.31 concerne la responsabilité personnelle des directeurs à l'égard de la société ou ses actionnaires en vertu du *Model Act* et ne limite pas la responsabilité personnelle des directeurs en vertu d'une autre loi, par exemple, le *Securities Act* de 1933 ou le *Securities Exchange Act* 1934[1750]. Le *Model*

[1746] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 843-844. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.43. ; MBCA comment. § 8.31 (c), *op. cit.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.48.

[1747] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, pp. 843-844. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.44.

[1748] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.45.

[1749] *MBCA comment*. § 8.31 (b), *op. cit.* Pour l'extrait, voir les Annexes n°s 5.1.2.46 et 5.1.2.47.

[1750] *MBCA comment*. § 8.31 (c), *op. cit.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.49.

Business Corporation Act (le commentaire officiel de la section 8.31) explique que le *Model Business Corporation Act*, outre la section 8.31, contient certaines dispositions particulières sur la responsabilité personnelle des directeurs[1751].

408. Qualification de la *business judgment rule*. — Le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.31) parle de la *business judgment rule*. Il présente sa genèse en tant que concept prétorien. Il présente les formulations de la règle proposées par la jurisprudence du Delaware[1752]. Il reprend la qualification jurisprudentielle selon laquelle la *business judgment rule* est la règle procédurale relative à la preuve, ainsi que la règle substantielle relative au droit[1753]. Il rapelle aussi la proposition doctrinale de distinguer la *business judgment rule* de la *business judgment doctrine*. Cependant, il observe qu'en tout cas, les éléments de la règle sont les mêmes et que la jurisprudence n'a pas appliqué cette proposition[1754].

Parmi les différentes formulations de la règle, il cite celle proposée par l'*American Law Institute* (*ALI*), dans ses *Principes*, la section 4.01(c) et la commente[1755].

Le commentaire mentionne que la règle se concentre sur le procès de la prise de décision. Le commentaire rappelle la jurisprudence du Delaware et son interprétation de cette jurisprudence selon laquelle le contenu substantiel de la décision ne sera pas examiné sauf abus de discrétion[1756]. Le commentaire estime que l'abus de discrétion peut être constitué par l'irrationalité et compare cet avis avec la jurisprudence selon laquelle la décision irrationnelle ne met pas en cause la responsabilité personnelle du directeur si le processus de la décision a été rationnel ou de bonne foi[1757].

Selon le commentaire, la section 8.31 ne codifie pas la *business judgment rule*, mais elle reconnaît la doctrine de la *common law* et guide son application[1758].

Alors, pourquoi cette reconnaissance de la doctrine de la *common law* et cet

---

[1751] *Ibid.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.50.

[1752] *Ibid.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.51.

[1753] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.*, p. 839. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.52.

[1754] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.53.

[1755] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.54.

[1756] *MBCA comment*., *op. cit.*, p. 840. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.55.

[1757] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.56.

[1758] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.57.

éclaircissement de son application ne constituent pas une codification de la *business judgment rule* ? Comment doit être rédigée la section 8.31 pour constituer une codification de la *business judgment rule* ?

Le commentaire estime que les éléments de la *business judgment rule* et les circonstances de son application sont toujours développés par les cours, et il donne comme exemple l'application nouvelle de la règle aux situations de changement de contrôle et au contentieux. C'est pourquoi, le commentaire estime qu'une formulation législative de la règle aurait bloqué son développement[1759].

A notre avis, cette justification peut être critiquée parce que les constructions prétoriennes se développent, même en présence des formulations législatives.

Tout en répétant que la section 8.31 ne codifie pas la *business judgment rule*, le commentaire admet que la section 8.31 (a) (2) codifie les éléments principaux de la *business judgment rule*[1760]. Alors, quels éléments de la *business judgment rule* ne sont pas codifiés dans la section 8.31 ?

A notre avis, les rédacteurs n'ont pas admis qu'ils ont proposé une formulation de la *business judgment rule*.

409. Après avoir recherché la *business judgment rule* dans les standards de responsabilité des directeurs, on recherchera la *business judgment rule* dans les standards de responsabilité des *officers*.

[1759] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.58.

[1760] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.59.

B — Les standards de responsabilité des *officers* (*Standards of Liability of Officers*)

410. Plan. — En recherchant la formulation de la *business judgment rule*, on présentera la formulation (1) et analysera les standards de responsabilité des *officers* (2).

1 — La formulation

411. On traduit le *Model Business Corporation Act*, la section 8.42(d) de la façon suivante :

« (d) Un *officer* ne sera pas responsable à l'égard de la société ou ses actionnaires pour toute décision de prendre une action ou de ne pas prendre une action ou pour toute omission de prendre une action, en tant qu'*officer*, si les devoirs de l'*officer* sont exercés en conformité avec cette section.

La responsabilité d'un *officer* qui ne se conforme pas avec cette section dépend du droit applicable, y compris des principes de la section 8.31 qui s'appliquent »[1761].

2 — L'analyse

412. Si un *officer* respecte les standards de la section 8.42(d), il ne sera pas responsable à l'égard de la société ou ses actionnaires[1762].

Si un *officer* ne respecte pas les standards de la section 8.42(d), il ne sera pas automatiquement responsable. La section 8.31 s'applique[1763].

413. En outre, le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.42) admet que la *business judgment rule* s'applique, en général, au pouvoir

---

[1761] Pour l'original, voir l'Annexe n°5.1.2.60.

[1762] *MBCA comment*. § 8.42, *op. cit.*, p. 840. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.61.

[1763] *MBCA comment*. § 8.42(d), *op. cit.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.62.

(à l'autorité) discrétionnaire des *officers*[1764].

414. De plus, le *Model Business Corporation Act* (le commentaire officiel de la section 8.42) admet que la responsabilité des *officers* peut résulter du fait personnel ou du fait d'un tiers sous leur surveillance[1765].

415. Le commentaire officiel de la section 8.42 conclut que le commentaire officiel de la section 8.30 s'applique aussi aux *officers*[1766].

416. Conclusion II. — En ce qui concerne le standard de responsabilité (*standard of liability*), la section 8.31 s'applique aux directeurs et la section 8.42, et, par référence, la section 8.31 s'applique aux *officers*.
Les standards de responsabilité des directeurs et des *officers* sont ainsi similaires.
Si les directeurs et/ou les *officers* exercent les devoirs exprimés dans les sections 8.30 et 8.42 respectivement (*standards of conduct*), ils ne seront pas responsables.
S'ils n'exercent pas ces devoirs, ils ne seront pas automatiquement responsables. Pour mettre en cause leur responsabilité, il doit être démontré qu'ils n'ont pas exercé les devoirs exprimés dans la section 8.31 (*standards of liability*).

417. Conclusion § 2. — Les standards de conduite pour les directeurs (*MBCA*, 8.30) et pour les *officers* (*MBCA*, 8.42 (a)) sont similaires. Les standards de responsbailité pour les directeurs (*MBCA*, 8.31) et pour les *officers* (*MBCA*, 8.42 (d), et par référence, *MBCA*, 8.31) sont similaires. Les standards de conduite et de responsabilité diffèrent entre eux[1767]. Il semble que les standards de responsabilité soient plus limités, notamment quant au devoir de soin, à savoir la limitation au devoir d'information ou d'attention, et quant au devoir de loyauté, à savoir limitation à certains conflits d'intérêts.

[1764] *MBCA comment*. § 8.42, *op. cit.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.63.

[1765] *Ibid.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.64.

[1766] *Ibid.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.65.

[1767] V. l'analyse pourquoi et comment les standards de conduite et de responsabilité diffère en droit des sociétés aux Etats-Unis, Melvin A. Eisenberg, *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*, 62 Fordham L. Rev. 437 (1993).

CONCLUSION DE LA SECTION 1

418. On a examiné les dispositions proposées par le *Model Business Corporation Act* en matière de la responsabilité personnelle des dirigeants, c'est-à-dire la section 35 de 1974 relative seulement aux directeurs et les sections 8.30, 8.31 et 8.42 de 1998 relatives aux directeurs et *officers*.

419. La section 35 utilise l'expression la « personne ordinairement prudente » (*ordinarily prudent person*) faisant référence au critère objectif[1768].
La section 8.30 applicable aux directeurs et la section 8.42 applicable aux *officers* n'emploient plus cette expression, mais emploient le terme la « personne » (*person*). Ces dispositions ont omis d'exiger que la personne soit ordinairement prudente. La modification va dans un sens plus libéral.

420. En vertu de la section 35, si un directeur accomplit ses devoirs conformément, il ne sera pas responsable. La section 35 propose un seul standard, qui est à la fois le standard de conduite et de responsabilité.
La section 8.30, dans la version de 1998 explique comment le directeur doit agir. La section 8.31 dispose qu'un directeur ne sera responsable que s'il viole le standard exigé par l'article 8.31. Autrement dit, la section 8.30 propose le standard de conduite et la section 8.31 propose le standard de responsabilité. La question est de savoir quelle est la différence entre les deux standards et pourquoi existe-t-elle. Par exemple, la section 8.30 dispose qu'un directeur doit agir avec le soin qu'une personne dans la situation pareille aurait exercé dans les circonstances d'espèce et la section 8.31 dispose qu'un directeur n'est responsable, entre autres, que s'il ne croyait pas être informé de façon raisonnable et approprié dans les circonstances d'espèce. Les éléments de standard de conduite semblent être plus larges que les éléments de standard de conduite.

[1768] *MBCA comment*. § 8.31, *op. cit.* Pour l'extrait, voir l'Annexe n°5.1.2.66.

421. Après avoir recherché la *business judgment rule* dans le *Model Business Corporation Act*, on recherchera la *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook*.

Section 2 — La *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*)

422. Auteur. — Le *Sub-committee on Functions and Responsibilities of Directors* (le Sous-comité sur les Fonctions et Responsabilités des Directeurs)[1769] du *Committee on Corporate Laws* a publié le document intitulé *The Corporate Director's Guidebook* dans le *Business Lawyer* en 1976[1770]. Le *Committee on Corporate Laws* a publié l'édition révisée de ce document dans le *Business Lawyer* en 1978[1771] et ses cinq éditions subséquentes dans le *Business Lawyer* en 1994, 2001, 2004, 2007 et 2011[1772].

423. Objectif. — Le Professeur Tunc a précisé qu'il s'agissait d'un guide (manuel) « à l'intention des membres et futurs membres » qui contient « des conseils, ce qu'étaient leurs fonctions et leurs responsabilités, quelles considérations ils devaient examiner avant d'accepter leurs fonctions et quelles précautions ils devaient prendre au moment de les exercer »[1773].

[1769] Le sous-comité était présidé par Joseph HINSEY IV, à l'époque avocat specialisé en droit des affaires et des valeurs mobilières, qui est devenu le professeur du droit des affaires (H. Douglas Weaver Professor of Business Law) à la *Harvard University Graduate School of Business Administration*. v. aussi le site officiel de la *Harvard University Graduate School of Business Administration*, accessible sur http://www.hbs.edu/faculty/Pages/profile.aspx?facId=6812 (la dernière visite : le 10 juillet 2013).

[1770] *Sub-committee on Functions and Responsibilities of Directors of the Committe of Corporate Laws* [*of the Section of Corporation*, *Banking and Business Law*, *of the American Bar Association* (*ABA*)], *Corporate Director's Guidebook*, 32 Bus. Law. 5 (1976-1977, Issue November 1976). Le document n' a pas été, officiellement, l'expression du *Committee on Corporate Laws*. [ci-après, *CDGB* (1976), *op. cit.*, _].

[1771] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Corporation*, *Banking and Business Law*, *Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook*, *Revised Edition*, 33 Bus. Law. 1591 (1977-1978, Issue April 1978). Cette publication reste considérée officiellement comme la première édition du *Corporate Director's Guidebook*. [ci-après, *CDGB* (1978), *op. cit.*, _].

[1772] Pour la liste de toutes les éditions du *Corporate Director's Guidebook*, voir l'Annexe n°5.2.1.

[1773] A.TUNC, Le droit américain des sociétés anonymes, *op. cit.*, p. 103.

424. On examinera la *business judgment rule* dans les éditions précédentes du *Corporate Director's Guidebook* (§1), ainsi que dans l'édition actuelle du *Corporate Director's Guidebook* (§2).

§ 1 — La *business judgment rule* dans les éditions précédentes du *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*)

425. La *business judgment rule* dans l'édition non officielle du *Corporate Director's Guidebook* de 1976[1774]. — Le *Corporate Director's Guidebook* publié en 1976 expose, dans une deuxième partie consacrée au devoir de soin (à la *duty of care*), la sous-partie C intitulée *Decision Making-The Business Judgment Rule* (le processus de décision – la *business judgment rule*).

426. On traduit cette sous-partie de la façon suivante : « Reconnaissant que, conformément à l'orientation vers les bénéfices par la société d'affaires, le jugement des affaires implique inévitablement l'évaluation et la prise en charge du risque, et reconnaissant que la fonction d'un directeur de société, en tant que tel, ne requiert pas l'engagement à temps complet aux affaires de l'entreprise, le directeur de société néanmoins prend souvent des décisions importantes qui peuvent éventuellement se révéler erronées. Une grande mesure de protection pour le directeur qui exerce son jugement de bonne foi se trouve dans la *business judgment rule*. Bien que ne faisant pas partie du cadre législatif, cette notion juridique est bien établie dans la jurisprudence de la plupart des juridictions. En examinant les décisions des directeurs qui ont exercé le jugement libre et indépendant, les cours ont été extrêmement opposées (*reluctant*) à décider que les directeurs ont agi négligemment. Reconnaissant que les décisions des affaires peuvent être simples de façon irréaliste quand elles sont examinées à une date ultérieure et exprimant une réticence à substituer leur jugement à celui des directeurs, les cours se sont généralement abstenues de remettre en

---

[1774] *Sub-committee on Functions and Responsibilities of Directors of the Committe of Corporate Laws* [*of the Section of Corporation*, *Banking and Business Law*, *of the American Bar Association* (*ABA*)], *Corporate Director's Guidebook*, 32 Bus. Law. 5 (1976-1977, Issue November 1976) [ci-après, *CDGB* (1976), *op. cit.*, _].

question la sagesse des décisions du conseil. Pour que la *business judgment rule* s'applique, les directeurs doivent avoir agi de bonne foi, dans les limites (*within*) des pouvoirs de la société et dans la poursuite légale et légitime de ses buts (*purpose*) et doivent avoir exercé leur jugement des affaires de façon honnête après une réflexion mûre (*due consideration*) sur ce qu'ils croient raisonnablement être les facteurs pertinents »[1775].

427. Cette sous-partie utilise explicitement l'expression la *business judgment rule* dans le titre et à l'intérieur du texte. Elle confirme que la *business judgment rule* a été reconnue dans la plupart des juridictions des Etats et qu'elle n'a pas été reconnue par la législation d'aucun Etat.

A notre avis, les conditions d'application de la *business judgment rule* indiquées dans ce guide sont les suivantes :

(1) en ce qui concerne la société, l'action doit avoir lieu dans les limites des pouvoirs de la société et dans la poursuite légale et légitime de ses buts ;

(2) concernant les organes de la société, la règle s'applique aux décisions (jugements) du conseil des directeurs ;

(3) les jugements doivent porter sur les affaires (*business*) et

(4) les jugements doivent être pris de bonne foi (*in good faith*), librement (*free*), indépendamment (*independent*), et (5) honnêtement (*honest*), après une réflexion mûre (*due consideration*) sur les facteurs pertinents selon leur croyance raisonnable.

Si les conditions d'application de la règle sont satisfaites, les cours ne décident pas que les dirigeants commettent une faute (négligence) et n'examinent pas la sagesse des décisions du conseil. Aussi, à notre avis, les justifications de la *business judgment rule* indiquées dans ce guide sont les suivantes :

(1) l'existence d'un risque ;

(2) l'engagement à temps partiel des directeurs ;

(3) l'injustice au moins alléguée d'un contrôle judiciaire *a posteriori* ;

(4) l'opposition à la substitution de la décision des juges à la décision du conseil ;

(5) le droit à l'erreur.

[1775] *CDGB* (1976), *op. cit.*, pp. 17-18. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.2.

A notre avis, le guide a essayé de synthétiser, dans une certaine mesure, la jurisprudence des Etats sur la *business judgment rule*.

428. La *business judgment rule* dans l'édition révisée du *Corporate Director's Guidebook* de 1978[1776]. — Le *Corporate Director's Guidebook* publié en 1978 reprend le texte de 1976 sur la *business judgment rule* presque entièrement.

429. Cependant, le guide de 1978 modifie les conditions d'application de la *business judgment rule* indiquées dans le guide de 1976[1777].
On traduit cette modification de la façon suivante :
« Pour que la *business judgment rule* s'applique, les directeurs doivent avoir agi de bonne foi et avec une base raisonnable de croire que l'action autorisée était dans la poursuite légale et légitime de ses buts (*purpose*) et doivent avoir exercé leur jugement des affaires de façon honnête après une réflexion mûre (*due consideration*) sur ce qu'ils croient raisonnablement être les facteurs pertinents. La *business judgment rule* ne s'appliquera pas dans les situations où un conflit d'intérêts ou d'autres violations du devoir de loyauté sont présents »[1778].

430. Le guide de 1978 a rejeté la condition relative au respect des pouvoirs de société[1779]. A notre avis, cette condition reste en vigueur[1780]. Le guide a assoupli la condition relative à la poursuite légale et légitime des buts de société. Désormais, il n'est plus exigé que le directeur poursuive légalement et légitimement des buts de la société. Il suffit que le directeur ait une base raisonnable de croire qu'il poursuit légalement et légitimement des buts de société pour que la *business judgment rule* s'applique. La question qui se pose est de savoir quelle est la justification de cet

---

[1776] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Corporation*, *Banking and Business Law*, *Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook*, *Revised Edition*, 33 Bus. Law. 1591 (1977-1978, Issue April 1978), pp. 1603-1604 [ci-après, *CDGB* (1978), *op. cit.*, _].

[1777] *CDGB* (1978), *op. cit.*, pp. 1603-1604. Pour l'original, voir l'annexe n°5.2.3 (a).

[1778] *Ibid*. Pour l'original, voir l'annexe n°5.2.3 (b).

[1779] « [D]ans les limites (« within ») des pouvoirs de société (*within the powers of the corporation*).

[1780] V. Partie II, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

assouplissement. Il semble assez curieux de se limiter à la croyance raisonnable de la légalité surtout, mais aussi de la légitimité de la poursuite des buts de la société[1781].
En outre, le guide de 1978 exclut l'application de la *business judgment rule* en cas de conflit d'intérêts ou d'autres violations du devoir de loyauté. Cette exclusion ne reste pas toujours conforme à la jurisprudence des Etats[1782]. La doctrine française a justement constaté que le guide publié en 1978 exprime « les conceptions dominantes de la pratique des affaires » et « n'a pas fait d'objet de critiques significatives »[1783].

431. On a trouvé qu'un arrêt, Stepak v. Schey, rendu par la Cour suprême de l'Ohio le 9 mai 1990, contient une opinion conforme à l'opinion de la majorité de la cour (*concurring opinion*) dans laquelle le juge Holmes a résumé la *business judgment rule* en citant le *Corporate Director's Guidebook* de 1978[1784]. A notre avis, le juge Holmes a mentionné des conditions et des effets de la *business judgment rule*. En ce qui concerne les conditions, il a mentionné : (1) l'absence d'intérêt d'un directeur (*noninterested director*) ; (2) le soin raisonnable (*reasonable care*) ; (3) la bonne foi (*good faith*) ; (4) le jugement des affaires (*business judgment*). En ce qui concerne les effets, il a mentionné : (1) la protection contre la mise en cause de la responsabilité des directeurs et (2) l'absence de contrôle judiciaire des décisions du conseil. A notre avis, cette opinion ne constitue pas le précédent obligatoire pour les juridictions inférieures dans l'Etat de l'Ohio, mais le précédent persuasif. De même, il peut constituer le précédent persuasif pour les juridictions des autres Etats.
La doctrine française a résumé la définition de la *business judgment rule* donnée par ce guide de 1978, en mentionnant les éléments suivants de la règle: la bonne foi, le fondement légitime d'une décision d'affaires d'un directeur et la reconnaissance d'un droit à l'erreur[1785].

[1781] V. Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

[1782] V. Partie II, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 et Section 2 .

[1783] E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°355, pp. 207-208.

[1784] La recherché sur *Westlaw International* => *US Research* => *Scope* : « *All Federal and State Cases* » => *Query* : « *Corporate Director's Guidebook* » et *business judgment rule*.
v. Stepak v. Schey, 51 Ohio St. "d 8, 553 N.E.2d 1072 (Ohio, May 9, 1990), Westlaw (12-13). Pour plus d'informations sur l'arrêt, voir l'Annexe n°5.2.3 (c).

[1785] E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°358, p. 209. Pour l'extrait de la thèse, voir l'Annexe n°5.2.3 (d).

432. La *business judgment rule* dans la deuxième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 1994[1786]. — Désormais, la deuxième édition du *Corporate Director's Guidebook* publiée en 1994 expose, dans une quatrième partie consacrée à l'analyse juridique des devoirs de base d'un directeur[1787], la sous-partie C intitulée « THE BUSINESS JUDGMENT RULE ». Ainsi, la numération et l'intitulé de la sous-partie sur la business judgment rule ont changés.

433. On traduit cette sous-partie de la façon suivante :

« Le devoir de diligence est atténué par la *business judgment rule*. Cette règle, bien établie dans la jurisprudence, protège un directeur désintéressé de [la mise en cause de] sa responsabilité personnelle envers la société et ses actionnaires, même si une décision de société que le directeur a approuvée s'avère non judicieuse ou non réussie. En examinant la conduite d'un directeur désintéressé, la cour ne substituera pas son jugement (en particulier *a posteriori*) à celui d'un directeur, à condition que le directeur :

• a agi de bonne foi ;

• a été raisonnablement informé et

• a cru rationnellement que l'action prise était dans les meilleurs intérêts de la société.

En conséquence, la *business judgment rule*, contrairement aux normes de conduite englobées dans les devoirs de diligence et de loyauté, n'est pas la description d'un devoir ou d'une norme utilisée pour déterminer si la violation d'un devoir s'est produite. La règle est plutôt un élément de contrôle judiciaire utilisé dans l'analyse de la conduite des directeurs afin de déterminer si un directeur devrait être tenu personnellement responsable. Si la règle s'applique, les directeurs sont présumés avoir exercé leur jugement de bonne foi et avec la croyance rationnelle que les actions ont été prises dans les meilleurs intérêts de la société. Dans de telles circonstances, la cour n'examinera pas le bien-fondé d'une décision des directeurs ou elle ne

---

[1786] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Business Law, Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook – 1994 Edition*, 49 Bus. Law. 1243 (1993-1994, Issue May 1994) [ci-après, CDGB (1994), *op. cit.*, _].

[1787] « *IV. LEGAL ANALYSIS OF THE BASIC DUTIES OF A DIRECTOR* […] ».

substituera pas son jugement à celui des directeurs »[1788].

Comme les guides de 1976 et 1978, le guide de 1994 utilise explicitement l'expression *business judgment rule* dans le titre et à l'intérieur du texte.
A notre avis, le guide de 1994 se limite à justifier implicitement la *business judgment rule* par l'injustice d'un contrôle judiciaire *a posteriori* et par le droit à l'erreur. Le guide confirme toujours que la *business judgment rule* est bien reconnue par la jurisprudence, mais il ne précise plus qu'il s'agit de la jurisprudence de la plupart des Etats. De même, il ne proclame pas que la *business judgment rule* n'est pas reconnue par la législation.

Le guide modifie la description des conditions d'application de la *business judgment rule*.
Il maintient l'abandon de la condition relative au respect des pouvoirs de la société affirmée par le guide de 1978. Il abandonne la condition relative à la poursuite légale et légitime des buts de la société. Il confirme la condition relative aux organes de la société (le conseil des directeurs) et la condition relative à la bonne foi. Il caractérise le jugement des directeurs par les termes « libre », « indépendant » ou « honnête ». Il introduit le terme « désintéressé » à l'égard des directeurs. En ce qui concerne la condition relative à l'information, il simplifie les termes et les expressions (« l'information raisonnable »). Désormais, le directeur doit être raisonnablement informé (la voix passive). Il introduit la condition relative à la croyance raisonnable d'agir dans les meilleurs intérêts de la société. Concernant cette condition, il semble que le guide s'inspire des arrêts de la jurisprudence du Delaware. Le guide introduit le terme « présomption ».
Le guide introduit la qualification des devoirs de soins et de loyauté, celle de la *business judgment rule* et celle de la relation entre les deux. En ce qui concerne les devoirs de soin et de loyauté, ils constituent les normes de conduite (*standards of conduct*) qui déterminent si le devoir a été violé. En ce qui concerne la *business judgment rule*, elle constitue un élément du contrôle judiciaire qui détermine si le directeur sera responsable. Concernant la relation entre le devoir de soin et la *business*

[1788] *CDGB* (1994), *op. cit.*, p. 1254. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.4.

judgment rule, le devoir de soin est atténué par la *business judgment rule*. En ce qui concerne la relation entre le devoir de loyauté et la *business judgment rule*, le guide ne proclame plus explicitement qu'en cas de conflit d'intérêts ou d'autres violations du devoir de loyauté, la *business judgment rule* ne s'applique pas.

Désormais, la logique de la rédaction de cette partie est assez curieuse. D'abord, le guide énonce qu'une cour ne substituera pas son jugement à celui du directeur, si ce dernier remplit certaines conditions. Ensuite, le guide continue d'affirmer que si la *business judgment rule* s'applique, les directeurs sont présumés avoir rempli certaines conditions, ces conditions étant en partie identique à celles exigées pour éliminer la substitution du jugement de la cour. Enfin, le guide conclut que dans des telles circonstances, c'est-à-dire si la *business judgment rule* s'applique, une cour n'examinera pas les mérites d'une décision des directeurs ou ne substituera pas son jugement à celui des directeurs[1789].

A notre avis, le guide énonce que les effets d'application de règle ont lieu si les conditions d'application de la règle sont satisfaites et si ces conditions sont satisfaites, elles sont présumées être satisfaites, et par conséquent, les effets ont lieu (!).

Néanmoins, selon la doctrine, la deuxième édition du *Corporate Director's Guidebook* donne l'une des plus proches formulations canoniques de la *business judgment rule*.[1790] Cette doctrine étend aussi cette formulation aux *officers*.

A notre avis, cette doctrine présente les conditions suivantes de la *business judgment rule* : il doit s'agir

(1) d'une décision ;

(2) des directeurs ;

(3) qui constitue un jugement des affaires et

(4) est prise sans intérêt financier personnel ;

(5) de bonne foi ;

(6) dans l'intérêt de la société et

[1789] La question secondaire qui se pose est de savoir quelle est la différence entre les deux effets d'application de la *business judgment rule* indiqués par le guide.

[1790] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit*., 8.4.1, p. 253: « There is, as we have said, no single cannical statement of the business judgment rule. The closest one can come may be the formulation contained in the American Bar Association's Corporate Director's Guidebook […] ».

(7) après une réflexion mûre (*due information*)[1791].
Si ces conditions sont satisfaites, la décision est valable et ne donne pas lieu à la mise en cause de la responsabilité des directeurs.

434. La *business judgment rule* dans la troisième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2001[1792]. — Désormais, la troisième édition du *Corporate Director's Guidebook* publiée en 2001 expose, dans une Section 2 consacrée aux devoirs, responsabilités et droits des directeurs de sociétés, et plus précisément, dans la partie B consacrée aux obligations juridiques[1793], la sous-partie n°4 intitulée *The Business Judgment Rule*. Ainsi, la numérotation et l'intitulé des titres de ce document ont changé.

On traduit cette partie de la façon suivante :
« Si les décisions des directeurs sont contestées devant la cour par un demandeur invoquant un comportement déficient, le contrôle judiciaire de l'affaire sera normalement régi par la *business judgment rule*. Cette règle, bien établie dans la jurisprudence, protège un directeur désintéressé contre [la mise en cause de] sa responsabilité personnelle envers la société et ses actionnaires, même si une décision de société que le directeur a approuvée s'avère non judicieuse ou non réussie. La *business judgment rule* présume qu'en prenant une décision d'affaires, les directeurs ont agi de façon informée (*on an informed basis*), de bonne foi et avec la croyance honnête que l'action prise était dans les meilleurs intérêts de la société.
Contrairement aux normes de conduite englobées dans les devoirs de soin et de loyauté (*standards of conduct*), la *business judgment rule* n'est pas la description d'un devoir ou d'une norme utilisée pour déterminer si la violation d'un devoir s'est produite. La règle est plutôt une norme de contrôle judiciaire (*standard of judicial*

[1791] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *Ibid*. Pour l'extrait de l'ouvrage, voir l'Annexe n°5.2.4 (b).

[1792] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Business Law*, *Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook*, *Third Edition*, 56 Bus. Law. 1571 (2000-2001, Issue August 2001), p. 1586 [ci-après, *CDGB* 2001, *op. cit.*, _].

[1793] *Section 2 Duties, Responsibilities and Rights of a Corporate Director* […] *B. Legal Obligations* […] 4. *The Business Judgment Rule*.

review) utilisée dans l'analyse de la conduite des directeurs afin de déterminer si la décision du conseil peut être contestée avec succès ou si un directeur devrait être tenu personnellement responsable.
Dans les actions intentées contre les directeurs par les actionnaires agissant pour eux-mêmes ou par dérivation au nom de la société, la cour cherchera uniquement à déterminer si les directeurs, au moins les directeurs qui ont pris la décision en cause, étaient désintéressés en la matière (c'est-à-dire si les directeurs n'avaient pas de conflit d'intérêts), si les directeurs étaient proprement informés (*appropriately informed*) avant de décider et si les directeurs ont agi avec une croyance de bonne foi que la décision était dans les meilleurs intérêts de la société»[1794].

Le guide de 2001 utilise explicitement l'expression la *business judgment rule* dans le titre et à l'intérieur du texte reproduit. En ce qui concerne la source de la *business judgment rule*, de même que le guide de 1994, il indique la jurisprudence, mais il ne précise plus qu'il s'agit de la jurisprudence de la plupart des Etats. Comme le guide de 1994, il ne proclame plus que la *business judgment rule* n'est pas contenue dans la législation des Etats.

En ce qui concerne les conditions, il confirme l'Abandon des conditions relatives à la société (ses pouvoirs et buts) et les conditions relatives aux organes de la société (conseil des directeurs) et l'objet de la décision (la décision des affaires). Il formule les autres conditions de façon différente. Selon le guide, c'est la règle qui présume que les directeurs ont agi (1) sur le fondement informé ; (2) de bonne foi et (3) avec la croyance honnête que l'action prise était dans les meilleurs intérêts de la société. Le guide de 2001 remplace la croyance rationnelle indiquée dans le guide de 1994 par la croyance honnête.
Le guide confirme que les directeurs doivent être désintéressés et introduit une limitation de cette condition à ceux qui prennent la décision en cause. Le guide explique le sens du terme « désintérêt » en tant qu'absence d'un conflit d'intérêts. En principe, les cours doivent se limiter à examiner seulement les conditions d'application de la règle, y compris si les directeurs se sont proprement informés

[1794] *CDGB* 2001, *op. cit.*, p. 1586. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.5.

avant la prise de décision (la voix active). On aperçoit la pression d'activer les directeurs dans la recherche des informations. Le guide confirme que la règle a pour effet de protéger la mise en cause de la responsabilité personnelle des directeurs envers la société et ses actionnaires. Par rapport au guide de 1994, il justifie la règle seulement par le droit à l'erreur[1795]. Il place la règle dans le cadre des actions en justice intentées contre les directeurs par les actionnaires en leur nom propre ou au nom de la société (*derivative actions*).

Le guide de 2001 maintient la qualification des devoirs de soin et de loyauté en tant que standards de conduite (*standards of conduct*) introduits dans le guide de 1994. En ce qui concerne la qualification de la *business judgment rule*, il remplace l'expression « un élément de contrôle judiciaire » introduite dans le guide de 1994 par l'expression « un standard de contrôle judiciaire ». Concernant la relation entre le devoir de soin et la *business judgment rule*, il Abandonne le passage selon lequel le devoir de soin est atténué par la *business judgment rule*. En ce qui concerne la relation entre le devoir de loyauté et la *business judgment rule*, comme le guide de 1994, le guide ne mentionne plus que le conflit d'intérêts ou une autre violation du devoir de loyauté exclut l'application de la *business judgment rule*.

A notre avis, la *business judgment rule* est le moyen de base utilisé dans le cas d'un contrôle judiciaire des actions contre les directeurs.

435. La *business judgment rule* dans la quatrième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2004[1796]. — Désormais, la quatrième édition du *Corporate Director's Guidebook* publiée en 2001 expose, dans une Section 2 consacrée aux devoirs, responsabilités et droits des directeurs de sociétés, et plus précisément, dans

[1795] « This rule, well established in case law, protects a disinterested director from personal liability to the corporation and its shareholders, even though a corporate decision the director has approved turns out to be unwise or unsuccessful. »

[1796] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Business Law*, *Committee on Corporate Laws, Corporate Director's Guidebook*, *Fourth Edition*, 59 Bus. Law. 1057 (2003-2004, Issue May 2004), p. 1072-1073 [ci-après, *CDGB* (2004), *op. cit.*, _].

la partie B consacrée aux obligations juridiques[1797], la sous-partie n°4 intitulée *The Business Judgment Rule.*

Le guide de 2004 reprend la partie sur la *business judgment rule* publiée par le guide de 2001 presque entièrement[1798]. A notre avis, le guide opère les deux modifications.

(1) En ce qui concerne le désintérêt des directeurs, le guide de 2004 ne mentionne plus qu'il doit au moins s'agir des directeurs qui prennent la décision et n'explique plus que le désintérêt signifie l'absence de conflit d'intérêts.

(2) Le guide ajoute seulement une phrase à la fin du texte.

Cette phrase est rédigée de la façon suivante : « in most states, the court will not review the wisdom of the business decision or its outcome. »

On traduit cette phrase de la façon suivante : « dans la plupart des Etats, la cour n'examinera pas la sagesse de la décision des affaires ou son résultat. »

Cette phrase reprend, dans des termes un peu différents, le guide de 1976, 1978 et 1994. Elle concerne l'étendue du contrôle judiciaire.

436. La *business judgment rule* dans la cinquième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2007[1799]. — Désormais, la cinquième édition du *Corporate Director's Guidebook* publiée en 2007 expose, dans une Section 3 consacrée aux responsabilités, droits et devoirs des directeurs de sociétés, et plus précisément, dans la partie C consacrée aux obligations juridiques, la sous-partie n°3 intitulée *The Business Judgment Rule*[1800]. Ainsi, la numérotation des titres en cause dans le guide de 2007 a changé par rapport au guide de 2004 (et 2001).

[1797] *Section 2 : Duties, Responsibilities and Rights of a Corporate Director* […] *B. Legal Obligations* […] *4. The Business Judgment Rule*.

[1798] *CDGB* (2004), *op. cit.*, pp. 1072-1073. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.6.

[1799] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Business Law, Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook*, *Fifth Edition*, 62 Bus. Law. 1479 (2006-2007, Issue August 2007), pp. 1499-1500 [ci-après, *CDGB* (2007), *op. cit.*, p. _].

[1800] *Section 3 : Responsibilities, Rights, and Duties of a Corporate Director* […] *C. Legal Obligations* […] 3. *The Business Judgment Rule*.

Le guide de 2007, dans la plupart des cas, reprend le guide de 2004 sur la *business judgment rule*[1801]. Les modifications sont les suivantes.

(1) Le guide de 2007 omet de mentionner la source de la *business judgment rule* (la jurisprudence),

(2) ainsi que la qualification des devoirs de soin et de loyauté (*standards of conduct*).

(3) Le guide remplace la phrase disant que la cour n'examinera pas la sagesse de la décision des directeurs par la phrase annonçant que la décision des directeurs ne sera pas remise en cause (*second-guessed*).

(4) Le guide remplace la phrase disant que la *business judgment rule* en tant que standard de contrôle judiciaire sera utilisée pour déterminer si la décision du conseil peut être contestée avec succès par la phrase si la décision du conseil peut être sujet à contestation.

(5) Le guide explique ce qu'on doit entendre par l'expression « la décision du conseil », c'est-à-dire qu'il s'agit de la décision de prendre l'action (la décision d'action) ainsi que la décision de ne pas prendre l'action (la décision d'omission).[1802]

[1801] *CDGB* (2004), *op. cit.*, pp. 1499-1500. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.7.

[1802] *Ibid.*: « The business judgment rule is not a description of a duty or a standard for determining whether a breach of duty has occurred; rather, it is a standard of judicial review used in analyzing director conduct to determine whether a board decision can be subject to challenge or a director should be held personally liable. ».

§ 2 — La *business judgment rule* dans l'édition actuelle du *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*)

437. La *business judgment rule* dans la sixième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2011[1803]. — Désormais, la sixième édition du *Corporate Director's Guidebook* publiée en 2011 expose, dans une Section 3 consacrée aux responsabilités, droits et devoirs des directeurs de sociétés, et plus précisément, dans la partie D consacrée aux obligations juridiques, la sous-partie n°3 intitulée *The Business Judgment Rule*[1804]. Ainsi, la numérotation des titres en cause dans le guide de 2007 a changé par rapport aux guides précédents.

Le guide de 2011, dans la plupart des cas, reprend le guide de 2007 sur la *business judgment rule*[1805].

Les modifications sont les suivantes. (1) Le guide de 2011 insiste plus précisément sur le fait que la *business judgment rule* s'applique uniquement aux décisions du conseil des directeurs de prendre ou de ne pas prendre l'action et il ajoute que la *business judgment rule* ne s'applique pas aux pures omissions (*failure to take action*). (2) Selon le guide de 2011, les directeurs doivent être non seulement désintéressés, mais aussi indépendants. Ainsi, le guide de 2011 revient à l'expression utilisée par les guides de 1976 et 1978 (« jugement indépendant »). (3) Les directeurs doivent être tout simplement informés et non plus proprement informés (*appropriately informed*). (4) La violation du devoir de loyauté exclut l'application de la *business judgment rule*. Ainsi, le guide reprend une partie de la condition indiquée dans le guide de 1978. (5) Le guide ne qualifié plus la *business judgment rule* en tant que « plutôt » un « standard » de contrôle judiciaire, mais tout simplement en tant que « standard » de contrôle judiciaire.

[1803] *American Bar Association* (*ABA*), *Section of Business Law*, *Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook – 1994 Edition*, 66 Bus. Law. 975 (2010-2011, Issue August 2011), p. 995 [editors : H. A. SALE, H. J. GREGORY] [ci-après, *CDGB* (2011), *op. cit.*, p._].

[1804] *Section 3 : Responsibilities, Rights, and Duties of a Corporate Director* […] *D. Legal Obligations* […] *3. The Business Judgment Rule*.

[1805] *CDGB* (2011), *op. cit.*, p. 995. Pour l'original, voir l'Annexe n°5.2.8.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

438. La *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook*. — On a examiné la *business judgment rule* dans les sept éditions (six éditions officielles) du *Corporate Director's Guidebook*, publiées durant les 35 ans (entre 1976 et 2011). Il s'agit de l'une des premières formulations explicites de la *business judgment rule* « codifiées » en droit incitatif. Le *Corporate Director's Guidebook* est une œuvre des représentants du barreau américain avec participation de professeurs et de magistrats[1806]. Il s'inspire de la jurisprudence, mais il semble vouloir influencer la jurisprudence, c'est-à-dire être suivi par la jurisprudence postérieure. Le guide n'est pas toujours conforme à la jurisprudence des Etats[1807].

Le guide était cité par la jurisprudence, la doctrine et la pratique des affaires sans critique. A notre avis, le guide propose les notions[1808] et le régime[1809] de la *business*

[1806] Par exemple, les membres et les consultants du *Committee of Corporate Laws* responsables pour la publication de la sixième édition du *Corporate Director's Guidebook* (2011), étaient les professeurs, par exemple, Stephen M.Bainbridge, James D. Cox, Michael P Dooley, Lisa M. Fairfax, Hillary A. Sale, ainsi que les juges en fonction et anciens, c'est-à-dire le chancelier de la cour de chancellerie du Delaware Leo E. Strine, Jr., et l'ancien *chief justice* de la Cour suprême du Delaware, E. Norman Veasey.

[1807] v. *CDGB* (1978), pp. 1603-1604 : La *business judgment rule* ne s'appliquera pas dans les situations où un conflit d'intérêts ou d'autres violations du devoir de loyauté. »

[1808] Par exemple, (1) une base raisonnable de croire (la croyance raisonnable) que l'action autorisée était dans la poursuite légale et légitime de buts (*purpose*) de société ; (2) une mûre réflexion (*due consideration*) sur les facteurs pertinents selon la croyance raisonnable. v. *CDGB* (1978), *op. cit.*, p. 1603-1604 ; (3) la croyance rationnelle (ensuite honnête) que l'action était dans les meilleurs intérêts de la société v. les éditions du *Corporate Director's Guidebook*, n^{os}2, 3, 4, 5 et 6 ; (4) la question qui se pose est de savoir si l'action que dans les meilleurs intérêts de la société est identique à la décision dans les meilleurs intérêts de la société v. les éditions du *Corporate Director's Guidebook*, n^{os}3, 4, 5 et 6 ; (5) la question qui se pose est de savoir ce que signifie la qualification de la *business judgment rule* en tant que la « présomption ».

[1809] Par exemple, à notre avis, la logique de la rédaction du guide est assez curieuse, par exemple, (1) v. en particulier le Guide de 1994. (2) Dans les éditions du guide après 1994, d'abord, il est écrit que la *business judgment rule* présume que certaines conditions sont satisfaites et ensuite, il est écrit que la cour examinera certaines conditions. Il est curieux que les conditions présumées par la *business*

judgment rule de façon assez obscure. Cependant, il convient d'apprécier une certaine simplification de la formulation[1810].

On a démontré que la *business judgment rule* était formulée durant les quarante dernières années de façons différentes. Les modifications sont non seulement linguistiques, mais aussi substantielles.

La question qui se pose est de savoir quelles sont les raisons d'être derrière les modifications substantielles. A notre avis, ces raisons ont pu être :

(1) la jurisprudence en la matière, en particulier la jurisprudence du Delaware[1811] ;

(2) l'assouplissement de certaines conditions d'application de la *business judgment rule*[1812] ;

---

judgment rule correspondent, en général, aux conditions examinées par la cour mais elles ne sont pas formulées de façon identique. Par exemple, les éditions n^{os}3,4, 5 et 6 du guide énoncent d'abord que la *business judgment rule* présume que les directeurs ont agi de bonne foi et avec une croyance honnête que l'action était dans les meilleurs intérêts de la société et ensuite, elles énoncent que la cour examinera si les directeurs ont agi avec une croyance de bonne foi que la décision était dans les meilleurs intérêts de la société. Aussi, les éditions n^{os}3,4, 5 du guide énoncent d'abord que la *business judgment rule* présume que les directeurs ont agi sur le fondement informé (*on an informed basis*), et ensuite, elles énoncent que la cour examinera si les directeurs se sont proprement informés (*appropriately informed themselves*). L'édition n°6 du guide ensuite énonce seulement que la cour examinera si les directeurs se sont informés (*informed themselves*). (3) Selon l'édition n°6 du guide, la violation du devoir de loyauté exclut l'application de la *business judgment rule*. La question qui se pose est de savoir si la violation du devoir de diligence (de soin) exclut l'application de la *business judgment rule*. A l'affirmative ou à la négative, le silence sur cette question soulève des interrogations. (4) Les éditions du guide mentionnent le *standard of conduct* (les devoirs) et le *standard of review*. La question qui se pose est de savoir s'il existe une différence substantielle, au fond, entre les deux types de standards, quelle est cette différence et quelle est la raison d'être de cette distinction, et enfin, si elle est juste.

[1810] En ce qui concerne la formulation de la condition d'information des directeurs : (1) les éditions de 1976 et de 1978 exigaient une réflexion mûre sur les facteurs pertinents dans la croyance raisonnable des directeurs ; (2) l'édition de 1994 exigait que le directeur fût informé raisonnablement ; (3) les éditions de 2001, 2004, et 2007, exigaient que les directeurs eussent agi sur le fondement informé et qu'ils se soient proprement informés ; (4) l'édition de 2011 exigait que les directeurs eussent agi sur le fondement informé et qu'ils se fussent informés.

[1811] En particulier, dans le *Corporate Director's Guidebook*, les éditions n^{os}2, 3, 4, 5 et 6.

[1812] Par exemple, (1) par rapport au guide non officiel de 1976, le guide officiel de 1978 n'a plus exigé que le directeur poursuivit légalement et légitimement des buts de société. Il suffisait que le directeur

(3) le durcissement d'autres conditions d'application de la *business judgment rule*[1813]. Selon le guide de 2011, la *business judgment rule* s'applique à la décision des affaires, de prendre ou de ne pas prendre l'action, rendue par le conseil des directeurs indépendants et désintéressés, les directeurs étant présumés agir de bonne foi, sur le fondement informé et dans la croyance honnête que l'action était dans les meilleurs intérêts de la société. En principe, la cour n'examinera que ces conditions, par exemple, si les directeurs se sont informés avant de prendre la décision en cause (la voix active). La règle protège les directeurs contre la mise en cause de la responsabilité personnelle des directeurs envers la société et ses actionnaires dans les actions intentées par les actionnaires en leur nom propre ou au nom de la société. Le guide invoque implicitement le droit à l'erreur. La *business judgment rule* est qualifiée de « standard » de contrôle judiciaire. En cas de violation du devoir de loyauté, la règle est exclue.

---

eût une base raisonnable de croire qu'il poursuivait légalement et légitimement des buts de société (!) pour que la *business judgment rule* s'appliquât. v. CDGB (1978), *op. cit.*, pp. 1603-1604 « Pour que la *business judgment rule* s'applique, les directeurs doivent avoir agi de bonne foi, et sur la base raisonnable de croire que l'action autorisée était dans la poursuite légale et légitime de ses buts (*purpose*), et doivent avoir exercé leur jugement des affaires honnête après une réflexion mûre (*due consideration*) de ce qu'ils croient raisonnablement être les facteurs pertinents. (2) Le guide de 1994 énonce que les directeurs doivent croire rationnellement que l'action était dans les meilleurs intérêts de la société tandis que les guides de 2001, 2004, 2007 et 2011 énoncent que les directeurs doivent croire honnêtement que l'action était dans les meilleurs intérêts de la société.

[1813] Par exemple, la condition d'information des directeurs, le passage de la voix passive (l'édition de 1994) à la voix active (les éditions de 2001, 2004, 2007, 2011).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

439. On a examiné la *business judgment rule* dans les textes de l'*American Bar Association* (*ABA*), c'est-à-dire dans le *Model Business Corporaton Act* (*MBCA*) et dans le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*).

Le premier texte – le *Model Act* est un modèle-loi prêt à être repris par la jurisprudence. Le deuxième texte – le *Director's Guidebook* est un manuel, un guide, une explication qui s'adresse aux sociétés commerciales. Les deux textes sont révisés régulièrement. Le *Director's Guidebook* fait référence au *Model Act* et l'explique. Le *Model Act* au moins explicitement ne codifie pas la *business judgment rule*. Cependant, on peut soutenir qu'il exprime la règle implicitement. Le *Director's Guidebook* emploie explicitement la *business judgment rule* et l'explique.

440. Après avoir analysé la *business judgment rule* dans les textes de l'A*merican Bar Association* (*ABA*), on l'examinera dans les textes de l'*American Law Institute* (*ALI*).

CHAPITRE 2

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LES TEXTES DE L'*AMERICAN LAW INSTITUTE* (*ALI*)[1814]

441. Histoire de l'*American Law Institute* (*ALI*) (Institut de droit américain). — Le droit des Etats-Unis était essentiellement constitué par les décisions des juges. Au début du XXe siècle, ces décisions judiciaires, de plus en plus nombreuses, étaient contradictoires et obscures. La *common law* devenait complexe et incertaine[1815].

Il a été proposé de créer un centre juridique pour l'amélioration du droit (*juristic center for the improvement of the law*). L'*Association of American Law Schools* (*AALS*) a créé trois comités pour étudier cette proposition en 1915,1916 et 1920, respectivement. Le comité de 1920 (*1920 AALS Committee on a Juristic Center*) a été présidé par le Professeur Joseph Henry Beale de Harvard et a été composé d'autres professeurs. En décembre 1921, sur recommandation de ce comité, l'*AALS* a adopté la résolution d'établir de nouveaux comités, en collaboration avec le barreau américain et la magistrature, pour établir une organisation permanente pour l'amélioration du droit (*permanent organization for improvement of law*)[1816].

William Draper Lewis (1867-1949), doyen de l'*University of Pennsylvania School of Law* (*Penn Law*) a contacté Elihu Root (1845-1937), « doyen du barreau américain » et prix Nobel de la paix de 1912. Le 10 mai 1922, à l'Association du barreau de la ville de New York, le Comité pour l'établissement d'une organisation permanente

---

[1814] L'*ALI* était majoritairement appréciée, mais aussi critiquée. Pour la bibliographie détaillée, voir l'Annexe n°9.6.

[1815] A.L. CORBIN, *op. cit.*, pp. 19, 20, 25-26. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.1.1 (a); J. P. FRANK, *op. cit.*, p. 617. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.1.1 (b) ; H. F. GOODRICH, *op. cit.*, p. 283. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.1.1 (c).

[1816] Le site officiel accessible sur : http://www.aals.org/ [la dernière visite: le 16 février 2013] ; A.L. CORBIN, *op. cit.*, 15 Iowa L. Rev. 19-41 (1929-1930), pp. 19 , 20; N. E. H. HULL, *op. cit.*, pp. 61, 62, 69, 74, 67, Note 25: « Richards, Progress in Legal Education, 15 AALS Handbook 60 (1915) » ; Note 27: « Richards, Progress in Legal Education, 15 AALS Handbook 60 (1915) »; Note 53: « 18 AALS HANDBOOK 76 (1919-1921) » ; Note 70: « 19 AALS HANDBOOK 121, 123 (1921) »; J. P. FRANK, *op. cit.*, p. 616.

pour l'amélioration du droit (Comité d'une organisation permanente) a été établi. Elihu Root a été élu président et William Draper Lewis a été élu secrétaire exécutif. Le comité a été composé, par exemple, de juges, de professeurs faisant partie du comité de l'*AALS* de 1920, et d'avocats new-yorkais[1817].

Au vu des avis des conseillers, divisés en groupe de rapporteurs (par exemple, les professeurs Beale, Kales et Williston et juge Cardozo) et en groupe de critiques (par exemple, les doyens Bates, Stone, Wigmore et les avocats Guthrie, Lehman, et Leffingwell), William Draper Lewis a préparé le rapport. Ce rapport a été présenté par Elihu Root à l'assemblée du vendredi 23 février 1923 à Washington, D.C., dans le Memorial Continental Hall, lors de laquelle l'*American Law Institute* a été constitué. Parmi les sept personnes qui ont signé le certificat de constitution se trouvaient : William Howard Taft, ancien président des Etats-Unis et à l'époque *Chief Justice* de la Cour suprême des Etats-Unis ; Evans Hughes, futur successeur de Taft à la Cour suprême des Etats-Unis; Elihu Root, ancien secrétaire d'Etat et sénateur des Etats-Unis. Selon ce certificat de constitution, l'*American Law Institute* a été établi pour « promouvoir la clarté et la simplification du droit et sa meilleure adaptation aux besoins sociaux, assurer une meilleure administration de la justice et encourager, et poursuivre un travail juridique universitaire et scientifique ». William Draper Lewis est devenu le premier directeur de l'Institut et Elihu Root le premier président honoraire. La *Carnegie Foundation* présidée par Elihu Root a donné à l'ALI des dotations importantes[1818].

[1817] *Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law* (*Permanent Organization Committee*) ; J. P. FRANK, *op. cit.*, p. 616 ; H. F. GOODRICH, *op. cit.*, pp. 283-285. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.1.3. ; H. F. GOODRICH, *op. cit.*, p. 285: « It was he [Lewis] who got Mr.Root interested in the subject-matter of the work of this Committee. »; N.E. HULL, *op. cit.*, p. 74, Note 71: « W. D. LEWIS, History of the American Law Institute and the First Restatement of the Law: 'How We Did It' dans RESTATEMENT IN THE COURTS 1-4 (ALI, 1945), p. 1 » ; R. B. PERKINS, *op. cit.*, p. 661 ; Pour la liste des membres, voir l'Annexe n°6.1.4 ; Le site officiel de l'*American Law Institute Archives*, accessible sur https://www.law.upenn.edu/library/archives/ali/index.php (la dernière visite: le 12 février 2013).

[1818] J. P. FRANK, op. cit, pp. 615, 616, 617, 638. Pour l'extrait voir, les Annexes n°6.1.5 (a) et 6.1.8.; H. F. GOODRICH, *op. cit.*, pp. 285-286: « Present were several hundred leaders of the bench, bar and law schools of the country. ». Pour l'extrait voir, l'Annexe n°6.1.6(a); N.E. HULL, *op. cit.*, pp. 80-83, 86. Pour l'extrait voir, les Annexes n°s 6.1.4 (b) et 6.1.7 ; A.L. CORBIN, *op. cit.*, p. 20 ; E.

442. Organisation de l'*American Law Institute* (*ALI*). — L'Institut a un statut de *non profit organization*. Le siège de l'Institut est à Philadelphie, en Pennsylvanie.

L'Institut regroupe les représentants de trois professions juridiques : les représentants de l'université (*representatives of the academia*), c'est-à-dire les professeurs ; les représentants de la magistrature (*representatives of the judiciary/bench*), c'est-à-dire les juges et les représentants du barreau (*representatives of the bar*), c'est-à-dire les avocats[1819].

Les membres viennent en principe des Etats-Unis, mais aussi de pays étrangers.

Le nombre de membres de l'Institut s'accroit. L'Institut a compté 308 membres en 1923, plus de 1 000 membres en 1951, plus de 3 600 en 1997 et plus de 4 300 membres en 2013. Il s'agit de membres *ex officio* désignés par les statuts (*by-laws*), par exemple, les membres de la Cour suprême des Etats-Unis, les *chief judges* des cours d'appel fédérales et les *Chief Justices* des cours d'Etats, etc., et des membres désignés par la procédure d'adhésion selon laquelle un candidat doit être recommandé par un membre et soutenu par d'autres membres, choisi par le Comité d'adhésion et approuvé par le Conseil ou le Comité exécutif de l'Institut. La procédure d'adhésion soulève des questions sur le conflit entre l'intérêt public et les intérêts particuliers des membres, la domination du barreau, le manque de diversité intellectuelle, etc. Le

---

SCHOLASTIQUE, *op. cit*., n°356, p. 208 : « [D]ans le but de clarifier et simplifier le droit et d'assurer son adaptation. » ; R. B. PERKINS, *op. cit.*, p. 661. Pour l'extrait voir, l'Annexe n°6.1.6(b); le site officiel de l'*American Law Institute Archives*, accessible sur https://www.law.upenn.edu/library/archives/ali/index.php (la dernière visite: le 12 février 2013).

[1819] A.L. CORBIN, *op. cit.*, p. 20, cite le parcours du juge Benjamin Cardozo à l'assemblée de l'*Association of American Law School* (*AALS*), Note 3 : « Ass'n of Am. Law Schools, Proc., December, 1921 : « You have provided here for the bringing together of all the forces that are at work in the making of the law-the Universities, the Bench, and the Bar. […]. » » ; A.TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États- Unis et au Royaume-Uni*, Revue internationale de droit comparé (RID comp.), Vol. 46, n°1. Janv.-Mars 1994. pp. 59-72, p. 60 ; E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.* n°356, p. 208 : « [A]ssociation de juristes renommés, de juges et de professeurs de droit » ; le site officiel de l'*American Law Institute Archives*, accessible sur https://www.law.upenn.edu/library/archives/ali/index.php (la dernière visite: le 12 février 2013) : « The ALI was conceived as a representative gathering of the American bar (including judges, lawyers, and law professors) […] ».

nombre de membres qui participent, en réalité, dans les assemblées (discussions, questions, remarques) varie.

L'Institut est dirigé par le Conseil (*Council*) et les *officers*. Le Conseil est composé d'environ 60 membres choisis sur proposition du comité de nomination parmi les membres de l'Institut pour un mandat de 5 ans, renouvelable deux fois. Il se réunit trois fois par an, en mai, octobre et janvier. Il contribue à l'élaboration de chaque texte de l'Institut (discussion, propositions, etc.). Il approuve les rapporteurs de textes qui sont désignés par le directeur. Il élit les *officers* de l'Institut. Les *officers* de l'*ALI* sont, par exemple, le président, le vice-président, le trésorier, le directeur et le(s) directeur(s) adjoint(s). Seulement le directeur et le(s) directeur(s) adjoint(s) sont rémunérés. Le processus de décision de l'*ALI* a été critiquée[1820].

443. Œuvres de l'*American Law Institute* (*ALI*). — L'Institut organise la formation juridique continue (*CLE*). L'Institut rédige, discute, révise et publie différents textes, par exemple, les *Restatements of Law* ; les *Model Codes* ; les *Principles*[1821].

[1820] A. ELSON, *op. cit.*, pp. 631-633; J. P. FRANK, *op. cit.*, pp. 625, 626, 627, 637. Pour l'extrait, voir les Annexes n°s 6.1.9, 6.1.10, 6.1.12. , 6.1.11, 6.1.12 et 6.1.13; H. F. GOODRICH, *op. cit.*, p. 303 ; v. *Westlaw International* (ALIGOV), rubrique *coverage* : *The American Law Institute's* (*ALI*) *Principles of Corporate Governance, published in 1994* ; le site officiel de *Harvard Law School* accessible sur http://www.law.harvard.edu/news/2013/01/18_meltzer-appointed-director-of-ali.html (la dernière visite: le 18 février 2013) ; le site de Business Wire accessible sur http://www.businesswire.com/news/home/20101018006273/en/American-Law-Institute-Elects-64-Members (la dernière visite: le 28 février 2013).

[1821] La collaboration avec l'*American Bar Association* dura entre 1947 et 2012. Depuis 2012, il existe *The American Law Institute Continuing Legal Education Group* (*ALI CLE*) v. H.F. GOODRICH, *op. cit.*, pp. 292-294; v. le site officiel de *The American Law Institute Archives*, accessible sur https://www.law.upenn.edu/library/archives/ali/index.php (la dernière visite: le 12 février 2013) ; pour la présentation des « Restatements », voir l'Annexe n^o^6.2.1 ; pour la présentation des *Model Codes*, voir l'Annexe n^o^6.2.2 ; les exemples des *Principles* sont les *Principles on Aggregate Litigation* (2010), *Family Dissolution* (2002), *Intellectual Property* (2008), *Software Contracts* (2010), *Transnational Civil Procedure* (2006; en collaboration avec *UNIDROIT*) et *Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries* (2003).

444. ***Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*** **de l'*American Law Institute* (*ALI*). —** Une série des *Principles* a été commencée par les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*.

Dans le rapport de 1923 déjà, la matière des sociétés a été proposée à être re-exposée[1822]. Cette proposition a été débattue à l'assemblée fondatrice en 1923[1823]. Le projet a été commencé sous le titre *Restatement of the Law of Business Associations*[1824]. Les trois *Tentative Drafts* ont été présentés en 1928, 1929, et 1932 respectivement. William Draper Lewis, le premier directeur de l'Institut, en a été le rapporteur. Le projet a été Abandonné[1825]. Dans les années 1930 et 1940, le débat a continué sans être couronné de succès[1826]. Dans les années 1970, le débat a revécu dans des contextes particuliers[1827].

[1822] Il s'agit du report du Comité pour l'établissement d'une organisation permanente pour amélioration du droit, de la partie I, d'une section intitulée « Les sujets que l'Institut peut entreprendre d'abord à réexposer ». Les sociétés y figura à côté des conflit de droit (*conflicts of law*) et (*torts*). v. R. B. PERKINS, *The Genesis and Goals of the ALI Corporate Governance Project*, 8 Cardozo L. Rev. 661-685 (1986-1987), pp. 662-663 : « Part I of the Report of the Committee on Establishment includes a section entitled The Topics Which the Institute May First Undertake to Restate ».

[1823] R. B. PERKINS, *op. cit*., p. 663 ; M.A. EISENBERG, *An Introduction to the American Law Institute's Corporate Governance Project*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 495-500 (1983-1984), pp. 496-497 : « General Wickersham took the view that it was impossible to write a Restatement for a subject that was so largely statutory. Judge Learned Hand said that, on the contrary, there were principles to statutes as well as to decisions and that such a project was entirely possible. »

[1824] R. B. PERKINS,*op. cit.*, p. 663.

[1825] R. B. PERKINS, *op. cit.*, p. 663 ; M.A. EISENBERG, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 Bus. Law. 1271-1296 (1992-1993), p. 1271.

[1826] Le rapport des professeurs Baker, Dodd et Frey de 1933 ; les tentatives d'entreprendre de *Restatement* de 1946 et 1947. v. R. B. PERKINS, *ibid.*.; R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, 41 Bus. Law. 1195 (1986) ; M.A. EISENBERG, *An Introduction to the American Law Institute's Corporate Governance Project*, *op. cit.*, p. 497.

[1827] (1) La critique du gouvernement et des pratiques dans les sociétés, par exemple, la corruption des fonctionnaires et des hommes politiques dans les Etats étrangers par des centaines des sociétés américaines qui donna lieu à la législation fédérale contre la corruption – *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* ; (2) La refléxion sur la *corporate governance*, par exemple : (i) le *Federal Securities Code* (1969-1978) ; (ii) les 4 conférences régionales organisées par l'*ALI* et l'*ABA*, la *Section of Corporation, Banking and Business Law* ; l'*ALI-ABA Committee on Continuing Professional Education* à Lincolnshire, Illinois en 1977, à Sea Island, Georgia en 1977, à Coronado, California, en 1978, à Back

En mai 1978, le Conseil a autorisé le projet. Après 14 ans, le 13 mai 1992 à Washington D.C., l'Assemblée Annuelle des Membres a adopté les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*. En avril 1993, le Conseil a approuvé le texte final. En 1994, le texte final a été publié[1828].

Le principal rapporteur a été d'abord Ray Garrett, Jr., ancien président de la *Securities and Exchange Commission* (1978-1980, jusqu'à sa mort)[1829] ; ensuite S.A. Kaplan, ancien Professeur de droit à l'*University of Chicago* (1980-1984)[1830], enfin M.E. Eisenberg, Professeur de droit à l'*University of California* (1984-1993)[1831].

Hill Falls, Pennsylvanie, en 1978 (1977-1978) ; (iii) l'*ALI-ABA*, *Commentary on Corporate Structure and Governance* (1979) ; (iv) à la conférence nationale à Williamsburg organisée par l'*ALI* et la *NYSE* (mars 1980); (v) l'*ALI-ABA*, *National Conference on Corporate Governance and Accountability in the 1980's* (1981) ; (vi) *Corporate Governance in America*, rapport, 54e *American Assembly* (Arden House, avril 1978) ; (vii) *American Bar Association* (*ABA*), *Section of* Corporation, Banking and Business Law, *Committee on Corporate Laws*, *Corporate Director's Guidebook*, *Revised Edition*, 33 Bus. Law. 1591 (1977-1978, Issue April 1978) ; (viii) *Business Roundtable*, *Statement on The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*, 33 Bus. Law. 2083 (1977-1978) ; (ix) *Business Roundtable, Statement on Corporate Responsibility* (octobre 1981) ; v. R. B. PERKINS, *Thanks, Myths, and Reality*, 48 Bus. Law. 1313-1317 (1992-1993), p. 1313 ; R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, 41 Bus. Law. 1195 (1986) ; M.A. EISENBERG, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, *op. cit.*, p. 1271 ; M.A. EISENBERG, *An Introduction to the American Law Institute's Corporate Governance Project*, *op. cit.*, pp. 496-498.

[1828] *Principles of Corporate Governance: Analysis & Recommendations*, accessible sur *LexisNexis* ou *Westlaw* (ALI-CORPGOV), à jour pour l'août 2012 ; *President's Foreword* (R.B. PERKINS); Mai 10, 1993; note 1, p. 10 ; A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, no14, p. 12: « [L]a première version est publiée en 1992. » ; v. *Westlaw International* (ALIGOV), rubrique *coverage*: *The American Law Institute's (ALI) Principles of Corporate Governance, published in 1994*.

[1829] Président de la *Securities and Exchange Commission* (*SEC*) du 6 août 1973 au 28 octobre 1975 v. *Securities and Exchange Commission*, *SEC Historical Summary of Chairmen and Commissioners*, le site officiel, accessible sur http://www.sec.gov/about/sechistoricalsummary.htm (la dernière visite: le 12 février 2013) ; K. R. ANDREWS, *From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards*, 60 Harv. Bus. Rev. Issue 6, Nov.-Dec. 1982, pp. 34-46, p. 34 ; R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, *op. cit.*

[1830] K. R. ANDREWS, *From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards*, *op. cit.*, p. 34 ; E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1333.

[1831] Depuis 1983, *Koret Professor of Law de 1983* à l'Université de Californie *Berkeley Law*, site officiel,

L'équipe (le groupe de travail) a été composée des autres rapporteurs professeurs, y compris, Harvey J. Goldschmid, Professeur à la *Columbia University School of Law*[1832] et John C. Coffee, Jr., Professeur de droit à la *Columbia University School of Law*[1833].

Les rapporteurs étaient assistés par environ dix consultants, y compris Irving S. Shapiro, d'autres professeurs et praticiens et environ quarante-cinq conseillers (*advisors*) principalement des praticiens[1834]. Les textes étaient soumis au Conseil et à l'Assemblée Annuelle.

Les rédacteurs, les membres du Comité, de la Section et de l'Institut, en général, ont été sous une pression du patronat, par exemple, la *Business Roundtable*[1835] et du barreau, par exemple, l'*ABA*. En effet, en 1982, l'*American Bar Association* (la *Section of Business Law*) a créé l'*Ad Hoc Committee*, connu sous l'acronyme *CORPRO* et composé des représentants du *Committee on Corporate Laws* ; des *Corporate Laws Departments*; du *Corporate Counsel* et du *Committee on Federal Regulation of Securities*. Ce Comité (*CORPRO*)[1836] a été présidé par E. Goldstein (1982-1986) ; John T. Subak (1986-1989), et W. Loeber Landau (1989-1992). Le Comité s'est informé du progrès des *Principles*; a analysé ses dispositions ; a proposé

Melvin A. EISENBERG, Curriculum Vitae, accessible sur http://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyCV.php?facID=35 (la dernière visite : le 14 février 2013) ; A.TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États- Unis et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 62 ; K. R. ANDREWS, *From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards*, *op. cit.*, p. 34 ; E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1333.

[1832] K. R. ANDREWS, *From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards*, *op. cit.*, p. 34 ; *University of Columbia School of Law*/ *Columbia Law School*, le site officiel, accessible sur http://www.law.columbia.edu/fac/Harvey_Goldschmid (la dernière visite: le 12 février 2013).

[1833] *University of Columbia School of Law*/ *Columbia Law School*, le site officiel, accessible sur http://www.law.columbia.edu/fac/John_Coffee%20Jr. (la dernière visite : le 12 février 2013) ; K. R. ANDREWS, From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards, *op. cit.*, p. 34.

[1834] A.TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États- Unis et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 62 ; K. R. ANDREWS, *From the Boardroom: Rigid Rules Will Not Make Good Boards*, *op. cit.*, p. 34.

[1835] J.P. FRANK, *op. cit.*, pp. 629-630, qui décrit la critique des pressions de la part de *Business Roundtable* émise par le directeur de l'*ALI*, professeur Wechsler.

[1836] Proposé par le doyen MANNING v. E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, Note 8.

un nombre de modifications qui ont été adoptées par les rédacteurs des *Principles*, y compris, la révision de la section 4.01. Le rôle du Comité semble significatif[1837].

Les *Principles* comprennent 2 volumes. Le premier volume constitué de six parties, et le deuxième volume comprenant une partie[1838]. La partie I est consacrée à des définitions, la partie II à des buts et objets de la société ; la partie III à la structure de la société ; la partie III-A à des recommandations sur les pratiques dans les sociétés relatives au conseil et aux comités ; la partie IV au devoir de soin (*duty of care*) et à la *business judgment rule*; la partie V au devoir de traitement juste (*duty of fair dealing*) ; la partie VI à des « offres publiques d'achat » (*tender offers*) ; la partie VII à des remèdes, avec le chapitre 1 sur les *derivative actions* ; le chapitre 2 sur certains remèdes particuliers ; le chapitre 3 sur l'indemnisation et l'assurance ; et le chapitre 4 sur l'*appraisal remedy*, c'est-à-dire le droit d'un actionnaire de faire racheter ses titres.

Selon le Professeur Tunc, la nature du texte est complexe. Il se situe entre un *restatement* et le *Model Business Corporation Act*. Il s'agit non seulement d'un nouvel exposé du droit positif (l'analyse), mais aussi du droit recommandé (les recommandations)[1839]. Les rédacteurs des *Principles* ont déclaré qu'ils voulaient prévoir le droit tel qu'il devait être (*the law as it ought to be*)[1840]. Cette approche a été critiquée par la pratique des affaires[1841]. Selon les rédacteurs, les *Principles* voulaient

---

[1837] E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, Note 8 ; R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, *op. cit.*, p. 1198.

[1838] Pour le sommaire des *Principles*, voir l'Annexe n°6.3.1. Pour la bibliographie relative aux *Principles*, voir l'Annexe n°9.6.2.

[1839] Dans le titre, le terme *Analysis* remplaca le terme *Restatement* v. A.TUNC, *La direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law Institute*, *op. cit.*, p. 948 ; A.TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États- Unis et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 62.

[1840] E. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 1333 cite la note introductive (*introductory note*) du professeur Stanley KAPLAN, principal rapporteur (*chief reporter*) à l'époque insérée dans les *Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations*, *Advisory Group Draft N°1* : « He said: « The statement will set forth the law as the American Law Institute thinks it ought to be. » ».

[1841] T. LEWIN, *The Corporate Reform Furor*, N. Y. Times, le 10 juin 1982, accessible sur *Westlaw International* (1982 WLNR 289465): « We don't require four law professors to tell us how to run our

clarifier, simplifier, approfondir certaines questions en droit des sociétés en contribuant à la consistance du droit et à la sécurité juridique[1842]. Cette approche voulait promouvoir les sociétés américaines[1843].

Les *Principles* ont été critiqués par une partie de la doctrine (par exemple, pour manquer de prise en compte de la littérature économique[1844] ou pour privilégier les intérêts des dirigeants[1845]) et par une partie de la pratique des affaires[1846].

Les *Principles* n'ont pas de valeur obligatoire. Cependant, les *Principles* s'adressent au législateur, au juge et aux sociétés[1847]. Certaines de ses dispositions ont été reprises par le législateur, le juge et les sociétés non seulement aux Etats-Unis, mais aussi dans le monde y compris en France[1848]. Ainsi, certaines dispositions des *Principles* sont

---

business," said Walter B. Wriston, chairman and chief executive officer of Citicorp. "They aren't restating the law, they're trying to change the way corporations operate. It's not a Restatement, it's a 'prestatement' of what they think the law should be, and it shows a complete misunderstanding of how the process operates ».

[1842] T. LEWIN, *op. cit*. Pour l'extrait de l'article, voir l'Annexe n°6.3.2 ; A.TUNC, *La direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law Institute*, *op. cit*., pp. 950-951.

[1843] R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, *op. cit*., pp. 1197, 1198. Pour l'extrait de l'article, voir l'Annexe n°6.3.3.; A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°14, p. 13.

[1844] K. E. SCOTT, *Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stan. L. Rev. 927-948 (1982-1983), pp. 947-948.

[1845] A. ELSON, M. L. SHAKMAN, *The ALI Principles of Corporate Governance : A Tainted Process and a Flawed Product*, 49 Bus. Law., pp. 1761-1792 (1993-1994).

[1846] T. LEWIN, *op. cit.*. Pour l'extrait de l'article, voir l'Annexe n°6.3.4, v. aussi E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°356, note 2.

[1847] V. A.TUNC, *La direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law Institute*, *op. cit.*, p. 948 ; A.TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États- Unis et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, pp. 62, 64 ; Cf. A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°14, p. 13: « Contrairement aux *Model acts*, ces *Principles* ne sont pas des recommandations faites aux législateurs des États fédérés. » A notre avis, les *Principles* peuvent s'adresser au législateur. En outre, certaines dispositions proposées par les *Principles* ont été adoptées par le législateur étatique aux Etats-Unis et en dehors des Etats-Unis.

[1848] A.TUNC, *La direction et la gestion des sociétés anonymes : les recommandations de l'American Law Institute*, *op. cit.*, p. 951 ; A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *op. cit.*, n°14, p. 13, qui cite pour la France (1) la loi relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), adoptée le

devenues obligatoires de jure et/ou de facto.

445. La partie IV des *Principles of Corporate Governance* s'intitule « Le devoir de soin et la *business judgment rule* » (*Duty of Care and the Business Judgment Rule*) et la section 4.01 s'intitule « Le devoir de soin des directeurs et des *officers* et la *business judgment rule* » (*Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule*).

446. Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), la section 4.01 peut être mise en œuvre par la jurisprudence et/ou la législation[1849].

447. Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), la section 4.01 prévoit les standards du devoir de soin qui comprennent les devoirs dus directement à la société. Les standards prévus dans la Partie IV ne s'appliquent que dans les relations entre les directeurs, les *officers*, les actionnaires et leurs sociétés[1850].

448. Plan. — Dans le cadre de la section 4.01, on analysera le devoir de conduite (Section 1) et la *business judgment rule* (Section 2).

---

15 mai 2001, « qui a introduit en droit positif des obligations ayant trait à la « corporate governance » ; (2) plusieurs rapports dont les deux rapports Viénot (1995, 1999) ; le rapport du Sénateur Marini (1996) et le rapport Bouton (2002) ; le rapport des Medef et l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) intitulé le « Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées » (2003).

[1849] CG Principles § 4.01, Comment. Pour l'extrait voir, l'Annexe n°6.3.5.

[1850] *Ibid*. Pour l'extrait voir, l'Annexe n°6.3.6.

Section 1 — Le devoir de conduite dans les *Principles of Corporate Governance*

449. Plan. — L'examen de la formulation du devoir de conduite (§1) sera suivi de l'analyse du devoir de conduite (§2).

§ 1 — La formulation du devoir de conduite

450. On traduit les sections 4.01 (a) et 4.01 (b) de la façon suivante :
« (a) Un directeur ou *officer* ont un devoir envers la société de remplir les fonctions d'un directeur ou d'un *officer* de bonne foi, de manière qu'ils croient raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société, et avec le soin que la personne ordinairement prudente serait raisonablement attendue à exercer dans une position pareille et dans les circonstances similaires. Cette section (a) est soumise aux dispositions de la section (c) (la *business judgment rule*) le cas échéant.
(1) Le devoir dans la section (a) inclut l'obligation de faire, ou faire faire, une enquête quand, mais uniquement quand, les circonstances auraient alerté un directeur ou un *officer* raisonnable d'une telle nécessité. L'étendue de cette enquête doit être telle que le directeur ou l'*officer* croient cela raisonnablement nécessaire.
(2) En remplissant l'une des ses fonctions (y compris les fonctions de surveillance), un directeur ou un *officer* est en droit de faire confiance aux matériaux et personnes conformément aux sections 4.02 et 4.03 (confiance aux administrateurs, dirigeants, employés, experts, d'autres personnes et des comités du conseil).

(b) Sauf disposition contraire prévue par la loi ou par un standard de la société [1.36] et sous réserve de la responsabilité ultime du conseil pour surveillance, en remplissant ses fonctions (y compris les fonctions de surveillance), le conseil peut déléguer, expressément ou implicitement en raison de conduite, toute fonction (y compris la fonction d'identification des sujets) requérant l'attention du conseil des directeurs aux comités du conseil ou à des directeurs, *officers*, employés, experts, ou d'autres personnes. Un directeur peut faire confiance aux comités et personnes en remplissant

un devoir sous cette section en ce qui concerne toute fonction déléguée si la confiance est conforme aux 4.02 et 4.03. »[1851]

§ 2 — L'analyse du devoir de conduite

451. Selon les *Principles* (le commentaire), la section 4.01(a) est conforme aux standards du devoir de soin articulés dans la majorité des juridictions.
Selon les *Principles* (le commentaire), la section 4.01(a)(1) a été ajoutée et prévoit le devoir d'une enquête, qui est, en général reconnu, par la jurisprudence et la doctrine.
Selon les *Principles* (le commentaire), la section 4.01(a)(2) a été ajoutée pour la clarté et elle assure une protection plus vaste que le droit à l'époque de la publication des *Principles*[1852].

De même, selon les *Principles* (le commentaire), la section 4.01 (b) est conforme à la jurisprudence dans la majorité des juridictions, mais prévoit une protection plus vaste que le droit à l'époque de la publication des *Principles*[1853].

452. Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)), précisent les termes « fonction » et « devoir ».
Le terme « fonction » inclut les pouvoirs et les tâches à exercer par l'organe de la société (*corporate body*) ou un individu (*director*).
Le terme « devoir » se réfère seulement à l'obligation des directeurs et *officers* de la société d'exercer leurs fonctions de façon prévue » dans les *Principles* (les Parties IV-VI)[1854].

[1851] Pour l'original, voir l'Annexe n°6.4.1.

[1852] *American Law Institute*, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, disponible sur *Westlaw International*; *Part IV. Duty of Care and the Business Judgment Rule*; § 4.01 *Duty of Care of Directors and Officers*; *the Business Judgment Rule*; *Comment* (a) [ci-après, *CG Principles* § 4.01, *Comment* (a)]. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.2.

[1853] *CG Principles* § 4.01, *Comment*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.3.

[1854] *CG Principles* § 4.01, *Comment* § 4.01 (a). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.4.

453. Sources des devoirs. — Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (a)) admettent que les fonctions des directeurs et des *officers* de la société constituent une source de leurs devoirs[1855].

454. Bonne foi (*good faith*). — Les *Principles* (la section 4.01(a)) prévoient que l'*officer* ou le directeur doit agir de bonne foi.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) considèrent que ce devoir d'agir de bonne foi inclut l'obligation d'agir conformément à la section 2.01[1856].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) considèrent qu'un directeur ou un *officer* viole le devoir d'exercer ses fonctions de bonne foi s'il fait violer la loi à la société en connaissance de cause (consciemment) et cite la jurisprudence. Cependant, selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)), faire violer la loi à la société pour vérifier la validité ou l'interprétation de la loi n'est pas une violation du devoir de soin de la section 4.01(a)[1857].

455. Croyance raisonnable dans les meilleurs intérêts de la société (*Reasonable belief in the best interests of the corporation*). — Les *Principles* (la section 4.01(a)) prévoient que l'*officer* ou le directeur doit agir de manière qu'il croit raisonnablement être dans les meilleurs intérêts de la société.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) rappellent que l'expression « les meilleurs intérêts de la société » a été aussi utilisée par le *Model Act* (8.30(a)) et cite l'explication de cette expression proposée par le *Corporate Director's Guidebook*[1858].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) rappellent que les *officers* et les directeurs doivent agir conformément à la section 2.01[1859].

La section 2.01 des *Principles* s'intitule « L'objectif et la conduite de la société ».

Elle est rédigée de la façon suivante :

[1855] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.5.

[1856] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.6.

[1857] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.7.

[1858] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.8.

[1859] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.9.

« (a) Sous réserve des dispositions de la section (b) et 6.02 (l'action des directeurs qui a pour effet prévisible de bloquer des offres publiques non sollicitées), une société [1.12] doit avoir comme objectif la conduite des activités des affaires en vue d'améliorer le profit de la société et le gain des actionnaires.
(b) Même si le profit de la société et le gain des actionnaires ne sont pas ainsi améliorés, la société, dans la conduite de ses affaires:
(1) est tenue, dans la même mesure qu'une personne physique, d'agir dans les limites posées par la loi;
(2) peut prendre en compte des considérations éthiques qui sont raisonnablement considérées comme appropriées à la conduite responsable des affaires;
(3) peut consacrer un montant raisonnable de ressources à la protection du public, dans les buts humanitaires, éducatifs et philanthropiques »[1860].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) expliquent que l'objectif et la conduite de la société prévus par la section 2.01 et les meilleurs intérêts de la société prévus par la section 4.01(a) seront en accord[1861].

456. Soin raisonnablement attendu de la personne ordinairement prudente dans une situation pareille et dans les circonstances similaires (*care of an ordinarily prudente personne in a like position and under similar circumstances*). — Les *Principles* (la section 4.01(a)) prévoient que l'*officer* ou le directeur doit agir avec le soin raisonnablement attendu de la personne ordinairement prudente dans une situation pareille et dans les circonstances similaires.
Les *Principles* (la section 4.01 (a)) utilisent le terme le « soin » et n'utilisent pas le terme la « diligence ».
Les *Principles* (la section 4.01 (a)) utilisent l'expression « la personne ordinairement prudente ». Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) expliquent que cette expression concerne un généraliste qui a la capacité d'effectuer une tâche dans la société donnée. En général, pour exercer les fonctions de directeur ou d'*officer* aucune expertise particulière n'est nécessaire. Cependant, une compétence ou une

[1860] CG Principles § 2.01. Pour l'original, voir l'Annexe n°6.4.10.

[1861] CG Principles § 4.01, Comment § 4.01 (a). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.11.

expertise peut être une condition préalable à la nomination à un mandat social particulier (par exemple, le contrôleur ou le conseiller juridique). Dans ces cas, l'*officer* nommé sera tenu d'exercer le devoir de soin d'une personne ordinairement prudente dans une telle position.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) expliquent que le terme « prudent » n'est pas utilisé pour décourager les directeurs ou les *officers* de la prise d'un risque rationnel, de l'innovation, ou d'autres activités entrepreneuriales dans l'intérêt de la rentabilité à long terme et d'un gain des actionnaires[1862].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) expliquent que l'expression « dans la situation pareille »:
(1) reconnaît que la nature et l'étendue des fonctions à être exercées par un directeur ou un *officer* varieront avec les tâches imposées à un directeur ou à un *officer*[1863] ;
(2) souligne que le moment critique pour l'évaluation de la performance d'un directeur ou d'un *officer* est le temps de la prise de décision sans prise en compte les événements ultérieurs[1864] ;
(3) reconnaît que les compétences ou l'expertise particulières d'un directeur ou d'un *officer* peuvent entraîner une responsabilité plus grande. La longueur du service d'un directeur peut également être utile dans l'évaluation de la conduite du directeur[1865].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(a)) expliquent que l'expression « dans les circonstances similaires » reconnaît que la nature et l'étendue des fonctions et obligations d'un directeur ou d'un *officer* varient en fonction des facteurs tels que la nature des affaires, l'urgence et l'ampleur d'un problème et la taille et la complexité de la société[1866].

[1862] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.12.

[1863] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.13.

[1864] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.14.

[1865] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.15.

[1866] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.4.16.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

457. Absence injustifiée de l'expression « le devoir de loyauté » (*duty of loyalty*) dans le titre de la section. — La partie IV des *Principles* s'intitule « Le devoir de soin et la *business judgment rule* » (*Duty of Care and the Business Judgment Rule*). La section 4.01 s'intitule « Le devoir de soin des directeurs et des *officers* et la *business judgment rule* » (*Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule*).

Or, la section 4.01(a) contient les éléments qui peuvent relever non seulement du devoir de soin (*duty of care*), mais aussi du devoir de loyauté (*duty of loyalty*). Pour nous, le titre de la section ne mentionne pas à tort, à côté de l'expression le « devoir de soin », l'expression le « devoir de loyauté ».
Si on admet que la section 4.01 (a) expose non seulement le devoir de soin, mais aussi le devoir de loyauté, il faut se poser la question sur les différences entre la relation le devoir de soin-la *business judgment rule* et celle le devoir de loyauté-la *business judgment rule*.

La doctrine souligne le lien indissociable entre le devoir de soin et la *business judgment rule*[1867]. Aussi, la doctrine souligne le lien dissociable entre le devoir de loyauté et la *business judgment rule*.
Selon nous, dans la jurisprudence du Delaware, par exemple, en cas de violation soit du devoir de soin, soit du devoir de loyauté, la *business judgment rule* ne s'applique pas.

[1867] E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°357 : « Les Principles of Corporate Governance exposent dans leur quatrième partie le devoir de diligence et la business judgment rule, consacrant ainsi l'indissociabilité de deux concepts. Note 6 ».

Section 2 — La *business judgment rule* dans les *Principles of Corporate Governance*

458. Plan. — L'examen de la formulation de la *business judgment rule* (§1) sera suivi par l'analyse de cette formulation (§2).

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule*

459. Les formulations de la *business judgment rule* dans les *Principles of Corporate Governance* de l'*American Law Institute* ont été l'objet d'un vif débat. En conséquence, l'*American Law Institute* a formulé et a reformulé la *business judgment rule*. Seront examinées les formulations de la *business judgment rule* dans les *Tentative Drafts* (I) et dans la version finale (II) de ce texte.

I — La *business judgment rule* dans les versions expérimentales (*Tentative Drafts*) des *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*

460. Le *Tentative Draft* n°1 contient une première formulation de la *business judgment rule*.

On traduit la section 4.01 (d) du *Tentative Draft n°1* de la façon suivante :
« Un directeur de la société ou un *officer* ne sera pas soumis à la responsabilité dans le cadre du devoir de soin (…) pour les conséquences d'un jugement sur l'affaire s'il :
(1) s'est informé lui-même et a fait une enquête raisonnable en ce qui concerne le jugement sur l'affaire ;
(2) a agi de bonne foi et sans conflit d'intérêts, et
(3) a eu un fondement rationnel pour le jugement sur l'affaire. »[1868]

461. Selon son président à l'époque, le *CORPRO* a proposé avec succès la modification de la section 4.01 portant sur la *business judgment rule* dans le sens plus favorable aux dirigeants[1869].

[1868] Pour l'original, voir l'Annexe n°6.5.1.

II — La *business judgment rule* dans la version finale des *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*

462. On traduit les sections 4.01 (c) et (d) de la façon suivante :

« (c) Un directeur ou un *officer* qui porte un jugement sur l'affaire

de bonne foi

se conforme au devoir que lui impose cette section si : le directeur ou l'*officer*

(1) n'est pas intéressé [1.23] dans le sujet du jugement sur l'affaire;

(2) est informé sur le sujet du jugement sur l'affaire

dans la mesure qu'il croyait raisonnablement être appropriée aux circonstances et

(3) croit rationnellement que son jugement sur l'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société[1870].

(d) Une personne qui conteste la conduite d'un directeur ou d'un *officer* en vertu de cette Section a la charge de prouver une violation du devoir de soin, y compris l'inapplicabilité des dispositions relatives à l'accomplissement du devoir en vertu des sections (b) ou (c), et, dans une action pour les dommages-intérêts, la charge de prouver que la violation était la cause juridique du dommage (préjudice) subi par la société.

463. Conclusion §1. — La différence la plus importante entre la formulation de la *business judgment rule* contenue dans la version expérimentale n°1 et celle contenue dans la version finale concerne la condition relative à l'information. La version expérimentale n°1 utilise le verbe s'informer (la voix active) et faire une enquête qui met le devoir sur le dirigeant et exige de lui un effort (le côté actif) dans l'obtention d'une information. La version finale utilise le verbe être informé (la voix passive) qui, à côté du comportement passif dans l'obtention d'une information (être informé par l'*officer* ou l'expert, etc.), peut comprendre un effort (le côté actif) dans l'obtention

---

[1869] E. GOLDSTEIN, *op. cit*., p. 1335.

[1870] Pour l'original, voir l'Annexe n°6.5.2. Pour la traduction proposée par A. TUNC, voir l'Annexe n°6.5.3. Pour la traduction proposée par E. SCHOLASTIQUE, voir l'Annexe n°6.5.4.

d'une information, mais ne l'exige pas expressément.

464. La formulation de la *business judgment rule* contenue dans la version expérimentale n°1 et celle contenue dans la version finale diffère de la formulation prétorienne. Il faut souligner que les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(c)) admettent que la section 4.01(c) a formulé la *business judgment rule* de façon différente à celle de la jurisprudence[1871].

§ 2 — L'analyse de la *business judgment rule*

465. Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(c)), tous les éléments de la section 4.01(c) sont soutenus par la jurisprudence[1872]. Nous examinerons les conditions (I) et les effets de la *business judgment rule* en vertu des sections 4.01(c) et 4.01(d) (II).

I — Les conditions de la *business judgment rule*

466. Directeurs et *officers*. — Les *Principles* (la section 4.01 (c)) s'appliquent aux directeurs et aux *officers*[1873].

Les arguments en faveur de l'application de la *business judgment rule* aux *officers* sont, par exemple, (i) dans au moins dix-huit Etats, en vertu de la jurisprudence et/ou législation, les *officers* sont tenus aux mêmes standards du devoir de soin que les directeurs ; (ii) la jurisprudence qui applique le même devoir de soin et la *business judgment rule* aux *officers* ; (iii) la majorité de la doctrine favorable à l'application de la *business judgment rule* aux *officers*[1874].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01) expliquent que (1) les *officers* à temps complet sont supposés être plus familiers avec les affaires de la société que les

---

[1871] *CG Principles* § 4.01. *Comment § 4.01 (c)* : « […] a. Comparison with present law. : « Although courts have not expressed it this way […] ».

[1872] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.5.

[1873] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.6.

[1874] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.7.

directeurs extérieurs, et que (2) les *officers* sont supposés être plus familiers avec les affaires de la société qui sont sous leur surveillance directe que les *officers* qui n'ont pas une telle fonction[1875].

467. ***Business judgment*** **—** Les *Principles* (la section 4.01 (c)) s'appliquent au *business judgment*. Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), (1) le jugement (la décision) (2) doit être exercé (3) consciemment (4) sur l'affaire[1876].

(1) En ce qui concerne le jugement, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) utilisent aussi le terme la « décision ». Selon ce texte, s'il n'y a pas de décision, il n'y a pas de raison de protéger les directeurs ou les *officers* S'il y a une décision, il y a de raison de protéger les directeurs et les *officers* pour les encourager à prendre le risque[1877].

(2) En ce qui concerne l'exercice du jugement, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) expliquent que la décision peut prendre la forme d'une action ou d'une omission[1878].

(3) En ce qui concerne le jugement conscient, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) introduisent une distinction entre le jugement (la décision) conscient(e) d'agir ou de ne pas agir et une omission non-consciente. La *business judgment rule* peut s'appliquer seulement aux jugements (décisions) conscients(es) d'agir ou de ne pas agir, mais non pas aux omissions non-conscientes.

En ce qui concerne les omissions, la *business judgment rule* peut s'appliquer aux omissions conscientes mais non pas aux omissions non-conscientes. Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) admettent qu'il peut être difficile de distinguer entre une omission consciente et une omission non-consciente[1879].

En ce qui concerne les actions, la question qui se pose est de savoir si la *business judgment rule* peut s'appliquer à toutes les actions ou seulement aux actions conscientes et non pas aux actions non conscientes.

[1875] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.8.

[1876] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01(c). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.9.

[1877] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.10.

[1878] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.11.

[1879] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.12.

Cependant, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) sont muets sur la question relative à l'action non-consciente. Or, à notre avis, il peut y avoir les actions conscientes et les actions non-conscientes. Par analogie aux omissions, on devait supposer que la *business judgment rule* pouvait s'appliquer aux actions conscientes mais non pas aux actions non-conscientes.

La question qui se pose est de savoir comment on devait interpréter cette condition relative à la conscience. Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) ne traitent pas la question de manière explicite. A notre avis, ce texte fait référence au critère d'information ou d'attention[1880].

(4) En ce qui concerne le jugement sur l'affaire, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) explique que le *business judgment* comprend non seulement les décisions risquées ou économiques, mais aussi un grand nombre de décisions, par exemple, le recrutement du personnel ; la définition des objectifs stratégiques et politiques ; la répartition des responsabilités entre le conseil et les cadres supérieurs (*senior executives*) ; la délégation des pouvoirs aux cadres supérieurs. Il peut s'agir des décisions préparatoires, par exemple, la décision de ne pas obtenir le conseil professionnel dans l'évaluation d'un projet ou des décisions finales. Les arguments pour une vaste définition du jugement sur l'affaire sont d'ordre politique et pratique. Cette définition du jugement sur l'affaire est conforme à la jurisprudence[1881].

468. Bonne foi (*good faith*). — Les *Principles* (la section 4.01(a)) prévoient que l'*officer* ou le directeur doivent agir de bonne foi.

Les *Principles* (la section 4.01 (c)) exigent que le jugement soit porté de bonne foi.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) expliquent que cette condition est conforme à la jurisprudence[1882].

Si le jugement est porté de bonne foi, la *business judgment rule* s'applique.

Si le jugement n'est pas porté de bonne foi, la *business judgment rule* ne s'applique pas.

[1880] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.13.

[1881] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.14.

[1882] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.15.

La mauvaise foi peut être constituée par la violation intentionnelle de la loi ou des statuts de façon consciente[1883].

La question qui se pose est de savoir si la mauvaise foi est constituée par la violation de la loi ou des statuts non-intentionnelle.

469. Absence d'intérêt (*no interest*). — Les *Principles* (la section 4.01 (c)) exigent l'absence d'intérêt d'un directeur ou d'un *officer* dans le sujet du *business judgment*.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) expliquent que cette condition est conforme à la jurisprudence[1884].

470. Information (*information*). — Les *Principles* (la section 4.01 (c) (2)) exigent que le directeur ou l'*officer* (1) soient informés sur le sujet du jugement sur l'affaire (2) dans la mesure qu'ils croyaient raisonnablement être appropriée aux circonstances.

En ce qui concerne la condition relative à l'information, selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), cette condition est posée par la jurisprudence et la doctrine[1885].

Il est intéressant de noter que les *Principles* utilisent le verbe « être informé » (la voix passive). Cependant, selon au moins une partie de la jurisprudence, y compris celle citée par les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), le dirigeant doit s'informer (le verbe dans la voix active).

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), cette condition se concentre sur la préparation par le directeur ou l'*officer* à prendre une décision sur l'affaire plutôt que la qualité de la décision elle-même[1886].

En ce qui concerne l'étendue de l'information, les *Principles* (la section 4.01 (c) (2)) posent que l'étendue de l'information est celle que le directeur ou l'*officer* croient raisonnablement être appropriée aux circonstances. Selon les *Principles*, le commentaire de la section 4.01 (c), l'expression « croire raisonnablement » a un

[1883] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.16.

[1884] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.17.

[1885] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.18.

[1886] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.19.

contenu objectif et subjectif. Cette condition doit être interprétée de façon réaliste et avec une appréciation du contexte factuel dans lequel le jugement sur l'affaire a été fait. Les facteurs à prendre en considération sont, par exemple, (i) l'importance du jugement sur l'affaire à être fait; (ii) le temps disponible pour obtenir l'information; (iii) les coûts relatifs à l'obtention de l'information, (iv) la confiance du directeur en ceux qui ont exploré la matière et ceux qui ont fait les présentations; et (v) l'état des affaires de la société au moment de la décision et la nature des autres demandes à l'attention du conseil ; (vi) les différentes expériences des directeurs ; (vii) le rôle de chaque directeur dans la société ; (viii) la valeur générale de maintenir la cohésion du conseil[1887].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), les directeurs ou les *officers* peuvent être informés par les rapports ou les représentations, les déclarations, les opinions des autres *officers*, des employés, des professionnels ou des experts extérieurs à la société. Cependant, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) admettent que dans des certaines situations, les directeurs ou les *officers* doivent faire une enquête supplémentaire[1888].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), la décision raisonnable du directeur ou de l'*officer* sur combien l'information est appropriée aux circonstances ne devait pas être mise en cause[1889].

En résumé, il semble que la condition relative à l'information est rédigée de façon moins stricte que celle qui est proposée par la jurisprudence.

471. Croyance rationnelle dans les meilleurs intérêts de la société (*best interests of the corporation*). — La section 4.01 (c) (3) des *Principles* exige que le directeur ou l'*officer* croient rationnellement que leur jugement sur l'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société.

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), l'expression « croit rationnellement » a un contenu objectif et subjectif, c'est-à-dire le directeur ou

[1887] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.20.

[1888] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.21.

[1889] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.22.

l'*officer* doivent réellement croire que le jugement sur l'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société et cette croyance doit être rationnelle[1890].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), le terme « rationnelle » permet une discrétion plus grande que le terme « raisonnable ». Il constitue, pour le directeur ou l'*officer*, un *safe harbor* qui l'exempte de la responsabilité pour les jugements sur l'affaire qui se trouvent en dehors du terme « raisonnable » mais non pas en dehors du terme « rationnel »[1891].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)), cette condition est conforme à la jurisprudence de l'Etat du Delaware, à la jurisprudence fédérale qui applique le droit de l'Etat de la Californie, les autres jurisprudences, le *Corporate Director's Guidebook*[1892]. Cependant, aucune de ces sources ne pose que le dirigeant ou l'*officer* doivent croire rationnellement que son jugement sur l'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société. Les rédacteurs des *Principles* ont procédé à un synthèse de plusieurs termes et expressions, c'est-à-dire « le but d'affaire rationnel » (*rational business purpose*) ; « flagrant » ou « irrationnel » ou « au-delà de la raison » (*egregious* ou *irrational* ou *so beyond reason*) ; la « base raisonnable pour croire » (*reasonable basis for believing*) ; la « négligence grossière » (*gross negligence*)[1893].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) citent deux arrêts, pour démontrer que la condition de bonne foi pouvait comprendre la condition de la bonne foi subjective (l'absence de mauvaise foi), mais aussi la décision raisonnable /rationnelle objectivement (l'absence de décision irrationnelle)[1894].

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) rappellent qu'il s'agit de l'obligation continue et le changement des circonstances doit être pris en compte par le directeur ou l'*officer*[1895].

La condition de « croire rationnellement » est destinée à permettre aux directeurs et *officers* une discrétion large dans la prise des décisions sur les affaires[1896].

[1890] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.23.

[1891] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.24.

[1892] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.25.

[1893] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.26.

[1894] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.27.

[1895] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.28.

[1896] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.29.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (c)) illustrent une situation dans laquelle la condition relative à la croyance rationnelle n'est pas satisfaite. Il s'agit de la décision du conseil des directeurs d'approuver le contrat avec le fournisseur C pour fournir des roulements à billes et rejeter l'offre du fournisseur B. Le fournisseur B a proposé la même quantité et qualité pour un prix inférieur de 30%. Les directeurs voulaient favoriser le fournisseur C en raison d'un facteur extérieur à son offre, c'est-à-dire le fait d'avoir accompli ses études dans la même université que la majorité des directeurs[1897].

[1897] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.30.

II — Les effets de la *business judgment rule*

472. Présomption. — La section 4.01 (d) des *Principles* prévoit, par exemple, que la charge de prouver l'inapplication de la *business judgment rule* incombe au demandeur.

Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(c)) admettent que selon la jurisprudence, la *business judgment rule* est une « présomption » que les directeurs et les *officers* ont agi proprement[1898]. Or, les *Principles* (les sections 4.01(c) et (d)) n'utilisent pas cette qualification. Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(d)) expliquent que le terme « présomption » est imprécis et susceptible des interprétations erronées, par exemple, qu'il s'agit d'une présomption irréfragable ou établissant une norme de preuve particulière[1899].

Cependant, les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(c) et 4.01(d)) expliquent que les sections 4.01 (c) et 4.01(d) mettent la charge de la preuve sur les personnes qui contestent le jugement sur l'affaire (*business judgment*)[1900]. Par conséquent, ces dispositions assument que les directeurs et les *officers* ont agi proprement et ont satisfait (rempli) les conditions de la section 4.01 (c)[1901]. Donc, les sections 4.01 (c) et 4.01(d) utilisent la même approche et produisent le même effet que la jurisprudence du Delaware[1902].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(d)), la section 4.01(d) est conforme à la jurisprudence dans la majorité des Etats[1903].

473. Relation avec le devoir d'obéissance. — Les *Principles* (le commentaire de la section 4.01 (a)) citent la jurisprudence Miller v. AT&T selon laquelle en cas de violation de la loi, la *business judgment rule* ne s'applique pas[1904].

[1898] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01(d). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.31.

[1899] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.32.

[1900] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.33.

[1901] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01(c). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.34.

[1902] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01(d). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.35.

[1903] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.36.

[1904] CG Principles § 4.01. Comment § 4.01. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.37.

La violation de la loi ou des statuts peut être non intentionnelle et/ou intentionnelle. La violation intentionnelle, en connaissance de cause (consciente), de la loi ou des statuts peut constituer mauvaise foi et écarter l'application de la *business judgment rule*[1905].

La question qui se pose est de savoir si la violation non-intentionnelle de la loi peut écarter l'application de la *business judgment rule*[1906].

474. Relation avec le devoir de soin. — Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), la *business judgment rule* est une *gloss* prétorienne sur les standards du devoir de soin qui réduit l'exposition à la responsabilité[1907]. La doctrine souligne un lien indissociable entre les deux concepts[1908].

Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), la relation entre le devoir de soin et la *business judgment rule* est la suivante :

(1) Si le directeur ou l'*officer* ont satisfait les conditions d'application de la *business judgment rule* (de la section 4.01 (c)), ils ne seront pas responsables en vertu de la section 4.01(a).

(2) Si le directeur ou l'*officer* n'ont pas satisfait au moins l'une des conditions d'application de la *business judgment rule* (de la section 4.01 (c)), ils seront examinés selon les standards du devoir de soin prévus par la section 4.01 (a) ou les standards prévus par la Partie V[1909].

A notre avis, il existe une différence entre le devoir de soin et le devoir imposé par la *business judgment rule*.

Il peut exister une situation dans laquelle le devoir de soin de la section 4.01(a) est violé, mais le devoir imposé par la *business judgment rule* de la section 4.01(c) ne l'est pas. Autrement dit, il peut exister une situation dans laquelle la *business*

[1905] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.38.

[1906] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.39.

[1907] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.40.

[1908] E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°357 : « Les Principles of Corporate Governance exposent dans leur quatrième partie le devoir de diligence et la business judgment rule, consacrant ainsi l'indissociabilité de deux concepts. Note 6 ».

[1909] *CG Principles* § 4.01. *Comment* § 4.01(d). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.41.

judgment rule s'applique de la section 4.01(c), même si le devoir de soin est violé de la section 4.01(a).

A notre avis, cette position, n'est pas conforme avec au moins une partie de la jurisprudence, par exemple, dans le Delaware et le New York.

Sur le plan des conditions d'application de la *business judgment rule*, la relation entre le devoir de soin et la *business judgment rule* semble être la suivante :

(1) Si le devoir de soin est satisfait, la *business judgment rule* peut s'appliquer. La *business judgment rule* s'applique, si les autres conditions d'application de la *business judgment rule* sont satisfaites.

(2) Si le devoir de soin n'est pas satisfait, la *business judgment rule* ne peut pas s'appliquer. La *business judgment rule* ne s'applique pas, même si les autres conditions d'application de la *business judgment rule* sont satisfaites.

Ainsi, la satisfaction du devoir de soin est une condition d'application de la *business judgment rule*. Il n'y a pas une différence entre le devoir de soin et le devoir imposé par la *business judgment rule*.

Sur le plan des effets d'application de la *business judgment rule*.

Notre avis peut être confirmé par le fait que si la *business judgment rule* ne s'applique pas (par exemple, en raison d'une absence de bonne foi ou d'une information suffisante, etc.), le dirigeant sera examiné dans le cadre du test d'*entire fairness*.

Les *Principles* ont posé les conditions et les effets d'application de la *business judgment rule* moins strictes que ceux prévus par la jurisprudence.

475. Implémentation.— La formulation de la *business judgment rule* dans la version finale des *Principles of Corporate Governance* a été adoptée par la législation d'un Etat aux Etats-Unis (Louisiane) et en dehors des Etats-Unis, par exemple en Australie, dans une certaine mesure en Allemagne. Cette formulation a été citée par le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*)[1910]. Elle semble inspirer la formulation de la *business judgment rule* dans l'édition de 1994 du *Corporate Director's Guidebook*.

[1910] *Model Business Corporation Act*, dans *Corporations and Other Business Organizations. Statutes, Rules, Materials and Forms* (M. A. EISENBERG ed., Foundation Press. Thomson Reuters 2009), *Official Comment under* §8.31, p. 839 [8-65, 8-66].

Aussi, la formulation de la *business judgment rule* dans la version finale des *Principles of Corporate Governance* est adoptée par la jurisprudence d'Etats fédérés, par exemple, en Pennsylvanie[1911].

Cette formulation est très souvent citée par la doctrine américaine et étrangère[1912].

[1911] Pennsylvania, Cuker v. Mikalauskas, 547 Pa. 600, 692 A.2d 1042, 1045, 1046, 1049.

[1912] W. M. FLETCHER, *op. cit.*, § 1038; D.J. BLOCK, N.E. BARTON, S.J. RADIN, *op. cit.*, pp. 105, 106: « Unlike the Model Business Corporation Act, Section 4.01(c) of Principles of Corporate Governance articulates the following formulation of the business judgment rule: […] » ; A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, *op. cit.*, n°77, p. 135 ; E. SCHOLASTIQUE, *op. cit.*, n°357, p. 358.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

476. Comparaison avec le droit codifié et la jurisprudence. — Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01(c)), la *business judgment rule* prévue à la section 4.01(c) est conforme au droit en vigueur dans la majorité des juridictions. On a démontré une différence importante entre les notions et le régime de la règle prévue par les *Principles* et celle qui est créée et appliquée dans un nombre de juridictions (par exemple, le Delaware et le New York, en ce qui concerne la condition relative à l'information ou aux meilleurs intérêts de la société).

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

477. Distinction. — La question qui se pose est de savoir quelle est la différence entre la section 4.01 (a) et (c), c'est-à-dire quelle est la différence entre les devoirs de soin et de loyauté énoncés par la section 4.01 (a) et la *business judgment rule* énoncée par la section 4.01 (c).

Pour nous, la différence tient à la fonction et aux conditions d'application.
Concernant la fonction. La section 4.01 (a) énonce les règles de conduite. La section 4.01 (c) énonce les règles de conduite minimales qui suffisent pour satisfaire les règles de conduite de la section 4.01 (a).
La question qui se pose est de savoir quelle est la différence entre les règles de conduite de la section 4.01 (a) et 4.01 (c).
La différence tient aux conditions d'application, c'est-à-dire au champ d'application et aux éléments d'application. Quant au champ d'application, la section 4.01 (c) sur la *business judgment rule* se limite à la décision des affaires. Quant aux éléments d'application, la section 4.01 (c) ajoute l'obligation de ne pas être intéressé [section 4.01 (c) (1)] et l'obligation d'être informé [section 4.01 (c) (2)], tout en omettant l'obligation d'agir avec soin, y compris de faire faire une enquête et en remplaçant la croyance raisonnable par la croyance rationnelle dans les meilleurs intérêts de la société [la section 4.01 (c) (3)].

478. Intérêt. — La question qui se pose est de savoir quel est l'intérêt de la section 4.01 (c) sur la *business judgment rule*.
Selon les Principles, le commentaire de la section 4.01 (c), un nombre de formulations prétoriennes variantes de la *business judgment rule* a créé une confusion tandis qu'une formulation précise de la *business judgment rule* de la section 4.01 (c) évite une confusion[1913].
A notre avis, cet argument peut être classé en tant qu'intérêt « officiel ». Cependant, l'intérêt de la section 4.01 (c) réside, aussi, dans les deux autres arguments.

[1913] *CG Principles* § 4.01. *Comment* § 4.01(c). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.42.

La section 4.01 (c) sur la *business judgment rule* impose que si les conditions d'application qu'elle énonce sont satisfaites, les règles de conduite de la section 4.01 (a) sont remplies. En conséquence, la décision en question, quelle que soit son contenu, sera maintenue et la responsabilité des dirigeants de la société ne sera pas mise en cause.

C'est pourquoi, à notre avis, l'intérêt de la section 4.01 (c) sur la *business judgment rule* tient dans la limitation du contrôle judiciaire aux conditions d'application de la règle et dans les conséquences qui en découlent.

On propose un exemple. Le conseil des directeurs de la société a approuvé la vente de tous les actifs de celle-ci à un tiers pour le prix déterminé. Les actionnaires de cette société ont agi en justice contre les dirigeants, en invoquant, entre autres, le prix injuste.

En vertu de la section 4.01 (c) sur la *business judgment rule*, le juge en premier lieu examinera les conditions d'application de la *business judgment rule*. Or, ces conditions ne portent pas expressément sur la justice du prix. Si ces conditions sont satisfaites, le juge n'examinera pas au moins directement la justice du prix.

479. Justification. — La question est de savoir quelle est la raison d'être de l'introduction de la *business judgment rule*. Selon les *Principles* (le commentaire de la section 4.01), la *business judgment rule* a été introduite pour protéger les directeurs et les *officers* contre les risques du contrôle *a posteriori* de leurs décisions sans succès et pour éviter le risque de décourager l'innovation et les activités des affaires[1914].

Il convient de souligner qu'il s'agit de la justification théorique qui peut être contredite. A notre avis, la valeur de la justification est médiocre. Il semble utile d'effectuer des recherches empiriques en la matière.

480. Différence avec le droit positif. — On a démontré que la formulation de la *business judgment rule* dans la section 4.01(c) contient des différences importantes avec la jurisprudence, par exemple, la relation entre les devoirs fiduciaires et la *business judgment rule*.

[1914] *CG Principles* § 4.01. *Comment* § 4.01. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.43.

CONCLUSION DU TITRE 1

481. Organisations juridiques. — Les textes examinés ont été élaborés par les organisations représentatives des juristes (juridiques). L'*American Bar Association* (*ABA*), qui regroupe exclusivement des avocats, a élaboré les codes et manuels en matière des sociétés (qui sont mis à jour régulièrement), y compris, le *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) et le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) qu'on a étudiés. L'*American Law Institute* (*ALI*), qui regroupe les membres de trois professions juridiques, les avocats, les universitaires et les juges, a élaboré, parmi beaucoup d'autres œuvres, les *Principles* de gouvernement d'entreprise qu'on a étudiés.

On voit qu'il y a une différence du domaine entre les deux organisations. Le domaine de l'*ABA* est plus limité à celui de l'*ALI*. On voit qu'il y a une certaine uniformité des auteurs, c'est-à-dire les avocats, qui ont été en même temps membres de l'*ABA* et de l'*ALI*, ont pu contribuer à l'élaboration de deux textes. L'*ALI* est dominé par le barreau. Le groupe de travail de l'*ALI* chargé d'élaboration des *Principles*, bien que lui-même soit composé surtout de professeurs de droit, s'était vu « assisté » par l'*ad hoc* comité de l'*ABA*.

Certes, la question qui n'est pas tranchée est de savoir dans quelle mesure ces textes représentent les intérêts des milieux des affaires. Cependant, le seul fait que les organisations représentatives des juristes aient réussi à élaborer et établir ces textes comme référence nationale et internationale témoigne de l'audace, du courage et de la puissance des milieux juridiques par rapport aux milieux des affaires aux Etats-Unis.

482. Destinataire. — Les textes examinés ont été adressés à mettre en œuvre par les quatre types de destinataires, c'est-à-dire le législateur ; les juges ; les sociétés, en général ou uniquement les sociétés cotées. Au législateur sont formellement adressés, par exemple, le *Model Business Corporation Act* de l'*ABA* et les *Principles of Corporate Governance* de l'*ALI*. Aux juges sont formellement adressés les *Principles of Corporate Governance*. Aux sociétés en général sont formellement adressés, par

exemple, le *Corporate Director's Guidebook* ; les *Principles of Corporate Governance*. Ces textes visent toutes les sociétés (*corporations*) et ne se limitent pas au moins formellement aux sociétés cotées. Aux sociétés cotées uniquement sont formellement adressés, les Listing Standards de toutes les bourses.

Auteur/Destinataire	Législateur	Juges	Sociétés en général	Sociétés cotées uniquement
MBCA	√			
CDGB			√	
ALI PPs of CG	√	√	√	
Listings Standards (Bourses)				√

483. Les textes concernent soit seulement les directeurs, c'est-à-dire les membres du conseil d'administration (*MBCA*, *CDGB*) et soit les directeurs et les *officers* (*MBCA*, *ALI Principles of Corporate Governance*). Contrairement à la jurisprudence, ils ne mentionnent pas les actionnaires majoritaires.

484. Valeur juridique. — Les textes examinés sont devenus contraignants, de jure ou de facto. Certaines dispositions proposées par les textes ont été reprises par la législation et/ou la jurisprudence. Aux Etats-Unis, aucun droit des Etats n'impose aux sociétés cotées l'obligation d'information sur l'application de certaines dispositions (*comply or explain*). Cependant, aux Etats-Unis, les sociétés cotées sont soumises (1) aux *Listing Standards* des bourses et (2) à la réglementation fédérale.

485. Règles de conduite. — Les *Principles* admettent que la section 4.01(a) sur les devoirs de conduite est rédigée de façon proche au *Model Act* (8.30(a))[1915].
Les *Principles* rappellent que les deux textes, c'est-à-dire le *Model Act* et les *Principles* utilisent l'expression « les meilleurs intérêts de la société »[1916].

[1915] *CG Principles* § 4.01. *Comment* § 4.01(a). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.44.

[1916] *Ibid*. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°6.5.45.

Un auteur souligne que les deux textes, c'est-à-dire le *Model Act* et les *Principles* n'utilisent pas le terme « diligence » (*diligence*), mais le terme « soin » (*care*)[1917].

Il y a des différences entre les *Principles* de l'*ALI* et le *Model Act* de l'*ABA*. Les *Principles* font une différence entre la croyance raisonnable et la croyance rationnelle. Le *Model Act* (les sections 8.30 et 8.31) n'emploit que l'expression la « croyance raisonnable ».

486. ***Business Judgment Rule***. — Le *Corporate Director's Guidebook* de l'*ABA* et les *Principles of Corporate Governance* de l'*ALI* formulent explicitement et expliquent la *business judgment rule*. La formulation de la règle proposée par les Principles semble inspirer l'édition de 1994 de *Corporate Director's Guidebook*, ainsi qu'elle a été aussi citée par le *Model Business Corporation Act*.
Le *Model Act*, dans les versions de 1974, 1984 et de 1998, contient les éléments constituant la formulation de la *business judgment rule*, *lato sensu* et *stricto sensu*, c'est-à-dire l'indépendance, l'information, l'action dans les intérêts de la société, etc.

487. Responsabilité. — Le *Model Business Corporation Act*, dans les dispositions de 1974, de 1984 et de 1998, propose les deux types de conditions de responsabilité.
Dans le cadre du premier type, si la personne remplit les devoirs énoncés, elle ne sera pas responsable et si la personne ne remplit pas les devoirs énoncés, elle sera responsable. Ce type est proposé par le *MBCA*, la section 35 de 1974.
Dans le deuxième type, la personne doit remplir les devoirs (constituant le groupe A), mais si la personne ne remplit pas ces devoirs (constituant le groupe A), elle ne sera responsable que s'ils ne remplissent pas les devoirs (constituant le groupe B). La question qui se pose est de savoir quelle est la relation entre les devoirs du groupe A et les devoirs du groupe B. Or, certains devoirs des groupes A et B sont similaires, mais certains sont différents, certains devoirs du groupe A ne se retrouvent pas dans le groupe B et sont remplacés par des devoirs plus limités.

[1917] R. B. PERKINS, *The ALI Corporate Governance Project in Midstream*, 41 Bus. Law. 1195 (1986), p. 1205.

Ce type est proposé par le *MBCA*, la section 8.30, 8.31 et 8.42 (par référence à la section 8.31), ainsi que par les *Principles*, la section 4.01.

488. Après avoir examiné la *business judgment rule* dans le droit incitatif, nous la rechercherons dans le droit contraignant.

TITRE II

LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LE DROIT CONTRAIGNANT (*HARD LAW*)

489. Plan. — On examinera la *business judgment rule* dans le droit contraignant aux Etats-Unis (Chapitre 1) puis en Australie et en Allemagne (Chapitre 2).

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*hard law*) aux Etats-Unis

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*hard law*) en Australie et en Allemagne

CHAPITRE 1
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
DANS LE DROIT CONTRAIGNANT (*HARD LAW*) AUX ETATS-UNIS

490. La *business judgment rule* relève du droit des sociétés anonymes[1918]. Or, le droit des sociétés anonymes ne ressort pas du droit fédéral[1919], mais ressort du droit des Etats[1920].

491. Aux Etats Unis, il y a cinquante Etats fédérés[1921] et le district fédéral (le district de Colombie avec la capitale fédérale de Washington)[1922]. Chaque Etat a son propre droit des sociétés[1923]. Au total, on a examiné les cinquante-et-un droits des sociétés anonymes (*corporations*)[1924].

492. La question qui se pose est de savoir si les dispositions examinées formulent la *business judgment rule* explicitement (par exemple, si le titre ou le contenu des dispositions utilisent les expressions la *business judgment rule* ou le *business*

[1918] W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 250.

[1919] C'est pourquoi, nous avons exclu de l'examen le droit fédéral et la *common law* fédérale.

[1920] Santa Fe Industries Inc. v. Green, 430 US 462 (1977); W. T. ALLEN, R. KRAAKMAN, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 250; E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 63.

[1921] (1) Alabama; (2) Alaska ; (3) Arizona ; (4) Arkansans ; (5) California; (6) Colorado; (7) Connecticut ; (8) Delaware; (9) Florida; (10) Georgia ; (11) Hawaii ; (12) Idaho ; (13) Illinois ; (14) Indiana ; (15) Iowa ; (16) Kansas ; (17) Kentucky ; (18) Louisiana ; (19) Maine ; (20) Maryland ; (21) Massachussetts ; (22) Michigan ; (23) Minnesota ; (24) Mississippi ; (25) Missouri ; (26) Montana ; (27) Nebraska ; (28) Nevada ; (29 New Hampshire ; (30) New Jersey ; (31) New Mexico ; (32) New York; (33) North Carolina ; (34) North Dakota ; (35) Ohio ; (36) Oklahoma ; (37) Oregon ; (38) Pennsylvania ; (39) Rhode Island ; (40) South Carolina ; (41) South Dakota ; (42) Tennessee ; (43) Texas ; (44) Utah ; (45) Vermont ; (46) Virginia ; (47) Washington ; (48) West Virginia ; (49) Wisconsin ; (50) Wyoming.

[1922] District of Columbia (DC).

[1923] V. A. TUNC, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 6; E. ZOLLER, Le droit des Etats-Unis, *op. cit.*, p. 3.

[1924] Pour la liste des droits des sociétés anonymes (*corporations*) dans les 50 Etats fédérés et le district fédéral, v. Annexe n°4.7.

judgment) ou implicitement (par exemple, si le titre ou le contenu des dispositions utilisent les formulations de la *business judgment rule* d'origine prétorienne ou codifiée (*soft law*) ou proposent leur propre formulation de la *business judgment rule*.

493. Méthodologie. — On examinera le droit des sociétés anonymes (*corporations*) et on exclura de l'examen le droit des autres entités, par exemple, (1) le *partnership*; (2) la *limited liability company* ou (3) la *close corporation*. On utilisera la base de données de *Westlaw International*.

Section 1 — La *business judgment rule* explicite dans le titre et le contenu des dispositions

494. On recherchera l'expression la *business judgment rule* dans le contenu des dispositions (§1) et dans leur titre (§2).

§ 1— La *business judgment rule* explicite dans le contenu des dispositions

495. Dispositions. — En mars 2013, 8 Etats sur 51 Etats (15.67%), y compris le Delaware[1925], n'ont pas adopté les dispositions générales sur les devoirs ni des directeurs ni des *officers*[1926].

Les 43 autres Etats (84.33%) ont adopté les dispositions sur les devoirs ou la responsabilité des directeurs et/ou des *officers*[1927].

Aucun Etat n'a adopté de dispositions générales sur les devoirs ou la responsabilité des *officers* seulement.

11 Etats sur 43 Etats (25.58%) ont adopté des dispositions sur les devoirs ou la responsabilité seulement des directeurs et non pas des *officers*[1928].

En résumé, 9 Etats n'ont pas de dispositions générales sur les devoirs ou la responsabilité des directeurs et 20 Etats n'ont pas de dispositions générales sur les devoirs ou la responsabilité des *officers*.

[1925] Le Delaware, la loi sur les sociétés anonymes contient une disposition sur la possibilité d'exempter les directeurs de la responsabilité.

[1926] (1) Delaware; (2) Illinois; (3) Kansas; (4) Michigan; (5) Missouri; (6) Oklahoma; (7) Texas; (8) Wisconsin.

[1927] (1) Alabama; (2) Alaska ; (3) Arizona ; (4) Arkansans ; (5) California; (6) Colorado; (7) Connecticut ; (8) Florida; (9) Georgia ; (10) Hawaii ; (11) Idaho ; (12) Indiana ; (13) Iowa ; (14) Kentucky ; (15) Louisiana ; (16) Maine ; (17) Maryland ; (18) Massachusetts ; (19) Minnesota ; (20) Mississippi ; (21) Montana ; (22) Nebraska ; (23) Nevada ; (24) New Hampshire ; (25) New Jersey ; (26) New Mexico ; (27) New York; (28) North Carolina ; (29) North Dakota ; (30) Ohio ; (31) Oregon ; (32) Pennsylvania ; (33) Rhode Island ; (34) South Carolina ; (35) South Dakota ; (36) Tennessee ; (37) Utah ; (38) Vermont ; (39) Virginia ; (40) Washington ; (41) West Virginia ; (42) Wyoming ; (43) District of Columbia (DC).

[1928] 11 Etats sur 51 [21.57%] : (1) California; (2) Indiana; (3) Maryland; (4) New Jersey; (5) New Mexico; (6) North Dakota; (7) Ohio; (8) Rhode Island; (9) Florida; (10) Vermont; (11) Virginia.

32 Etats sur 43 States (74.41%) ont adopté des dispositions sur les devoirs ou la responsabilité des directeurs et *officers*[1929].

5 Etats sur 32 Etats (15.63%) ont adopté des dispositions sur les devoirs ou la responsabilité des directeurs et *officers* dans le même texte (article/section)[1930].

27 sur 32 Etats (84.35%) ont adopté des dispositions sur les devoirs ou la responsabilité des directeurs et *officers*, dans les deux textes différents (article/section)[1931].

496. Expression la *business judgment rule* dans les dispositions. — Dans l'Indiana, la sous-section §23-1-35-1(f) utilise l'expression la *business judgment rule* explicitement (!).

La sous-section §23-1-35-1(f) dispose que certaines décisions judiciaires dans le Delaware et d'autres pays, y compris celles relatives aux transactions de changement de contrôle, qui imposent le degré de contrôle différent ou plus rigoureux, sont incompatibles avec une application propre de la *business judgment rule* en vertu de cette sous-section. Par conséquent, l'Assemblée générale a l'intention:

(1) de réaffirmer que cette sous-section donne aux directeurs une entière discrétion pour évaluer les facteurs énumérés au paragraphe (d), comme ils les jugent appropriés, et

(2) de protéger les directeurs et la validité de l'action de la société prises par eux dans l'exercice de leur jugement sur l'affaire de bonne foi après une enquête raisonnable[1932].

[1929] 32 Etats sur 51 [62.75%]: (1) Alabama; (2) Alaska; (3) Arizona; (4) Arkansas; (5) Colorado; (6) Connecticut; (7) Georgia; (8) Hawaii; (9) Idaho; (10) Iowa; (11) Kentucky; (12) Louisiana; (13) Maine; (14) Massachusetts ; (15) Minnesota; (16) Mississippi; (17) Montana; (18) Nebraska; (19) Nevada; (20) New Hampshire; (21) New York; (22) North Carolina; (23) Oregon; (24) Pennsylvania; (25) South Carolina; (26) South Dakota; (27) Tennessee; (28) Utah; (29) Washington; (30) West Virginia; (31) Wyoming; (32) District of Columbia (DC).

[1930] (1) Colorado; (2) Louisiana; (3) Nevada; (4) Pennsylvania; (5) Utah.

[1931] (1) Alabama; (2) Alaska; (3) Arizona; (4) Arkansas; (5) Connecticut; (6) Georgia; (7) Hawaii; (8) Idaho; (9) Iowa; (10) Kentucky; (11) Maine; (12) Massachusetts ; (13) Minnesota; (14) Mississippi ; (15) Montana; (16) Nebraska; (17) New Hampshire; (18) New York; (19) North Carolina; (20) Oregon; (21) South Carolina; (22) South Dakota; (23) Tennessee; (24) Washington; (25) West Virginia; (26) Wyoming; (27) District of Columbia (DC).

Autrement dit, le législateur de l'Indiana, en matière de changement de contrôle, écarte la jurisprudence du Delaware qui applique le standard de contrôle nommée l'*enhanced business judgment rule* et confirme l'application de ce qu'il nomme la *business judgment rule*.

Sur le fondement de la sous-section §23-1-35-1(f), la *business judgment rule* signifie que le jugement sur l'affaire de bonne foi et après une enquête raisonnable sera protégé. Ainsi, le contrôle du juge sur les devoirs d'un directeur est limité à la bonne foi et à une enquête raisonnable.

La sous-section §23-1-35-1(g) dispose que la détermination des meilleurs intérêts de la société avec la possibilité de tenir compte des intérêts des autres groupes constituants sera présumée valide si elle est approuvée par la majorité des directeurs désintéressés à moins qu'il puisse être démontré que la détermination n'a pas été faite de bonne foi après une enquête raisonnable[1933].

Sur le fondement de la sous-section §23-1-35-1(g), le jugement sur les meilleurs intérêts de la société approuvé par la majorité des directeurs désintéressés sera présumé valide sauf si le demandeur prouve l'absence de bonne foi et/ou une enquête raisonnable.

Le contrôle du juge est limité d'un côté à l'absence d'intérêt des directeurs et d'un autre, à la bonne foi et à une enquête raisonnable.

497. Conclusion. § 1 — Dans l'Indiana, la disposition utilise explicitement l'expression la *business judgment rule* sans donner une définition explicite de cette expression.

[1932] Indiana : IC 23-1-35-1. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.1.1.

[1933] IC 23-1-35-1 (g). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.1.2.

§ 2 — La *business judgment rule* explicite dans le titre des dispositions

498. Titre des dispositions. — Parmi les 11 Etats sur 51 Etats (21.57%) qui ont adopté les dispositions relatives aux directeurs seulement, on a proposé les quatre types de titres suivants[1934].

Le premier type de titre contient le terme « standards », c'est-à-dire
(1) les « standards généraux pour les directeurs » (*general standards for directors*)[1935] ;
(2) le « standard de soin » (*standard of care*)[1936] ;
(3) le « standard de conduite des directeurs » (*standard of conduct for directors*)[1937] ;
(4) les « standards généraux de conduite pour les directeurs » (*general standard of conduct for directors*)[1938].
Ce type de titre concerne 6 Etats sur 11 Etats.

Le deuxième type de titre contient le terme le « devoir » (*duty*), c'est-à-dire
(1) la « performance des devoirs » (p*erformance of duties by director; liability*)[1939] ;
(2) la « décharge des devoirs de bonne foi » (*good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered*)[1940].
Ce type de titre concerne 3 Etats sur 11 Etats.

Le troisième type de titre contient le terme la « responsabilité », c'est-à-dire

---

[1934] (1) California; (2) Florida; (3) Indiana; (4) Maryland; (5) New Jersey; (6) New Mexico; (7) North Dakota; (8) Ohio; (9) Rhode Island; (10) Vermont; (11) Virginia.

[1935] (1) Florida : *West's F.S.A*. § 607.0830. *General standards for directors* ; (2) Vermont : 11A V.S.A. § 8.30. *General standards for directors*.

[1936] (1) Maryland: MD Code, *Corporations and Associations*, § 2-405.1 *Liability of directors, standard of care* ; (2) Ohio : OH RC § 1701.59. *Authority of directors; liability; standard of care*.

[1937] North Dakota : NDCC 10-19.1-50. *Standard of conduct for directors*.

[1938] Virginia : VA Code Ann. § 13.1-690. *General standards of conduct for director*.

[1939] California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309. *Performance of duties by director; liability*.

[1940] (1) Indiana: IC 23-1-35-1. *Good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered* ; (2) New Jersey : N.J.S. 14A:6-14. *Liability of directors; reliance on records and reports*.

(1) la « responsabilité » (*liability*)[1941] ;
(2) la « responsabilité des directeurs » (*liability of directors*)[1942].
Ce type de titre concerne 3 Etats sur 11 Etats.

Le quatrième type de titre contient le terme le « conseil des directeurs » (*board of directors*)[1943]. Ce type de titre concerne 2 Etats sur 11 Etats.

Parmi les 5 Etats qui ont adopté les dispositions relatives aux directeurs et *officers* dans un même texte, on propose les quatre types de titres suivants.

Le premier titre contient le terme les « standards », c'est-à-dire
(1) les « standards généraux de conduite pour les directeurs » et les *officers* (*general standards of conduct for directors and officers*)[1944] et
(2) le « standard de soin » (*standard of care*)[1945].
Ce type concerne 3 Etats sur 5.

Le deuxième type de titre contient le terme le « devoir », c'est-à-dire la « performance des devoirs ». Ce type concerne 1 Etat sur 5 Etats[1946].

[1941] (1) California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309. *Performance of duties by director; liability*; (2) Ohio: OH RC § 1701.59. *Authority of directors; liability; standard of care*.

[1942] (1) Indiana: IC 23-1-35-1. *Good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered* ; (2) Maryland : *MD Code, Corporations and Associations*, § 2-405.1 *Liability of directors, standard of care* ; (3) New Jersey : N.J.S. 14A:6-14. *Liability of directors; reliance on records and reports.*

[1943] (1) New Mexico: NMSA § 53-11-35. *Board of directors* (B) ; (2) Rhode Island : RI Gen. Laws § 7-1.2-801. *Board of directors*.

[1944] (1) Colorado: C.R.S.A. § 7-108-401. *General standards of conduct for directors and officers* ; (2) Utah : U.C. A. 1953 § 16-10a-840. *General standards of conduct for directors and officers*.

[1945] Pennsylvania: 15 Pa. C.S.A. § 1712. *Standard of care and justifiable reliance; (a) Directors; (c) Officers.*

[1946] Nevada: NRS 78.138. *Directors and officers: Exercise of powers; performance of duties; presumption and considerations; liability to corporation and stockholders*.

Le troisième type de titre contient le terme « responsabilité », c'est-à-dire la « responsabilité à l'égard de la société et des actionnaires » (*liability to corporation and stockholders*)[1947]. Ce type de titre concerne 1 Etat.

Le quatrième type du titre contient le terme « relation », c'est-à-dire la « relation des directeurs et *officers* à la société et aux actionnaires » (*relation of directors and officers to corporation and shareholders*). Ce type concerne 1 Etat[1948].

Parmi les 26 Etats qui ont adopté des dispositions sur les directeurs et *officers* dans les deux textes différents (article/section), les dispositions sur les directeurs contiennent 3 types de titres.

Le premier type de titre contient le terme les « standards » pour les directeurs, c'est-à-dire
(1) les « standards pour les directeurs » (*standards for directors*)[1949] ; ou
(2) les « standards de conduite pour les directeurs » (*standards of conduct for directors*)[1950] ou
(3) les « standards généraux pour les directeurs » (*general standards for directors*)[1951].
Ce type concerne 21 Etats sur 26 (80.77%)[1952].

[1947] Nevada: NRS 78.138. *Directors and officers: Exercise of powers; performance of duties; presumption and considerations; liability to corporation and stockholders*.

[1948] (1) Louisiana: LSA-R.S. §12: 91. *Relation of directors and officers to corporation and shareholders.*

[1949] 2 Etats sur 21 (9.52%) : (1) Idaho; (2) Oregon.

[1950] 7 Etats sur 21 (33.33%) : (1) Iowa ; (2) Maine ; (3) Minnesota: M.S.A. § 302A.251 ; (4) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 ; (5) South Dakota: SDCL § 47-1A-830 ; (6) West Virginia: W. Va. Code § 31D-8-830 ; (7) District of Columbia (DC): DC ST § 29-306.30.

[1951] 12 Etats sur 21 (57.14%) : (1) Alabama ; (2) Arizona ; (3) Connecticut ; (4) Georgia ; (5) Hawaii ; (6) Kentucky: KRS § 271B.8-300 ; (7) Montana: MCA 35-1-418 ; (8) New Hampshire: NH RSA 293-A: 8.30 ; (9) North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-30 ; (10) South Carolina: § 33-8-300 ; (11) Washington: West's RCWA 23B.08.300 ; (12) Wyoming: Const. § 17-16-830.

[1952] (1) Alabama ; (2) Arizona ; (3) Connecticut ; (4) Georgia ; (5) Hawaii ; (6) Idaho ; (7) Iowa ; (8) Kentucky ; (9) Maine ; (10) Minnesota ; (11) Montana ; (12) Nebraska ; (13) New Hampshire ; (14)

Le deuxième type de titre contient le terme « devoir ».

Les 4 Etats sur 26 (15.38%) ont des titres suivants, c'est-à-dire

(1) le devoir de soin (*duty of care*)[1953] ;

(2) le devoir des directeurs (*duty of directors*)[1954] ;

(3) la décharge des devoirs (*discharge of duties*)[1955].

Le troisième type de titre contient l'expression les « principes généraux » (*general principles*) et concerne 1 Etat[1956].

Parmi les 26 Etats qui contiennent les dispositions séparées relatives aux *officers*, on a distingué trois types de titre.

Le premier type de titre contient le terme le « standard », c'est-à-dire

(1) les « standards de conduite pour les *officers* » (*standards of conduct for officers*)[1957] ;

North Carolina ; (15) Oregon ; (16) South Carolina ; (17) South Dakota ; (18) Washington ; (19 West Virginia ; (20) Wyoming ; (21) DC.

[1953] 1 Etat sur 4 (25%): Alaska: AS § 10.06.450. *Board of directors; duty of care; right of inspection; dissent*.

[1954] 1 Etat sur 4 (25%) : *New York: McKinney's Business Corporation Law* § 717. *Duty of directors.*

[1955] 2 Etats sur 4 (50%) : (1) Arkansas: A.C.A. § 4.-27-830 ; (2) Tennessee: T.C.A. § 48-18-301.

[1956] Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30. *General principles*.

[1957] (1) Alabama: Ala. Code 1975 § 10A-2-8.42. *Standards of conduct for officers* ; (2) Arizona: A.R.S. §10-842. *Standards of conduct for officers, presumption* ; (3) Connecticut: C.G.S.A. § 33-765. *Standards of conduct for officers* ; (4) Georgia: Ga. Code Ann. § 14-2-842. *Standards of conduct for officers* ; (5) Hawaii: HRS § 414-233. *Standards of conduct for officers* ; (6) Idaho: I.C. § 30-1-842. *Standards of conduct for officers* ; (7) Iowa: I.C.A. § 490. 842. *Standards of conduct for officers* ; (8) Kentucky: KRS § 271B.8-420. *Standards of conduct for officers* ; (9) Maine: 13-C M.R.S.A. § 843. *Standards of conduct for officers* ; (10) Montana: MCA 35-1-443. *Standards of conduct for officers* ; (11) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2099. *Standards of conduct for officers* ; (12) New Hampshire: NH RSA 293-A: 8.42 Standards of conduct for officers ; (13) North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-42. *Standards of conduct for officers* ; (14) South Carolina: Code 1976 § 33-8-3420. *Standards of conduct for officers* ; (15) South Dakota: SDCL § 47-1A-842. *Standards of conduct for officers* ; (16) Washington: West's RCWA 23B.08.420. *Standards of conduct for officers* ; (17) West Virginia: W. Va. Code § 31D-8-842. *Standards of conduct for officers* ; (18) Wyoming: WS § 17-16-842. Standards

(2) le « standard de conduite »[1958].

Ce type de titre concerne 22 Etats sur 26.

Le deuxième type de titre contient le terme les « devoirs », c'est-à-dire

(1) les devoirs (*duties*)[1959] ;

(2) la décharge des devoirs[1960].

Ce type concerne 3 Etats.

Le troisième type de titre contient le terme « *officers* », c'est-à-dire les *officers*.

Ce type de titre concerne 1 Etat[1961].

En résumé, on a proposé 7 types de titre concernant le terme (1) le « standard » ; (2) le « devoir » ; (3) la « responsabilité » ; (4) la « relation » ; (5) les « principes généraux » ; (6) le « conseil des directeurs » ; (7) les *officers*.

Le premier type de titre contient le terme « standard », c'est-à-dire

(1) les « standards »[1962] ;

(2) les « standards généraux » (*general standards*)[1963] ;

---

of conduct for officers ; (19) District of Columbia (DC) : DC ST § 29-306.42 *Standards of conduct for officers*.

[1958] (1) Minnesota: M.S.A. § 302A.361. *Standards of conduct* ; (2) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.42. *Standards of conduct* ; (3) Oregon: O.R. S. § 60. 377. *Standards of conduct*.

[1959] Alaska: AS § 10.06.483. *Officers ; tenure, résignation, authority and duties*.

[1960] (1) Arkansas: A.C.A. § 4.-27-842. *Discharge of duties* ; (2) Tennessee: T.C.A. § 48-18-403. *Discharge of duties*.

[1961] New York: *McKinney's Business Corporation Law* § 715. Officers (h).

[1962] 2 Etats sur 21 (9.52%) : (1) Idaho; (2) Oregon.

[1963] (1) Florida : *West's F.S.A*. § 607.0830. *General standards for directors* ; (2) Vermont : 11A V.S.A. § 8.30. *General standards for directors*.

(1) Colorado: C.R.S.A. § 7-108-401. *General standards of conduct for directors and officers* ; (2) Utah : U.C. A. 1953 § 16-10a-840. *General standards of conduct for directors and officers*.

12 Etats sur 21 (57.14%) : (1) Alabama ; (2) Arizona ; (3) Connecticut ; (4) Georgia ; (5) Hawaii ; (6) Kentucky: KRS § 271B.8-300 ; (7) Montana: MCA 35-1-418 ; (8) New Hampshire: NH RSA 293-A: 8.30 ; (9) North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-30 ; (10) South Carolina: § 33-8-300 ; (11) Washington: West's RCWA 23B.08.300 ; (12) Wyoming: Const. § 17-16-830.

(3) le « standards de soin » (*standard of care*)[1964] ;

(4) le « standard de conduite » (*standard of conduct*)[1965] ;

(5) le « standard de conduite » (*standard of conduct*)[1966] ;

(6) les « standards généraux de conduite » (*general standard of conduct for directors*)[1967].

Le deuxième type du titre contient le terme « devoir » (*duty*), c'est-à-dire

(1) les « devoirs » (*duties*)[1968] ;

[1964] (1) Maryland: MD Code, *Corporations and Associations*, § 2-405.1 *Liability of directors, standard of care* ; (2) Ohio : OH RC § 1701.59. *Authority of directors; liability; standard of care* ;

Pennsylvania: 15 Pa. C.S.A. § 1712. *Standard of care and justifiable reliance*; (a) *Directors*; (c) *Officers*.

[1965] (1) Minnesota: M.S.A. § 302A.361. *Standards of conduct* ; (2) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.42. *Standards of conduct* ; (3) Oregon: O.R. S. § 60. 377. *Standards of conduct*.

[1966] North Dakota : NDCC 10-19.1-50. *Standard of conduct for directors* ;

7 Etats sur 21 Etats (33.33%) : (1) Iowa ; (2) Maine ; (3) Minnesota: M.S.A. § 302A.251 ; (4) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 ; (5) South Dakota: SDCL § 47-1A-830 ; (6) West Virginia: W. Va. Code § 31D-8-830 ; (7) District of Columbia (DC): DC ST § 29-306.30 ;

(1) Alabama: Ala. Code 1975 § 10A-2-8.42. *Standards of conduct for officers* ; (2) Arizona: A.R.S. §10-842. *Standards of conduct for officers, presumption* ; (3) Connecticut: C.G.S.A. § 33-765. *Standards of conduct for officers* ; (4) Georgia: Ga. Code Ann. § 14-2-842. *Standards of conduct for officers* ; (5) Hawaii: HRS § 414-233. *Standards of conduct for officers* ; (6) Idaho: I.C. § 30-1-842. *Standards of conduct for officers* ; (7) Iowa: I.C.A. § 490. 842. *Standards of conduct for officers* ; (8) Kentucky: KRS § 271B.8-420. *Standards of conduct for officers* ; (9) Maine: 13-C M.R.S.A. § 843. *Standards of conduct for officers* ; (10) Montana: MCA 35-1-443. *Standards of conduct for officers* ; (11) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2099. *Standards of conduct for officers* ; (12) New Hampshire: NH RSA 293-A: 8.42 *Standards of conduct for officers* ; (13) North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-42. *Standards of conduct for officers* ; (14) South Carolina: Code 1976 § 33-8-3420. *Standards of conduct for officers* ; (15) South Dakota: SDCL § 47-1A-842. *Standards of conduct for officers* ; (16) Washington: West's RCWA 23B.08.420. *Standards of conduct for officers* ; (17) West Virginia: W. Va. Code § 31D-8-842. *Standards of conduct for officers* ; (18) Wyoming: WS § 17-16-842. *Standards of conduct for officers* ; (19) District of Columbia (DC) : DC ST § 29-306.42 *Standards of conduct for officers*.

[1967] Virginia : VA Code Ann. § 13.1-690. *General standards of conduct for director*.

[1968] Alaska: AS § 10.06.483. *Officers ; tenure, résignation, authority and duties.*

(2) la « performance des devoirs » (*performance of duties by director; liability*)[1969] ;
(3) la « décharge des devoirs de bonne foi » (*good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered*)[1970] ;
(4) la « décharge des devoirs » (*discharge of duties*)[1971] ;
(5) le « devoir de soin » (*duty of care*)[1972] ;
(6) le « devoir des directeurs » (*duty of directors*)[1973].

Le troisième type de titre contient le terme « responsabilité », c'est-à-dire
(1) la « responsabilité » (*liability*)[1974] ;
(2) la « responsabilité à l'égard de la société et des actionnaires » (*liability to corporation and stockholders*)[1975] ;
(3) la « responsabilité des directeurs » (*liability of directors*)[1976].

[1969] California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309. *Performance of duties by director; liability* ; Nevada: NRS 78.138. *Directors and officers: Exercise of powers; performance of duties; presumption and considerations; liability to corporation and stockholders*.

[1970] (1) Indiana: IC 23-1-35-1. *Good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered* ; (2) New Jersey : N.J.S. 14A:6-14. *Liability of directors; reliance on records and reports*.

[1971] 2 Etats sur 4 (50%) : (1) Arkansas: A.C.A. § 4.-27-830 ; (2) Tennessee: T.C.A. § 48-18-301.(1) Arkansas: A.C.A. § 4.-27-842. *Discharge of duties* ; (2) Tennessee: T.C.A. § 48-18-403. *Discharge of duties*.

[1972] 1 Etat sur 4 (25%): Alaska: AS § 10.06.450. *Board of directors; duty of care; right of inspection; dissent*.

[1973] 1 Etat sur 4 (25%): New York: *McKinney's Business Corporation Law* § 717. *Duty of directors*.

[1974] (1) California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309. *Performance of duties by director; liability*; (2) Ohio: OH RC § 1701.59. *Authority of directors; liability; standard of care*.

[1975] Nevada: NRS 78.138. *Directors and officers: Exercise of powers; performance of duties; presumption and considerations; liability to corporation and stockholders*.

[1976] (1) Indiana: IC 23-1-35-1. *Good faith discharge of duties; reaffirmation of corporate governance rules; factors considered* ; (2) Maryland : MD Code, *Corporations and Associations*, § 2-405.1 *Liability of directors, standard of care* ; (3) New Jersey : N.J.S. 14A:6-14. *Liability of directors; reliance on records and reports*.

Le quatrième type de titre contient le terme « relation », c'est-à-dire la « relation des directeurs et *officers* à la société et aux actionnaires » (*relation of directors and officers to corporation and shareholders*)[1977].

Le cinquième type du titre contient les termes « principes généraux » (*general principles*)[1978].

Le sixième type de titre contient le terme « conseil des directeurs »[1979].

Le septième type de titre contient le terme « *officers* »[1980].

499. Conclusion § 2. — Aucun titre des dispositions n'utilisent explicitement l'expression la *business judgment rule*.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

500. Dans l'Indiana, les dispositions législatives utilisent explicitement le l'expression la *business judgment rule*.

501. Aucun titre des dispositions législatives n'utilisent explicitement l'expression la *business judgment rule*.

[1977] (1) Louisiana: LSA-R.S. §12: 91. *Relation of directors and officers to corporation and shareholders*.

[1978] Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30. *General principles*.

[1979] (1) New Mexico: NMSA § 53-11-35. *Board of directors* (B) ; (2) Rhode Island : RI Gen. Laws § 7-1.2-801. *Board of directors*.

[1980] New York: McKinney's Business Corporation Law § 715. *Officers* (h).

Section 2 — La *business judgment rule* implicite

502. La question qui se pose est de savoir si les dispositions utilisent implicitement la *business judgment rule*, par exemple, si les dispositions formulent la *business judgment rule* sans la dénommer explicitement.

503. Plan. — Nos recherches distinguent les dispositions législatives qui reprennent ou s'inspirent de la jurisprudence (§1) et du droit incitatif (§2).

§ 1 — La reprise des formulations prétoriennes

504. Nos recherches ont démontré que les lois des Etats s'inspirent des formulations prétoriennes de leurs propres Etats ou des autres Etats.

I — La reprise des formulations prétoriennes forgées dans le Delaware

505. Plan. — Selon nous, la jurisprudence du Delaware a inspiré le législateur, par exemple, dans le Kentucky (A) et dans le Nevada (B).

A — Kentucky

506. Selon nous, le Kentucky a introduit la formulation de la *business judgment rule* inspirée par la jurisprudence du Delaware dans sa législation, à savoir dans la disposition dénommée les « standards généraux pour le directeur »[1981] (1) et dans la disposition dénommée les « standards de conduite des *officers* » (2)[1982].

507. En effet, la section 271B.8-300 (1) applicable aux directeurs[1983] et la section 271B.8-420 (1) applicable aux *officers* avec l'autorité discrétionnaire[1984], disposent

[1981] Kentucky: KRS § 271B-8.300. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.1.

[1982] Kentucky: KRS § 271B.8-420. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.2.

[1983] Kentucky: KRS § 271B-8.300. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.1.

[1984] Kentucky: KRS § 271B.8-420. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.2.

que ces dirigeants devront exercer leurs devoirs de bonne foi, de façon informée et de manière qu'ils ont honnêtement crue être dans les meilleurs intérêts de la société. Ces trois critères sont les mêmes que ceux relatifs à la présomption proposée par la jurisprudence du Delaware en matière de *business judgment rule* (par exemple, la jurisprudence Aronson (1984) et Smith (1985)).

La section 271B.8-300 (2)[1985] et la section 271B.8-420 (2)[1986] expliquent que le devoir d'information exige d'exercer une enquête avec le soin d'une personne ordinairement prudente dans une situation semblable et dans les circonstances similaires. Le terme relatif au soin est dérivé du *Model Business Corporation Act* (la section 35 de 1974 et aussi la section 8.30 de 1984).

508. En outre, la législation du Kentucky permet aux statuts de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants et limitent cette responsabilité à une violation des devoirs de façon intentionnelle ou à une méconnaissance grossière des meilleurs intérêts de la société et ses actionnaires[1987].

509. Enfin, les sections 271B.8-300 (6)[1988] et 271B.8-420 (5)[1989], précisent le régime de la preuve : la charge de la preuve incombe au demandeur ; la preuve doit être claire et convaincante ; le demandeur doit aussi prouver le lien de causalité et le dommage.

510. On peut soutenir que le législateur du Kentucky a imposé aux dirigeants sociaux en tant que standard de conduite les devoirs exigés par la *business judgment rule* du Delaware en tant que standard de responsabilité. De plus, en limitant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à la faute intentionnelle et/ou aggravée, ce législateur a introduit le standard de responsabilité encore plus léger que la *business judgment rule* du Delaware.

[1985] Kentucky: KRS § 271B-8.300(2). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.1.

[1986] Kentucky: KRS § 271B.8-420 (2). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.2.

[1987] Kentucky: KRS § 271B-8.300(5). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.1. Kentucky: KRS § 271B.8-420(5). Pour l'original, voir Annexe n°7.2.2.

[1988] Kentucky: KRS § 271B-8.300 (6). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.1.

[1989] Kentucky: KRS § 271B.8-420 (6). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.2.2.

B — Nevada

511. Plan. — On examinera la section 78.138 des lois sur les sociétés générales qui s'applique en général[1990] (1) et la section 78.139 qui ne s'applique qu'en cas de changement de contrôle (2).

1 — La section 78.138 des lois sur les sociétés générales

512. Dans le Nevada, la sous-section 78.138 (1) des lois sur les sociétés générales dispose que les directeurs et les *officers* devraient exercer leurs pouvoirs de bonne foi et en vue des intérêts de la société[1991].

La sous-section 78.138 (3) des lois sur les sociétés dispose que les directeurs et les *officers* sont présumés agir de bonne foi, de façon informée et en vue des intérêts de la société[1992]. Cette disposition reprend la formulation de la *business judgment rule* articulée par la jurisprudence du Delaware (par exemple, Aronson (1984) et Smith (1985)).

La sous-section 78.138 (4) des lois sur les sociétés dispose que les directeurs et les *officers* peuvent prendre en compte les intérêts des employés, des fournisseurs, des créanciers et des clients de la société, les intérêts de l'économie de l'état, de la nation ou de la communauté, les intérêts de la société et de ses actionnaires à long terme ou à court terme, y compris l'indépendance de la société[1993]. La sous-section 78.138 (5) des lois sur les sociétés dispose que les directeurs et les *officers* ne sont pas obligés de prendre en compte l'effet d'une action proposée par un groupe particulier ayant un intérêt dans la société[1994]. Ces dispositions ne sont pas conformes à la jurisprudence du Delaware, qui dans le contexte de la jurisprudence Revlon, ne permet pas de

[1990] Nevada: N.R.S. 78.138. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

[1991] Nevada: N.R.S. 78.138(1). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

[1992] Nevada: N.R.S. 78.138 (3.).Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

[1993] Nevada: N.R.S. 78.138(4). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

[1994] Nevada: N.R.S. 78.138(5). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

prendre en compte des intérêts des autres groupes constitutifs, mais exige la recherche d'un meilleur prix pour les actionnaires.

La sous-section 78.138 (7) des lois sur les sociétés limite la responsabilité personnelle d'un directeur ou d'un *officer* à une violation intentionnelle des devoirs fiduciaires, à une fraude ou à une violation intentionnelle de la loi[1995].

2 — La section 78.139 des lois sur les sociétés générales

513. Dans le Nevada, la section § 78.139 des lois sur les sociétés s'applique à une situation de changement de contrôle[1996].

La section § 78.139 (2) dispose que si les directeurs et les *officers* prennent la décision de résister à un changement de contrôle et que si cette décision constitue un obstacle au droit de vote des actionnaires :

(a) les directeurs doivent avoir les fondements raisonnables de croire qu'une menace à la politique et à l'efficacité de la société existe, et

(b) la décision, qui constitue un obstacle au droit de vote des actionnaires, doit être raisonnable par rapport à cette menace.

Dans ce cas là, les directeurs et les *officers* bénéficient de la présomption établie par la sous-section 3 de NRS 78.138[1997].

On voit que cette disposition s'inspire de la jurisprudence du Delaware, à savoir de la jurisprudence Unocal (1985)/Unitrin (1995) qui propose la *business judgment rule* renforcée (*enhanced business judgment rule*).

La section § 78.139 (2) dispose que les dispositions de la sous-section 2 ne s'appliquent pas:

(a) aux actions qui affectent uniquement le temps de l'exercice d'un droit de vote des actionnaires ou

(b) à l'adoption ou à la signature des plans, des arrangements ou des instruments qui nient les droits, les privilèges, le pouvoir ou l'autorité à un titulaire d'un nombre

[1995] Nevada: N.R.S. 78.138(7). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.1.

[1996] Nevada: N.R.S. 78. 139. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.2.

[1997] Nevada: N.R.S. 78.139 (1) et (2). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.2.

déterminé ou d'une fraction déterminée d'actions ou d'une fraction de pouvoir de vote[1998].

Autrement dit, cette disposition écarte l'application de la *business judgment rule* renforcée (*enhanced business judgment rule*) aux « pilules empoisonnées » (*poison pills*).

La section § 78.139 (4) dispose que les dispositions des sous-sections 2 et 3 ne permettent pas aux directeurs et aux *officers* d'abroger tout droit conféré par la loi ou les statuts[1999]. Ainsi, cette section confirme la jurisprudence Moran (1985).

La section § 78.139 (5) dispose que les directeurs peuvent résister à un changement ou à un changement potentiel de contrôle de la société si les directeurs déterminent qu'un tel changement s'oppose ou n'est pas dans les meilleurs intérêts de la société:

(a) après avoir examiné les intérêts des actionnaires de la société et toutes les matières énoncées par la sous-section 4 de l' NRS 78.138 ou

(b) parce que le montant ou la nature de l'endettement et les autres obligations donnent des fondements raisonnables de croire que dans un délai raisonnable:

(1) les actifs de la société seraient ou deviendraient inférieurs à ses passifs;

(2) la société ou son successeur serait ou deviendrait insolvable ou

(3) toute procédure volontaire ou involontaire en vertu des lois fédérales sur la faillite serait introduite[2000].

514. Conclusion. — Nos recherches ont démontré que les dispositions législatives dans le Kentucky et dans le Nevada s'inspirent de la jurisprudence du Delaware en matière de *business judgment rule*.

515. Après avoir recherché les dispositions législatives qui s'inspirent de la jurisprudence du Delaware, on recherchera les dispositions législatives qui s'inspirent des jurisprudences des autres Etats.

[1998] Nevada: N.R.S. 78.139 (3). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.2.

[1999] Nevada: N.R.S. 78.139 (4). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.2.

[2000] Nevada: N.R.S. 78.139 (5). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.3.2.

II — La reprise des formulations prétoriennes forgées dans les autres Etats

516. Plan. — Sur le fondement de sa jurisprudence, le législateur de l'Etat de New York, a proposé les dispositions en matière de la responsabilité personnelle des dirigeants (A) qui ont inspiré le législateur dans l'Etat de New Jersey (B).

A — New York

517. Dans l'Etat de New York, la sous-section 717 (a) des lois sur les sociétés dispose qu'un directeur devra exercer ses devoirs de bonne foi et avec un tel soin qu'une personne ordinairement prudente dans une position pareille utiliserait dans des circonstances similaires. Cette sous-section est muette sur la croyance dans les meilleurs intérêts de la société[2001]. La sous-section 717 (b) des lois sur les sociétés permet à un directeur de considérer les intérêts des autres groupes constitutifs[2002].
La sous-section 715 (h) des lois sur les sociétés dispose qu'un *officer* devra exercer ses devoirs de bonne foi et avec un tel degré de soin qu'une personne ordinairement prudente dans la position pareille aurait utilisé dans les circonstances similaires. Cette sous-section est aussi muette sur la croyance dans les meilleurs intérêts de la société.
La disposition applicable aux *officers* est identique que celle applicable aux directeurs[2003].

B — New Jersey

518. Dans le New Jersey, la sous-section §14A:6-14 (1)[2004] des lois sur les sociétés dispose que les directeurs devraient exercer leurs devoirs de bonne foi et avec un tel degré de diligence, soin et compétence que les personnes ordinairement prudentes auraient exercé dans les circonstances similaires et dans les positions pareilles[2005].

[2001] McKinney's Business Corporation Law § 717(a). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.4.1.

[2002] McKinney's Business Corporation Law § 717(b). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.4.2.

[2003] McKinney's Business Corporation Law § 715(h). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.4.3.

[2004] New Jersey: N.J. S.A. § 14A:6-14. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.5.1.

[2005] New Jersey: N.J. S.A. § 14A:6-14 (1). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.5.1.

Cette sous-section ne mentionne pas la croyance dans les meilleurs intérêts de la société.

La sous-section §14A :6-14 (4) des lois sur les sociétés dispose que le directeur peut prendre en compte les intérêts de la société et de ses actionnaires à long et à court terme[2006].

La sous-section §14A :6-14 (3) permet aux statuts de limiter ou d'éliminer la responsabilité personnelle d'un directeur à l'égard de la société ou ses actionnaires[2007].

519. Conclusion § 1. — Selon nos recherches, la formulation de la *business judgment rule* du Delaware a inspiré le législateur dans le Kentucky et encore plus le législateur dans le Nevada. Sur le fondement de sa propre jurisprudence, le législateur dans le New York a introduit une formulation en matière de responsabilité personnelle des dirigeants qui a inspiré le législateur dans le New Jersey.

520. Après avoir proposé les dispositions législatives inpirées par la jurisprudence, on recherchera les dispositions législatives inspirées par le droit incitatif (*soft law*).

[2006] New Jersey: N.J. S.A. § 14A:6-14 (4). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.5.1.

[2007] New Jersey: N.J. S.A. § 14A:6-14 (3). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.5.1.

§ 2 — La reprise des formulations du droit incitatif

521. Plan. — Selon nos recherches, les lois sur les sociétés anonymes des Etats fédérés reprennent les formulations du *Model Business Corporation Act* (I) et de l'*American Law Institute* (II).

I — La reprise des formulations du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*)

522. Les lois sur les sociétés anonymes des Etats fédérés reprennent les dispositions du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de 1974 et de 1984 (A), et de 1998 (B).

A — La reprise des formulations du *MBCA* de 1974 et de 1984

523. On examinera les formulations du *MBCA* de 1974 (1) et de 1984 (2).

1 — La reprise des formulations de la section 35 de 1974

524. Le *Model Business Corporation Act* (la section 35) de 1974 prévoit un seul standard (le même standard de conduite et de responsabilité). La section s'applique seulement aux directeurs et pas aux *officers*.

525. On déterminera les lois d'Etats fédérés qui ont repris la section 35 du *MBCA* de 1974 (a) et on les qualifiera (b).

a — La détermination des lois d'Etats fédérés reprenant la formulation de la section 35 du *MBCA* de 1974

526. Selon nos recherches, le *Model Business Corporation Act* (la section 35) de 1974 est repris, en totalité ou en partie, par les dispositions dans au moins 7 Etats[2008].

[2008] (1) Alaska: directors : AS § 10.06.450 (b) and officers : AS § 10.06.483 (e) ; (2) California : directors : West's Ann. Cal. Corp. Code § 309 ; (3) Maryland : MD Code, Corporations and Associations, § 2-405.1 ; (4) Minnesota : M.S.A. § 302A.251 ; (5) New Mexico : § 53-11-35 ; (6)

527. 4 de ces Etats n'ont pas de dispositions s'adressant aux *officers*[2009]. 3 autres Etats ont les dispositions s'adressant aux *officers*[2010].

528. Les Etats ont modifié ces dispositions par rapport à la section 35 du *MBCA* de 1974.

Quant aux devoirs (standards de conduite), les différences par rapport à la section 35 du *MBCA* sont, par exemple,

- le devoir d'une enquête raisonnable pour les directeurs et les *officers*[2011] ;
- le manque de caractère raisonnable de la croyance d'un directeur dans les meilleurs intérêts de la société et des actionnaires[2012] ;
- les intérêts des actionnaires[2013] ;
- l'enquête raisonnable[2014] ;
- la présomption que le directeur de la société satisfait les standards imposés[2015] ;
- l'exclusion d'un devoir supérieur ou d'un examen plus important en cas d'acquisition sociétaire[2016] ;
- la permission de prendre en considération les intérêts des autres groupes constitutifs, par exemple, des intérêts des employés[2017] ;

North Dakota : ND CCA § 10-19-1.50 ; (7) Ohio : Ohio Rev. Code, Section 1701.59. Pour les détails, voir l'Annexe n°7.6.

[2009] (1) California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309, seulement aux officers; (2) Maryland : MD Code, Corporations and Associations, § 2-405.1 ; (3) New Mexico : § 53-11-35 ; (4) Ohio : Ohio Rev. Code, Section 1701.59.

[2010] (1) Alaska: AS § 10.06.483 (e); (2) Minnesota : M.S.A. § 302A.361 ; North Dakota : ND CCA § 10-19-1.50.

[2011] (1) Alaska: directors: AS § 10.06.450 (b); officers: AS § 10.06.483 (e).

[2012] (1) California: directeur: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309 (a).

[2013] (1) California: directeur: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309 (a).

[2014] (1) California: directeur: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309 (a).

[2015] Maryland : MD Code, Corporations and Associations, § 2-405.1 (e) : « (e) An act of a director of a corporation is presumed to satisfy the standards of subsection (a) of this section ».

[2016] Maryland : MD Code, Corporations and Associations, § 2-405.1 (f) : « (f) An act of a director relating to or affecting an acquisition or a potential acquisition of control of a corporation may not be subject to a higher duty or greater scrutiny than is applied to any other act of a director ».

- l'exercice des devoirs de manière qu'un directeur croit être conforme aux meilleurs intérêts de la société ou ne pas être contraire aux meilleurs intérêts de la société[2018].

Quant à la responsabilité (les standards de responsabilité), les différences par rapport à la section 35 sont, par exemple,

- le manque de standard de responsabilité pour les directeurs et les *officers*[2019] ;
- le manque de standard de responsabilité[2020] ;
- l'exigence d'une preuve claire et convaincante[2021] ;
- la permission aux statuts de limiter la responsabilité pour le dommage financier[2022] ;
- la limitation de la responsabilité à une action ou une omission intentionnelle[2023].

[2017] (1) Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (2) New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; (3) North Dakota: ND CCA § 10-19-50; (4) Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F).

[2018] « [I]n a manner the director reasonably believes to be or not opposed to the best interests of the corporation » v. (1) New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; (2) Ohio: Rev. Code, Section 1701.59

[2019] (1) Alaska: *directors*: AS § 10.06.450 (b); *officers*: AS § 10.06.483 (e).

[2020] New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34.

[2021] Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (D) (1). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.6.7.

[2022] (1) California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 309 (c) ; California: West's Ann. Cal. Corp. Code § 204 (a) (10) ; Minnesota: M.S.A. § 302A.251 ; North Dakota : N.D. C.C.A. § 10-19.1-50 (5).

[2023] Ohio: Rev. Code, Section 1701.59 (E). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.6.7.

b — La qualification des lois d'Etats fédérés reprenant la formulation de la section 35 du *MBCA* 1974 en tant que *business judgment rule*

529. Dans la Californie, la jurisprudence a estimé que la section § 309 de la loi sur les sociétés, qui s'inspire de la section 35 du *MBCA*, codifie la *business judgment rule*[2024].

530. Dans le Maryland, les sous-sections § 2-405.1 (a)[2025] et (e)[2026] du code ont été qualifiées de *business judgment rule*. La sous-section § 2-405.1 (a) du code a repris la section 35 du *MBCA*. Selon la sous-section du code § 2-405.1 (e), le directeur de la société est présumé avoir satisfait les standards imposés par la sous-section (a).

531. Conclusion 1. — La section 35 du *MBCA* de 1974 n'exprime pas explicitement la *business judgment rule*. Cependant, les dispositions des différents Etats de l'Union, qui s'inspirent de la section 35, ont été qualifiées de *business judgment rule* (par exemple, Californie ou Maryland).

532. Après avoir recherché les dispositions qui s'inspirent du *MBCA* de 1974, on recherchera les dispositions qui s'inspirent du *MBCA* de 1984.

[2024] V. Lamden v. La Jolla Shores Clubdominium Homeowners Assn., 21 Cal. 4th 249, 87 Cal. Rptr. 2d 237, 980 P.2d 940 (1999); FDIC v. Hawker, 2012 U.S. Dist. LEXIS 79320, N°CV F 12-0127 IJO DLB (E.D. Cal., June 6, 2012) ; v. *Model Business Corporation Act*, le commentaire officiel de la section § 8.31 : « Another court declared ''Section 309 [a standard of conduct almost identical to the prior section 8.30(a)] codifies California's business judgment rule.'' See Gaillard v. Natomas Co., 208 Cal. App. 3d 1250, 1264 (1989) ».

[2025] Maryland : MD Code, Corporations and Associations, § 2-405.1 (e) : « (e) An act of a director of a corporation is presumed to satisfy the standards of subsection (a) of this section ».

[2026] V. R. S. SERGENT, *The Corporate Director's Duty of Care in Maryland: Section 2-405.1 and the Business Judgment Rule* , 44 How. L. J. (Howard Law Journal) 191, p. 241: « The term *business judgment rule* has alternatively been used to refer to the court's reluctance to enjoin corporate actions, to refer to the codified duty of care in § 2.405.1(a), or to refer to a « presumption » that appears to have no real effect. All of this jargon provides little substantive guidance to the director who wishes to avoid liability, and it is necessary to move past terminology, and to examine the courts' treatment of corporate directors at a more basic level. »

2 — La reprise des formulations des sections 8.30 et 8.42 du *MBCA* de 1984

533. Le *Model Business Corporation Act* (la section 8.30) de 1984 applicable aux directeurs a prévu un seul standard (le même standard de conduite et de responsabilité).
Le *Model Business Corporation Act* (la section 8.42) de 1984 applicable aux *officers* a prévu un seul standard (le même standard de conduite et de responsabilité). Les standards de conduite et de responsabilité étaient les mêmes pour les directeurs et les *officers*.

534. On recherchera les dispositions qui ont repris la section 8.30 du *MBCA* de 1984 (a) et la section 8.42 du *MBCA* de 1984 (b).

a — La reprise de la section 8.30 du *MBCA* de 1984

535. On déterminera les lois d'Etats fédérés qui ont repris la section 8.30 du *MBCA* de 1984 (i) et on les qualifiera (ii).

i — La détermination des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.30 de 1984

536. Selon nos recherches au 1er mars 2013, le *Model Business Corporation Act* (la section 8.30 applicable aux directeurs) de 1984 est repris par les dispositions introduites dans les lois sur les sociétés anonymes dans 22 Etats[2027].

[2027] (1) Alabama ; (2) Arizona ; (3) Arkansans : § 4-27-830 ; (4) Colorado : C.R.S.A. § 7-108-401 [cette disposition s'applique, aux directeurs et aux *officers*]; (5) Connecticut : C.G.S.A. § 33-756 ; (6) Florida : F.S.A. § 607.0830 ; (7) Georigia : Ga. Code Ann. § 14-2-830 ; (8) Hawaii : HRS § 414-221 ; (9) Indiana : IC 23-1-35-1 ; (10) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 ; (11) Montanta : MCA 35-1-418 ; (12) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095; (13) New Hampshire: N.H. Rev. Stat. § 293-A: 8.30; (14) North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-30; (15) Oregon: O.R.S. § 60.357; (16) Rhode Island: RI Gen. Laws 1956, § 7-1.2-801; (17) South Carolina: Code 1976 § 33-8-300; (18) Tennessee : T.C.A. § 48-18-301 ; (19) Utah : U.C.A. 1953 § 16-10a-840 ; (20) Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 ; (21)

537. Les Etats ont modifié ces dispositions par rapport à la section 8.30 de 1984. Quant aux devoirs (les standards de conduite), les modifications sont, par exemple,

- la croyance d'un directeur dans les meilleurs intérêts de la société n'est pas dénommée la croyance raisonnable[2028] ;
- la permission de prendre en considération des intérêts, par exemple, des salariés[2029] ;
- l'exclusion d'un devoir plus important en cas de changement d'un contrôle[2030] ;
- la combinaison de la bonne foi, du jugement sur l'affaire et des meilleurs intérêts de la société[2031].

Quant à la responsabilité (les standards de responsabilité), les modifications par rapports à la section 8.30 de 1984 sont, par exemple,

- des défenses et présomptions[2032] ;
- la responsabilité à l'égard des actionnaires[2033] ;
- la limitation de la responsabilité pour le dommage financier[2034] ;
- la limitation de la responsabilité à une violation intentionnelle des devoirs imposés ou à une négligence grossière (*recklessness*)[2035] ;
- la permission aux statuts de limiter ou d'éliminer la responsabilité[2036] ;

Virginia : VA Code Ann. § 13.1-690 ; (22) Washington : West's RCWA 23B.08.300.

Pour plus de détails, voir l'Annexe n°7.8.

[2028] Ala. Code 1975 § 10A-2-8.30 (a) (3).

[2029] (1) Connecticut: C.G.S.A. § 33-756; (2) Florida: F.S.A. § 607.0830 ; (3) Hawaii : HRS § 414-221 (b) ; (4) Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f); (5) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 ; (6) Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); (7) Oregon: O.R.S. § 60.357 (8); Vermont : Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3).

[2030] North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-30.

[2031] Virginia: VA Code Ann. § 13.1-690. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.21.

[2032] A.R.S. § 10-830 (D), 2e phrase.

[2033] Colorado : C.R.S.A. § 7-108-401 ; Utah : U.C.A. 1953 § 16-10a-840 (4).

[2034] Florida: directors: West's F.S.A. § 607.0831. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.6.

[2035] Indiana: IC 23-1-35-1. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.9 ; Utah: U.C.A. 1953 § 16-10a-840. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.19.

[2036] North Carolina: N.C. G.S.A. § 55-8-30. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.14.

- l'imposition de la charge de la preuve sur le demandeur[2037].

ii — La qualification des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.30 de 1984 en tant que *business judgment rule*

538. Qualification. — Dans l'Arizona, le législateur a ajouté les deux dispositions dans la sous-section A.R.S. §10-830(D). La première disposition pose qu'un directeur est présumé avoir exercé les devoirs d'un directeur conformément à la sous-section §10-830.A (similaire à la section 8.30 du *Model Act* de 1984)[2038]. La seconde disposition dispose que la charge de la preuve repose sur le demandeur, qui doit démontrer, par la preuve claire et convaincante, les faits qui renversent la présomption[2039].

La sous-section A.R.S. §10-830(D) est qualifiée de *business judgment rule*. Or, la sous-section A.R.S. §10-830(D) se réfère aux devoirs imposés par la disposition A.R.S. §10-830(A)[2040]. Donc, il n'y a pas de différence entre les devoirs imposés par la sous-section §10-830(A), c'est-à-dire le standard de conduite (*standard of conduct*) et les devoirs vérifiés par la §10-830(D), c'est-à-dire le standard de responsabilité (*standard of liability*/*standard of revision*).

539. En Floride, le législateur a introduit la section 607.0831 du code qui limite la responsabilité personnelle d'un directeur pour l'action ou l'omission relatives à la

---

[2037] Virginia: VA Code Ann. § 13.1-690 (D). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.21.

[2038] A.R.S. § 10-830 (D), 3e phrase : « A director is presumed in all cases to have acted, failed to act or otherwise discharged such director's duties in accordance with subsection A. »

[2039] A.R.S. § 10-830 (D), 4e phrase : « The burden is on the party challenging a director's action, failure to act or other discharge of duties to establish by clear and convincing evidence facts rebutting the presumption. »

[2040] 9 AZPRAC § 2:16; 9 Ariz. Prac., Business Law Deskbook § 2:16 (2012-2013 ed.). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.9.

gestion ou à la politique de la société[2041]. Selon la jurisprudence et la doctrine, cette section codifie la *business judgment rule*[2042].

540. En Georgie, le commentaire officiel de la section §14-2-830 du code déclare que cette section n'essaie pas de codifier la *business judgment rule* ou de définir les différences, si elles existent, entre cette règle et les standards de conduite d'un directeur énoncés par cette section[2043].

541. Dans l'Indiana, la sous-section §23-1-35-1(f) utilise l'expression la *business judgment rule* explicitement. En vertu de la sous-section §23-1-35-1(f) et de la sous-section §23-1-35-1(g), la décision d'action ou d'omission des directeurs, approuvée par la majorité des directeurs désintéressés, de bonne foi et après une enquête raisonnable, sera valide[2044].

542. Conclusion a. — La section 8.30 du *MBCA* de 1984 n'exprime pas explicitement la *business judgment rule*.

Les dispositions de l'Etat d'Arizona, qui s'inspirent de la section 8.30 du *MBCA* de 1984, sont considérées comme l'expression de la *business judgment rule*. Au contraire, le commentaire aux dispositions de l'Etat de Georgie, énonce explicitement que ces dispositions, inspirées aussi par la section 8.30 du *MBCA* de 1984, ne constituent pas la *business judgment rule*.

Il est très intéressant de noter que la disposition limitant la responsabilité personnelle d'un directeur introduite dans la loi de Floride est qualifiée de *business judgment rule*.

[2041] En Floride, le législateur a introduit la disposition similaire dans la section 608.4228 dans le Chapitre 608 relatif à la *limited liability company*. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.10.

[2042] v. J. F. CARROLL, *The business judgment rule in Florida – on paper and in the trenches*, 80 Fla. B. J. (Florida Bar Journal) 55 (July/August 2006); note 1: « See U.S. v. De La Mata, 266 F.3d 1275, 1297 (11th Cir. 2001) (« we read F.S. § 607.0831 as codifying the 'business judgment rule' in Florida ») (citing In re Toy King Distr., Inc., 256 B.R. 1, 173 (M.D. Fla. 2000) »; Ch. A. CAZIN, *Personal Liability Exposure For Nursing Home Operators : Canavan's Encroachment on the Business Judgment Rule*, 85 Fla. B. J. (Florida Bar Journal) 46 (May 2011).

[2043] Georgia : Ga. Code. Ann. § 14-2-830. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.7.

[2044] Indiana : IC 23-1-35-1(f). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.8.9.

543. Après avoir recherché les dispositions qui ont repris la section 8.30 du *MBCA* de 1984, on recherchera les dispositions qui ont repris la section 8.42 du *MBCA* de 1984.

b — La reprise de la section 8.42 du *MBCA* 1984

544. On déterminera les lois d'Etats fédérés qui ont repris la section 8.42 du *MBCA* de 1984 (i) et on les qualifiera (ii).

i — La détermination des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.42 de 1984

545. Selon nos recherches au 1er mars 2013, le *Model Business Corporation Act* (la section 8.42 applicable aux *officers*) de 1984 est repris par les dispositions introduites dans les lois sur les sociétés anonymes dans au moins 17 Etats[2045].

546. Ces dispositions s'appliquent soit seulement aux *officers* avec l'autorité discrétionnaire[2046], soit à tous les *officers*.

547. Les modifications législatives par rapport à la section 8.42 du *MBCA* de 1984 sont, par exemple,

---

[2045] (1) Alabama ; (2) Arizona ; (3) Arkansas : A.C.A. § 4-27-842 ; (4) Colorado : C.R.S.A. § 7-108-401 [cette disposition s'applique aux directeurs et aux *officers*] ; (5) Connecticut : C.G.S.A. § 33-765 ; (6) Georgia : Ga. Code Ann. § 14-2-842 ; (7) Hawaii : HRS § 414-233 ; (8) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.42 ; (9) Montanta : MCA 35-1-443 ; (10) Nebraska : Neb. Rev. St. § 21-2099 ; (11) New Hampshire : N.H. Rev. St. Ann. § 293-A : 8.42 ; (12) North Carolina : N.C. G.S.A. § 55-8-42 ; (13) Oregon : O.R.A. § 60.377 ; (14) South Carolina : Code 1976 § 33-8-420 ; (15) Tennessee : T.C.A. § 48-18-403 ; (16) Utah : U.C.A. 1953 § 16-10a-840 ; (17) Washington : West's RCWA 23B.08.420. Pour plus de détails, voir l'Annexe n°7.11.

[2046] Montanta : MCA 35-1-443 ; Nebraska : Neb. Rev. St. § 21-2099 ; Utah: U.C.A. 1953 § 16-10a-840 ; Washington : West's RCWA 23B.08.420 ; (10) New Hampshire : N.H. Rev. St. Ann. § 293-A :8.42 ; (12) Oregon : O.R.A. § 60.377 (1) ; South Carolina : Code 1976 § 33-8-420.

- les défenses, la présomption et la charge de la preuve[2047] ;
- la bonne foi et la croyance dans les meilleurs intérêts de la société combinés en un devoir[2048] ;
- la limitation de la responsabilité à la violation intentionnelle des devoirs imposés ou à une négligence grossière[2049].

ii — La qualification des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.42 de 1984 en tant que *business judgment rule*

548. Aucune disposition législative s'inspirant de la section 8.42 du *MBCA* de 1984 n'est qualifée de *business judgment rule*.

549. Après avoir examiné les dispositions législatives s'inspirant du *MBCA* de 1974 et 1984, on recherchera les dispositions législatives s'inspirant du *MBCA* de 1998.

B — La reprise des formulations de 1998

550. Dans les lois des Etats fédérés d'abord, on recherchera les formulations des sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 (1), ensuite les formulations de la section 8.42 du *MBCA* de 1998 (2).

1 — La reprise des formulations des sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998

551. On déterminera les lois d'Etats fédérés qui ont repris les sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 (a) et on les qualifiera (b).

[2047] Arizona: A.R.S. § 10-842. D, 2ème, 3ème et 4ème phrase. Cf. A.R.S. § 10-830. D.2ème, 3ème et 4ème phrase.

[2048] Georgia: Ga. Code Ann., § 14-2-842.

[2049] Utah: U.C.A. 1953 § 16-10a-840 (4) (b).

a — La détermination des lois d'Etats reprenant la formulation des sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998

552. Selon nos recherches au 1er mars 2013, le *Model Business Corporation Act* (les sections 8.30 et 8.31) de 1998 est repris par les dispositions introduites dans les lois sur les sociétés anonymes dans au moins 8 Etats[2050].

553. Les Etats de l'Union ont apporté les modifications par rapport aux sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 :

- l'action de manière conforme ou non contraire aux meilleurs intérêts de la société[2051] ;
- la permission de prendre en compte les intérêts des autres groupes constitutifs, par exemple, des salariés[2052] ;
- l'obligation de divulgation[2053].

b — La qualification des lois d'Etats reprenant la formulation des sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 en tant que *business judgment rule*

554. Dans l'Idaho, le commentaire officiel de la section § 30-1-831 du code déclare que cette section, tout en n'étant pas de codification de la *business judgment rule* y est adjointe[2054].

[2050] (1) Idaho: I.C. § 30-1-830; (2) Iowa : I.C.A. § 490. 830 ; I.C.A. § 490. 830 ; (3) Maine : 13-C M.R.S.A. § 831 ; 13-C M.R.S.A. § 832 ; (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 ; Miss. Code Ann. § 79-4-8.31 ; (5) South Dakota: SDCL § 47-1A-830; SDCL § 47-1A-831 ; (6) West Virginia : W. Va. Code, § 31D-8-830 ; W. Va. Code, § 31D-8-831 ; (7) Wyoming : Const. § 17-16-830 ; Const. § 17-16-831 ; (8) District of Columbia (DC) : DC ST § 29-306.30 ; DC ST § 29-306.31.
Pour plus de détails, voir l'Annexe n°7.12.

[2051] Wyoming: Conts. § 17-16-830 (a) (ii). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.12.7.

[2052] 13-C M.R.S.A. § 831: 6; Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; Wyoming : Const. § 17-16-830 (c).

[2053] (1) Maine : 13-C M.R.S.A. § 831(7). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.12.3 ; (2) Wyoming : Conts. § 17-16-830 (c). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.12.7 ; (3) District of Columbia (DC): DS ST § 29-306.30(c). Pour l'original, voir l'Annexe n°7.12.8.

[2054] Idaho: I.C. § 30-1-831. Pour l'original, voir l'Annexe n°7.12.1.

555. Après avoir recherché les dispositions qui ont repris les sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998, on recherchera les dispositions qui ont repris la section 8.42 du *MBCA* de 1998.

2 — La reprise des formulations de la section 8.42 du *MBCA* de 1998

556. On déterminera les lois d'Etats fédérés qui ont repris la sections 8.42 du *MBCA* de 1998 (a) et on les qualifiera (b).

a — La détermination des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.42 du *MBCA* de 1998

557. Selon nos recherches, le *Model Business Corporation Act* (la section 8.42) de 1998 est repris par les dispositions introduites dans les lois sur les sociétés anonymes dans au moins 8 Etats[2055].

558. Ces dispositions s'appliquent soit seulement aux *officers* avec l'autorité discrétionnaire[2056], soit à tous les *officers*[2057].

559. Les Etats de l'Union ont apporté les modifications par rapport à la section 8.42 du *MBCA* de 1998, qui sont, par exemple,

- le standard de conduite sans standard de responsabilité[2058] ;
- la croyance dans la conformité ou la non-contrariété aux meilleurs intérêts de la société[2059] ;

[2055] (1) Idaho: I.C. § 30-1-842; (2) Iowa: I.C.A. § 490. 842; (3) Maine: 13-C M.R.S.A. § 843; (4) Mississippi : § 79-4-8.42 ; (5) South Dakota: SDCL § 47-1A-842; SDCL § 47-1A-842.2 ; (6) West Virginia : W. Va. Code, § 31D-8-842 ; (7) Wyoming : W.S. § 17-16-842 ; (8) District of Columbia (DC) : DC ST § 29-306.42 ; Pour plus de détails, voir l'Annexe n°7.13.

[2056] Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842. Pour plus de détails, voir l'Annexe n°7.13 (7).

[2057] (1) Idaho: I.C. § 30-1-842; Iowa: I.C.A. § 490. 842; (2) District of Columbia (DC): DC ST § 29-306.42

[2058] West Virginia : W. Va. Code, § 31D-8-842.

[2059] Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (a) (ii).

- la permission de la prise en compte des intérêts des autres groupes constitutifs, par exemple, des salariés[2060].

b — La qualification des lois d'Etats reprenant la formulation de la section 8.42 de 1998 en tant que *business judgment rule*

560. Aucune disposition législative s'inspirant de la section 8.42 du *MBCA* de 1998 n'est qualifée de *business judgment rule*.

561. Après avoir examiné les dispositions législatives s'inspirant du *MBCA*, on recherchera les dispositions législatives s'inspirant des *Principles of Corporate Governance*.

II — La reprise de la formulation de la *business judgment rule* proposée par l'*American Law Institute* (*ALI*) dans les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendation*

562. Selon nous, les sections § 4.01 (c) et 4.01 (d) des *Principles* de l'*ALI* relatives à la *business judgment rule* sont très similaires aux dispositions § 91. C et § 91. E introduites dans la Louisiane par la loi de 1999[2061].

Les éléments différents, proposés par le législateur de Lousiane, sont, par exemple,

- la qualification du devoir en tant que devoir de diligence, soin, jugement et habilité ;
- l'expression « conflit d'intérêts » ;
- l'expression « croyance rationnelle dans les meilleurs intérêts des actionnaires » ;
- la qualification de la relation fiduciaire et la précision des devoirs (bonne foi, diligence, soin, jugement et compétence (*skill*) qu'un homme ordinairement

[2060] Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2061] Louisiana: LSA-R.S. 12:91(C). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°7.14.1.

prudent aurait exercé dans des circonstances similaires et dans une position semblable)[2062] ;

- la limitation de la responsabilité à une négligence grossière ou à une conduite plus grave (par exemple, les violations intentionnelles du devoir de loyauté)[2063].

[2062] Louisiana: LSA-R.S. 12:91(A). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°7.14.1.

[2063] Louisiana: LSA-R.S. 12:91(A) et (B). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°7.14.1.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

563. *Business judgment rule* implicite (*implied business judgment rule*). — On a voulu rechercher la *business judgment rule* implicite dans les dispositions législatives dans les Etats de l'Union, c'est-à-dire les dispositions législatives qui expriment la règle sans la dénommer explicitement.

Sur le fondement de nos recherches, on propose les deux types de dispositions législatives qui expriment implicitement la *business judgment rule* (*implied business judgment rule*).

Le premier type est composé des dispositions législatives qui reprennent ou s'inspirent des sources qui expriment explicitement la *business judgment rule*, par exemple, la jurisprudence du Delaware (Kentucky, Nevada) ou la section 4.01(c) des *Principles* de l'*American Law Institute* (Louisiane).

Le deuxième type est composé des dispositions législatives, qui, tout en reprenant ou s'inspirant des sources qui n'expriment pas explicitement la *business judgment rule*, par exemple, des dispositions du *Model Business Corporation Act*, sont qualifiées de *business judgment rule*.

Dans ce deuxième type, on propose deux sous-types.

Le premier sous-type est composé des dispositions législatives qui reprennent ou s'inspirent des dispositions du *MBCA*, c'est-à-dire (1) de la section 35 du *MBCA* de 1974; (2) de la section 8.30 du *MBCA* de 1984 applicable aux directeurs, ainsi que de la section 8.42 du *MBCA* de 1984 applicable aux *officers*, ou (3) des sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 applicables aux directeurs, ainsi que des sections 8.42 et 8.31 (par renvoi) du *MBCA* applicables aux *officers*.

Le deuxième sous-type est composé des dispositions législatives qui limitent ou permettent de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.

564. Limitations législatives de responsabilité. — Nos recherches ont démontré que les dispositions législatives dans un nombre d'Etats ont introduit des dispositions limitant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.

Sur le fondement de nos recherches, nous proposons 2 types de limitations législatives de responsabilité.

Le premier type consiste en permission aux statuts de limiter ou même d'exclure la responsabilité personnelle des directeurs et/ou des *officers*, sauf certaines exceptions (limitation facultative).

Le deuxième type consiste en limitation et/ou exclusion obligatoire de responsabilité personnelle des directeurs et/ou des *officers*, sauf certaines violations (limitation obligatoire). Une telle limitation législative obligatoire en Floride a été qualifiée de *business judgment rule*.

La question qui se pose est de savoir quelle est la différence entre les conditions de responsabilité dans le cadre de la *business judgment rule* et dans le cadre des dispositions limitant la responsabilité personnelle des dirigeant sociaux.

La disposition limitant obligatoirement la responsabilité personnelle des dirigeants est qualifiée de *business judgment rule*. La disposition législative permettant aux statuts de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants exprime-t-elle aussi la *business judgment rule* ?

565. Groupes constitutifs (*Constituencies*). — Selon nos recherches au 1er mars 2013, au moins 20 Etats sur 42 qui ont statué législativement en la matière, permettent, en général ou en cas particulier, aux directeurs et/ou aux *officers*, de prendre en considération aussi les intérêts d'autres que ceux de la société et ses actionnaires[2064].

[2064] (1) Connecticut: *directors*; (2) Florida: *directors*; (3) Hawaii: *directors* : HRS § 414-221 (b) ; (4) Idaho; (5) Illinois; (6) Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f); (7) Maine : *directors* et *officers* : 13-C M.R.S.A. § 831; (8) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; (9) Minnesota : *directors* M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (10) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; (11) Nebraska : *directors* Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); (12) Nevada :N.R.S. 78.138: ; (13) New Jersey : N.J. S.A. § 14A:6-14 ; (14) New Mexico : NMSA 1978, § 53-11-34 ; (15) New York : McKinney's Business Corporation Law § 717(b): ; (16) North Dakota : ND CCA § 10-19-50 ; (17) Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; (18) Oregon: *directors* O.R.S. § 60.357 (5) ; (19) Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3); (19) Wyoming: *directors* et *officers* : Const. § 17-16-830 (g) (directors) ; (20) Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e) (*officers*).

Pour plus de détails, voir l'annexe n°7.15.

566. Les dispositions sont d'application générale[2065] ou d'application limitée, par exemple, pour certaines sociétés, c'est-à-dire des sociétés cotées[2066], ou dans certaines situations, c'est-à-dire au changement de contrôle[2067].

Les dispositions s'appliquent seulement aux directeurs[2068] ou aux directeurs et aux *officers*[2069].

Les intérêts qui peuvent être pris en considération sont soit déterminés[2070], soit indéterminés, c'est-à-dire tout autre facteur pertinent est admis[2071].

Parmi les intérêts déterminés qui peuvent être pris en considération, on trouve les intérêts (1) de la société à court ou long terme[2072] ; (2) des actionnaires[2073] ; (3) des

---

[2065] Florida ; Hawaii: directors : HRS § 414-221 (b) ; New York ; Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f) ; Maine : 13-C M.R.S.A. § 831; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); Nevada: N.R.S. 78.138; New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; McKinney's Business Corporation Law § 717(b); North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3) ; Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2066] (1) Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3).

[2067] Connecticut ; New Jersey; Oregon : Oregon: O.R.S. § 60.357 (5).

[2068] (1) Hawaii: directors : HRS § 414-221 (b) ; (2) Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f) ; (3) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; (4) Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (5) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; (6) Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); (7) New Jersey: N.J. S.A. 14A:6-14. (4); (8) New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; (9) New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b) ; (10) Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; (11) Oregon: O.R.S. § 60.357 (5).

[2069] (1) Maine : 13-C M.R.S.A. § 831; (2) Nevada: N.R.S. 78.138 ; (3) Wyoming : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; (4) Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2070] (1) Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); (2) Nevada: N.R.S. 78.138; (3) New Jersey: N.J. S.A. 14A:6-14. (4); (4) New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; (5) New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b); (6) North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6)Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F).

[2071] Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f) ; Maine : 13-C M.R.S.A. § 831; New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ; Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2072] Oregon: O.R.S. § 60.357 (5).

[2073] Indiana : IC 23-1-35-1 (d), (f); Maine : 13-C M.R.S.A. § 831; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota : Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; Mississippi : Miss. Code Ann. §

employés[2074] ; (4) des employés actuels (*current employees*) et retraités (*retired employees*) ;[2075] (5) des créditeurs (*creditors*)[2076] ; des fournisseurs (*suppliers*)[2077] ; des clients (*customers*)[2078] ; des communautés (*communities*)[2079] ; des considérations

---

79-4-8.30 (f); Nevada : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Jersey : New Jersey: N.J. S.A. 14A:6-14. (4); New Mexico : New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b); North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio : Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2074] Indiana; Maine; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota : Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5 ; Mississippi : Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f); Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c) ; Nevada : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Mexico : New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; New York; North Dakota : North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio; Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; Oregon: directors; Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ; Vermont; Wyoming: directors and officers : Wyoming : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2075] New York : *McKinney's Business Corporation Law* § 717(b).

[2076] Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota: directors : Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5 ; Mississippi: directors : Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f); Nebraska: directors : Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c) ; Nevada: directors and officers : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Mexico: directors : New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; New York: directors : New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b); North Dakota: directors : North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio; Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; Vermont: directors; Wyoming: directors and officers : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2077] Indiana; Maine: directors and officers; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota: directors Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5 ; Mississippi: directors (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f); Nebraska : Nebraska : directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c): directors; Nevada: directors and officers : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Mexico: directors : New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; North Dakota: directors; Ohio Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F); Oregon: directors; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ; Vermont: directors; Wyoming: directors and officers :Wyoming : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2078] Indiana; Maine; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota : directors Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5 ; Mississippi: directors Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f); Nebraska: directors : Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); Nevada: directors and officers : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Mexico: directors; New York: directors; North Dakota: directors : ND CCA § 10-19-50 (6); New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b); Ohio : Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F); Oregon: directors; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ;

sociales[2080] ; des zones géographiques d'opération (*geographical areas in which it operates* »)[2081] ; de la société (*society*)[2082] ; de l'économie de l'Etat[2083] ; de la région[2084] ; et/ou de la nation[2085] ; de l'indépendance de la société[2086] ; du potentiel de croissance, de développement, de productivité, de profitabilité de la société[2087].

Vermont : directors; Wyoming: directors and officers : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2079] Indiana; Maine; Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota : directors Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5 ; Mississippi: directors (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f); Nebraska: directors Nebraska: Neb. Rev. St. § 21-2095 (1) (c); Nevada: directors and officers : Nevada: N.R.S. 78.138: ; New Mexico: directors : New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; New York : New York: McKinney's Business Corporation Law § 717(b); North Dakota: directors : North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio= Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F); Oregon: directors; Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ; Vermont: directors; Wyoming: directors and officers : Wyoming : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2080] Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F).

[2081] Oregon: O.R.S. § 60.357 (5).

[2082] Nevada: N.R.S. 78.138.

[2083] Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; Nevada: N.R.S. 78.138; New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ;Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ;Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3) ; Wyoming : Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2084] (1) Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3) ; (2) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3).

[2085] (1) Hawaii: directors : HRS § 414-221 (b) ; (2) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; (3) Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; (5) Nevada: N.R.S. 78.138; (6) New Mexico: NMSA 1978, § 53-11-34; (7) North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6); (8) Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; (9) Oregon: O.R.S. § 60.357 (5) ; (10) Vermont : 11 A V.S.A. § 8.30 (a) (3) ; (11) Wyoming : Const. § 17-16-830 (g) ; (12) Wyoming: W.S. 1977 § 17-16-842 (e).

[2086] (1) Hawaii: directors : HRS § 414-221 (b) ; (2) Massachusetts : M.G.L.A. 156 D § 8.30 (a) (3) ; (3) Minnesota: M.S.A. § 302A.251, Subd. 5; (4) Mississippi : Miss. Code Ann. § 79-4-8.30 (f) ; (5) Nevada: N.R.S. 78.138; (6) North Dakota: ND CCA § 10-19-50 (6) ; (7) Ohio: Rev. Code, section 1701.59 (F) ; (8) Oregon: O.R.S. § 60.357 (5).

[2087] New York: *McKinney's Business Corporation Law* § 717(b).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

567. Sur le fondement de nos recherches empiriques, on conclut que les Etats de l'Union ont introduit les dispositions législatives qui utilisent explicitement l'expression la *business judgment rule* et/ou qui expriment la *business judgment rule* implicitement en reprenant les formulations déjà reconnues ou des formulations débattues, et même en proposant de nouvelles formulations.

CHAPITRE 2
LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LES LOIS ET REGLEMENTS EN VIGUEUR EN AUSTRALIE ET EN ALLEMAGNE

568. On examinera la *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie (Section 1) et en Allemagne (Section 2).

Section 1 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie

569. Le législateur australien a introduit la disposition qu'il a dénommée la *business judgment rule*. Il convient d'examiner la formulation (§1) et le régime (§2) de cette disposition australienne.

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule* en Australie

570. Le projet de la loi de 1998 a proposé d'introduire la *business judgment rule* dans la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act 2001*), la section 180 (2)[2088]. Le mémorandum accompagnant ce projet a expliqué cette proposition. Le texte proposé dans le projet de la loi de 1998 a été repris, sans modification, par la loi de 1999, entré en vigueur en mars 2000.
Désormais, la loi sur les sociétés anonymes, la section 180 dispose de la façon suivante :

« Soin et diligence – les directeurs et les autres *officers*

[2088] *Parliament of the Commonwealth of Australia*, *House of Representatives*, *Corporate Law Economic Reform Program* (*CLERP*) *Bill 1998* et *Explanatory Memorandum*, disponible sur le site officiel du gouvernement de l'Australie:
http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004B00269 (la dernière visite: le 30 janvier 2013), p. 1 - n°1.3, 17-18, 26, 29, p. 1 - n°1.3 : le projet de cette disposition a été d'introduire la formulation codifiée de la *business judgment rule* (*statutory form of business judgment*). [ci-après, *Australia 1998 Bill&Memo* (1998), p._].

(1) Le directeur ou l'*officer* de la société doivent exercer leurs pouvoirs et leurs devoirs avec le degré de soin et diligence qu'une personne raisonnable aurait exercé si elle :

(a) était le directeur ou l'*officer* de la société dans les circonstances de la société ;

(b) occupait les fonctions et possédait les mêmes responsabilités dans la société que le directeur ou l'*officer*.

Note : Cette sous-section est une disposition de la sanction civile (voir la section 1317E).

Business Judgment Rule

(2) Un directeur ou un *officer* de la société qui porte un jugement sur l'affaire sera qualifié de remplir les conditions de la sous-section 1, et leurs devoirs équivalents dans la *common law* et dans l'*equity*, à l'égard du jugement s'ils :

(a) portent le jugement de bonne foi dans le but propre ;

(b) n'ont pas intérêt personnel matériel (important) dans le sujet du jugement; et

(c) s'informent sur le sujet du jugement dans la mesure qu'ils croyaient raisonnablement être appropriée; et

(d) croient rationnellement que le jugement est dans les meilleurs intérêts de la société.

La croyance d'un directeur ou d'un *officer* que le jugement est dans les meilleurs intérêts de la société est rationnelle à moins qu'aucune personne raisonnable dans leur position ne le croirait.

Note : Cette sous-section n'opère que dans la relation aux devoirs sous cette section et leurs devoirs équivalents dans la *common law* et dans l'*equity* (y compris, le devoir de soin sous les Principles de la *common law* en matière de responsabilité pour négligence). Cette sous-section n'opère pas dans la relation aux devoirs sous une autre disposition de cette loi ou des autres lois.

(3) Dans cette section: la *business judgment* signifie toute décision de prendre ou de ne pas prendre l'action à l'égard d'une matière relative aux opérations des affaires de

la société »[2089].

571. Il est intéressant de souligner que le législateur lui-même intitule la loi sur les sociétés anonymes, la section 180(2), la *business judgment rule*[2090].

572. L'introduction de la *business judgment rule* dans la loi sur les sociétés anonymes est considérée et recommandée par un nombre de comités[2091].

573. La jurisprudence et la doctrine ont admis que la *business judgment rule* australienne a été rédigée à partir de la formulation codifiée de la *business judgment rule* proposée aux Etats-Unis par l'*American Law Institute* (*ALI*) dans les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*[2092]. La question qui se pose est de savoir s'il y a des différences entre la *business judgment rule* américaine, celle prévue par l'*ALI* et celle prévue par la loi sur les sociétés anonymes australiennes (*Corporations Act* 2001). Selon la jurisprudence australienne, ASIC v. Rich, la *business judgment rule* australienne n'est pas une réflexion complète de la position américaine[2093].

574. Selon la doctrine, avant la codification de la *business judgment rule*, il existait la *business judgment rule* prétorienne[2094].

[2089] *Corporations Act 2001*; *Chapter 2D* (*Officers and employees*); Part 2D.1 (*Duties and powers*); *Division 1* (*General duties*); *Section 180* (*Care and diligence—civil obligation only*) [ci-après, *Australia Corporations Act (2001)* § 180]. Pour l'original, voir l'Annexe n°8.1.1.

[2090] *Australia Corporations Act* (2001) § 180 (2).

[2091] *Australia 1998 Bill&Memo* (1998), p.17, n°6.2. Pour plus d'informations, voir l'Annexe n°8.1.2.

[2092] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7256). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.3(a). V. aussi, J. VARZALY, *Protecting the Authority of Directors: An Empirical Analysis of the Statutory Business Judgment Rule*, Journal of Corporate Law Studies, Volume 12, Number 2, (October 2012), pp. 429-463, p. 434. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.3(b).

[2093] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7257). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.4.

[2094] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 434-435. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.5.

575. Après la codification de la *business judgment rule*, il a été proposé d'étendre la formulation de la *business judgment rule*.

En avril 2006, le service financier du gouvernement australien a émis le document de consultation et a cherché les commentaires sur la question s'il devait y avoir une protection générale pour les directeurs et les *officers* les exemptant de la responsabilité encourue sous la loi sur les sociétés anonymes à condition qu'ils agissent:

- de bonne foi ;
- dans le cadre des affaires de la société ;
- raisonnablement et accessoirement aux affaires de la société et
- pour le bénéfice de la société.

Cette protection allait s'étendre à toute obligation que le directeur ou l'*officer* est tenue d'exercer sous la loi sur les sociétés anonymes[2095].

En mars 2007, le service financier du gouvernement australien a émis un autre document dans lequel, par exemple, il a synthétisé les commentaires reçus sur la défense générale proposée dans le document de 2006[2096]. Les arguments pour la proposition étaient, par exemple, le domaine d'application large et la réduction d'une incertitude sur l'existence de la violation des devoirs des dirigeants, la réduction du risque de la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants; la concentration des

---

[2095] *Government of Australia*, *Commonwealth Treasury of Australia*, *The Treasury*, *Parliamentary Secretary to the Treasurer*, *Corporations and Financial Services Division*, *Corporate and Financial Services Regulation Review – Consultation Paper*, avril 2006, [ci-après, *Australia 2006 Consultation Paper*, p. _] disponible sur le site officiel des archives du *Commonwealth Treasury of Australia* sur http://archive.treasury.gov.au/contentitem.asp?ContentID=1068&NavID= (la dernière visite: le 30 janvier 2013), p. 46, 47. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.6.

[2096] *Australian Government/ Commonwealth Treasury of Australia*, *The Treasury*, *Corporations and Financial Services Division*, *Review of Sanctions in Corporate Law*, le 5 mars 2007, [ci-après, *Australia 2007 Review*, p._] disponible sur le site officiel des archives du *Commonwealth Treasury of Australia* sur: http://archive.treasury.gov.au/contentitem.asp?ContentID=1182, (la dernière visite: le 30 janvier 2013), en particulier, pp. 29-33, n°3.2, p. 29. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.7.

dirigeants sur les intérêts de la société[2097]. Les arguments contre la proposition étaient, par exemple, l'augmentation de la complexité et des coûts de la procédure[2098].

En janvier 2010, le service financier du gouvernement australien a émis un document de discussion dans lequel il a proposé de modifier la *business judgment rule* pour les sociétés en difficulté[2099]. Il a proposé d'appliquer la *business judgment rule* au devoir du directeur en cas d'insolvabilité prévue à la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 588G). La règle libérerait les directeurs du devoir de ne pas faire de commerce en cas d'insolvabilité si les conditions suivantes étaient satisfaites :

• les comptes et documents de la société présentaient une image fidèle des circonstances financières de la société au moment où la règle était invoquée ;

• le directeur était informé par les conseils de la restructuration d'un professionnel expérimenté et qualifié avec accès à ces comptes et documents, sur la faisabilité et les moyens d'assurer que la société restait solvable ou qu'elle était retournée à un état de solvabilité dans une période de temps raisonnable ;

• C'est le jugement sur l'affaire du directeur que les intérêts de tous les créanciers de la société dans leur ensemble, ainsi que les membres de la société, ont été mieux servis par la poursuite de la restructuration, et

• la restructuration a été diligemment poursuivie par le directeur[2100].

Selon ces rédacteurs, cette proposition a pour objet de mieux protéger les directeurs contre le risque de la mise en œuvre de leur responsabilité personnelle dans le contexte de la restructuration[2101].

[2097] *Australia 2007 Review*, pp. 29-33 (n°3.9, 3.10, 3.12). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.8.

[2098] *Australia 2007 Review*, pp. 29-33 (n°3.6). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.9.

[2099] *Australian Government/ Commonwealth Treasury of Australia*, *The Treasury*, *Corporations and Financial Services Division*, *Insolvent trading*: *A safe harbour for reorganisation attempts outside of external administration*, *Discussion Paper*, le 19 janvier 2010, [ci-après, *Australia 2010 Discussion Paper*, p. _], disponible sur le site officiel des archives du *Commonwealth Treasury of Australia* sur: http://archive.treasury.gov.au/contentitem.asp?ContentID=1713, (la dernière visite: le 30 janvier 2013)

[2100] *Australia 2010 Discussion Paper*, p. 17 (n°5.3.6). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.10.

[2101] *Australia 2010 Discussion Paper*, p. 17 (n°5.3.7). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.11.

Les propositions ont été critiquées[2102]. A ce jour, aucune modification de la *business judgment rule* n'a eu lieu. Le document a cherché les réponses aux questions posées[2103].

576. L'introduction de la *business judgment rule* dans la société anonyme, la section 180(2) a été précédée et suivie d'un vif débat doctrinal[2104].

§ 2 — Le régime de la *business judgment rule* en Australie

577. Il convient d'examiner les conditions (I) et les effets de la *business judgment rule* australienne (II).

I — Les conditions de la *business judgment rule* en Australie

578. Les Principles (la section 4.01 (c)) s'appliquent aux directeurs et aux *officers*. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)) s'applique aussi aux directeurs et aux *officers*. Le sujet d'application est le même. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 9) définit le terme *officer* en incluant non seulement le directeur, mais aussi le *liquidator*, le *receiver*, et l'*administrator*[2105].

Selon les recherches de J. Varzaly, dans les 20 affaires dans lesquelles la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)) sur la *business judgment rule* a été invoquée, le défendeur a été le directeur dans 14 affaires (70%) ;

[2102] V. en ce sens. par exemple, M. BYRNE, *Directors to Hide From a Sea of Liabilities in a New Safe Harbour*, 22 Australian Journal of Corporate Law, pp. 255-274 (2008) ; L. HOWARD, *Statutory Business Judgment Rule*, La Trobe Law Forum (2009) https://www.latrobe.edu.au/blogs/lawforum/index.php?/archives/34-Statutory-business-judgment-rule.html (la dernière visite le 13 septembre 2013).

[2103] Pour les questions, voir l'Annexe n°8.1.12.

[2104] Pour la bibliographie, voir l'Annexe n°8.1.13.

[2105] J. VARZALY, *op. cit.*, pp. 454-455. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.14.

le *liquidator* dans 3 affaires (15%) et le *receiver* dans 2 affaires (10%) et l'*administrator* dans 1 affaire (5%)[2106].

579. Les *Principles* (la section 4.01 (c)) s'appliquent au jugement sur l'affaire. Le commentaire explique qu'il doit s'agir d'un jugement conscient de prendre ou de ne pas prendre l'action à l'égard de la société. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(3)) dispose expressément que le *business judgment* signifie toute décision de prendre ou de ne pas prendre l'action à l'égard d'une matière relative aux opérations des affaires de la société[2107].

Selon la jurisprudence ASIC v. MacDonald (2009)[2108], les directeurs non exécutifs n'ont pas pu invoquer la *business judgment rule* faute du jugement, c'est-à-dire en l'espèce, ils n'ont pas exercé le jugement, ils n'ont pas approuvé l'annonce attaquée[2109].

La jurisprudence ASIC v. Rich (2009) exige que le jugement soit porté consciemment[2110]. Selon cette jurisprudence, la décharge par les directeurs de leurs devoirs de contrôle/surveillance, y compris les devoirs de contrôler les affaires et la politique de la société n'est pas protégée par la *business judgment rule* parce que la décharge ou le manque de décharge de ces devoirs n'implique pas le jugement sur l'affaire telle qu'elle a été définie[2111].

La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(3)) dispose que le jugement sur l'affaire (*business judgment*) signifie toute décision de prendre ou

---

[2106] J. VARZALY, *op. cit.*, pp. 454-455.

[2107] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7271). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.15.

[2108] *Australian Securities and Investment Commission* (*ASIC*) v. Macdonald (N°11) [2009] NSWSC 287 (*Supreme Court of New South Wales*), *justice* Gzell, disponible sur *Westlaw International*, la décision compte 190 pages [PDF, A4]. La décision a été relative à la restructuration du groupe des sociétés de James Hardie et un manque des moyens pour indemniser les victimes futures de l'empoisonnement de l'amiante. ; v. aussi, par exemple, J. VARZALY, *op. cit.*, p. 441: « The judgment did not interpret the BJR as operating a presumption in favour of director conduct. »

[2109] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 444. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.16.

[2110] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7277). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.17.

[2111] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7278). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.18.

de ne pas prendre l'action à l'égard d'une matière relative aux opérations des affaires de la société[2112].

L'exemple est la décision d'entreprendre un type particulier des activités des affaires[2113].

La jurisprudence ASIC v. Rich (2009) a posé la question de savoir si les matières de la gestion, de l'organisation et de la planification pouvaient être qualifiées de jugements sur les affaires[2114]. La jurisprudence ASIC v. Rich a répondu par la positive à cette question. Selon cette jurisprudence les matières de la planification, de la budgétisation et de la prévision sont les matières relatives aux opérations des affaires de la société parce qu'elles fournissent un cadre financier dans lequel les opérations commerciales sont conduites. Par conséquent, les décisions relatives aux matières de planification, budgétisation, prévision peuvent être protégées par la *business judgment rule*. Selon cette jurisprudence, la définition législative australienne du jugement sur l'affaire comprend toutes les matières que la définition de l'*ALI*[2115]. De plus, la jurisprudence a soulevé que le rapport du comité de révision sur le droit des sociétés et des valeurs mobilières a défini le jugement sur l'affaire incluant le jugement sur les plans et la budgétisation[2116].

Selon J. Varzaly, la *business judgment rule* n'a pas été satisfaite dans 2 des 20 affaires dans lesquelles elle a été examinée (10%). Elle n'a pas été satisfaite, par exemple, en raison d'une absence de preuve de jugement informé et de bonne foi[2117].

580. Les *Principles* (la section 4.01 (c)) exigent que le jugement soit porté de bonne foi. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)(a)) exige que le jugement soit porté non seulement de bonne foi, mais aussi dans un but acceptable (*business purpose*).

[2112] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7271). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.19.

[2113] *Australia*, *1998 Bill & Memo*, p. 18, n°6.7. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.20.

[2114] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7272). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.21.

[2115] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7274). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.22.

[2116] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7275, 7280). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.23.

[2117] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 456 : « No business judgment made, or if made, no evidence made in good faith for proper purpose AND not appropriately informed about subject matter. »

Selon J. Varzaly, la *business judgment rule* n'a pas été satisfaite dans 1 affaire sur 20 dans lesquelles elle a été examinée (5%). Elle n'a pas été satisfaite en raison d'une absence de preuve que le jugement fût porté de bonne foi ou dans un but propre et en raison d'un intérêt personnel matériel[2118].

581. Les *Principles* (la section 4.01 (c)) exigent l'absence d'intérêt du directeur ou d'un *officer* dans le sujet du *business judgment*. La définition de cet intérêt est prévue par la section 1.23. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)(b)), exige l'absence d'intérêt personnel (matériel) dans le sujet du jugement.
Selon J. Varzaly, la *business judgment rule* n'a pas été satisfaite dans 1 affaire sur 20 dans lesquelles elle a été examinée (5%). Elle n'a pas été satisfaite en raison de l'intérêt personnel matériel[2119].

582. La section 4.01 (c) des *Principles* exige que le directeur ou l'*officer* soient informés sur le sujet du jugement sur l'affaire dans la mesure qu'ils croyaient raisonnablement être appropriée aux circonstances. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)(c)) exige que le directeur ou l'*officer* s'informent sur le sujet du jugement dans la mesure qu'ils croient raisonnablement être appropriée. La différence intéressante est que la disposition australienne utilise le verbe « s'informer » (la voix active) et non le verbe « être informé » (la voix passive).
Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), le caractère raisonnable de la croyance doit être évalué par référence à :

- l'importance du jugement à faire ;
- le temps disponible pour obtenir l'information ;
- les coûts liés à l'obtention de l'information ;
- la confiance du directeur ou de l'*officer* dans ceux qui explorent la matière ;
- l'état des affaires de la société à ce moment et la nature des demandes concurrentes dans l'attention du conseil des directeurs (en référence aux *Principles* de l'*ALI*), et

[2118] *Ibid.*.: « Material personal interest and not in good faith or for proper purpose. »

[2119] *Ibid.*: « Unsuccessful due to material personal interest. »

- si oui ou non l'information matérielle (importante) est raisonnablement à la disposition du directeur (citant Smith v. Van Gorkom)[2120].

Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), la loi est relative plutôt au contexte de la prise de décision qu'à l'état général des connaissances du directeur. Le directeur doit croire raisonnablement qu'il a pris les mesures appropriées à l'occasion de la prise de décision de s'informer sur le sujet[2121]. Par conséquent, le directeur ou l'*officer*, ne devaient pas connaître tout ce qu'ils auraient dû connaître, mais seulement ce qu'il avaient cru raisonnablement approprié de connaître[2122]. La doctrine a apprécié cette condition en tant que celle qui laisse l'espace à l'opinion personnelle du directeur[2123].

Selon J. Varzaly, la *business judgment rule* n'a pas été satisfaite dans 1 affaire sur 20 dans lesquelles elle a été examinée (5%). Elle n'a pas été satisfaite en raison d'une absence de preuve que le jugement a été dans les meilleurs intérêts de la société et a été informé proprement sur le sujet[2124].

583. La section 4.01 (c) des *Principles* exige que le directeur ou l'*officer* croient rationnellement que son jugement sur l'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société. La jurisprudence ASIC v. Rich a rappelé que selon les *Principles* de l'*ALI*, l'expression « croire rationnellement » permet une discrétion plus grande que le terme « raisonnable » aurait permis. La jurisprudence ASIC v. Rich a cité l'opinion de Melvin A Eisenberg, Professeur et principal rapporteur des *Principles*, selon laquelle la *business judgment rule* va beaucoup plus loin que les erreurs de jugement honnêtes de la responsabilité délictuelle et exempte de la responsabilité, même si la décision n'est pas raisonnable[2125].

584. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)(d)), exige que le directeur ou l'*officer* croient rationnellement que le jugement est dans les

---

[2120] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7283). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.24.

[2121] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7284). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.25.

[2122] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7291). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.26.

[2123] J. VARZALY, *op. cit.*, pp. 429-463.

[2124] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 456 : « No evidence that believed judgment in best interests of corporation and not appropriately informed about subject matter. »

[2125] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7286). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.27.

meilleurs intérêts de la société[2126]. Les deux dispositions sont les mêmes. La loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)(d)), ajoute que la croyance d'un directeur ou d'un *officer* que le jugement est dans les meilleurs intérêts de la société est rationnelle à moins que la croyance soit telle qu'aucune personne raisonnable dans leur position ne tiendrait.

Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), la croyance du directeur ou de l'*officer* est rationelle si elle est fondée sur la raison ou le raisonnement (sans regard si le raisonnement a été convainquant pour le juge, par conséquent « raisonnable » au sens objectif)[2127]. Selon cette jurisprudence, le défendeur satisfait la preuve s'il démontre qu'il a cru que son jugement était dans les meilleurs intérêts de la société et cette croyance a été soutenue par un raisonnement sans regard s'il a été convainquant. Selon cette jurisprudence, la position australienne est très proche de la position américaine[2128].

II — Les effets de la *business judgment rule* en Australie

585. La section 4.01 (d) des Principles prévoit, par exemple, que la charge de prouver l'inapplication de la *business judgment rule* incombe au demandeur.

La loi sur les sociétés anonymes, la section 180, n'indique pas expréssement qui assume la charge de la preuve[2129]. Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), la section 180 (2) adopte une approche opaque[2130], et sa langue est profondément ambiguë et ne permet pas de trouver la réponse à la question posée[2131].

La question qui se pose est de savoir qui doit prouver, le cas échéant, les conditions d'inapplication (le demandeur) ou d'application (le défendeur) de la *business judgment rule*.

[2126] Australia 2006 Consultation Paper, pp. 46-47. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.28.

[2127] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7289). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.29.

[2128] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7290). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.30.

[2129] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7262) : « 7262 Parliament has not expressly indicated who carries the onus of proving the application of the business judgment rule. »

[2130] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7263). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.31.

[2131] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7264). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.32.

Le mémorandum explicatif du projet de loi introduisant la *business judgment rule* de 1998 prévoit que la formulation législative (*statutory formulation*) de la *business judgment rule* donnera une présomption claire en faveur du jugement d'un directeur.

Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), bien que le terme « présomption » puisse invoquer l'approche américaine, le mémorandum explicatif indique clairement que la présomption ne s'applique que lorsque certaines conditions sont satisfaites[2132]. Selon la doctrine cette interprétation prétorienne est contraire à ce mémorandum.

La jurisprudence ASIC v. MacDonald (2009)[2133] a mis la charge de la preuve sur les dirigeants. Par exemple, M. MacDonald a failli de prouver qu'il a décidé de ne pas divulger une certaine informn'oation[2134]. La jurisprudence ASIC v. Rich (2009) a décidé, avec une certaine hésitation en raison de l'approche américaine, que la loi australienne mettait la charge de prouver les conditions de la section 180(2) sur le défendeur, c'est-à-dire le dirigeant[2135]. Le juge Austin de la Cour suprême de New South Wales (*Supreme Court of New South Wales*) a justifié sa décision par les arguments suivants, par exemple, (1) de ne pas augmenter les obligations du demandeur ; (2) prendre en considération que les éléments à prouver sont dans le cadre des connaissances du directeur ou de l'*officer*[2136].

Selon J. Varzaly, aucune jurisprudence australienne n'a interprété la *business judgment rule* en tant que présomption en faveur du directeur[2137].

L'intervention du législateur peut clarifier la question.

[2132] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7265, 7266). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.33(a). Cf. *Australia 2006 Consultation Paper*, pp. 46, 47 (6.10). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.33(b).

[2133] *Australian Securities and Investment Commission* (*ASIC*) v. Macdonald (N°11) [2009] NSWSC 287 (Supreme Court of New South Wales), *justice* Gzell, disponible sur *Westlaw International*, la décision compte 190 pages [PDF, A4]. La décision était relative à la restructuration du groupe des sociétés de James Hardie et au manque de moyens pour indemniser les victimes futures de l'empoisonnement de l'amiante. ; v. aussi, par exemple, J. VARZALY, *op. cit.*, p. 441: « The judgment did not interpret the BJR as operating a presumption in favour of director conduct. »

[2134] ASIC v. Macdonald (N°11) [2009] NSWSC 287, [542] – [544], v. J. VARZALY, *op. cit.*, p. 4414, note 66.

[2135] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7269). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.34.

[2136] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7269, 7270). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.35.

[2137] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 453. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.36.

586. La *business judgment rule* australienne ne s'applique pas à la décision de respecter les obligations législatives[2138].

587. La *business judgment rule* australienne n'opère que dans la relation aux devoirs sous cette section et leurs devoirs équivalents dans la *common law* et dans l'*equity* (y compris le devoir de soin sous les Principles de la *common law* en matière de responsabilité pour négligence)[2139]. Dans ce sens, la jurisprudence ASIC v. Rich a considéré que la *statutory business judgment rule* s'appliquait aux devoir de soin de source législative ou de source prétorienne (de la *common law* ou de l'*equity*)[2140].

588. La *business judgment rule* australienne n'opère pas dans la relation aux devoirs sous une autre disposition de cette loi ou des autres lois, y compris le devoir de ne pas faire du commerce pendant l'insolvabilité[2141]. Cependant, les propositions sont faites pour étendre le domaine d'application de la règle.

589. Avant d'analyser le devoir de soin et de diligence, la jurisprudence australienne Deangrove Pty v. Buckby and Another (2006) a examiné si la *business judgment rule* avait été satisfaite.

590. La question qui s'est posée a été de savoir quel était l'intérêt de la *business judgment rule*, quelle était la différence entre la section 180(1) et la section 180(2).
La jurisprudence ASIC v. Rich (2009) a cité la doctrine selon laquelle la *business judgment rule* n'offrait que la « fenêtre habillée » parce qu'elle exposait le standard non moins stricte que celui prévu par l'article 180 (1) lui-même, de sorte qu'il était

---

[2138] *Australia*, *1998 Bill & Memo*, p. 18, n°6.7. Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.37.

[2139] *Australia*, *Corporations Act* (2001), § 180(2) ; *Australia 2006 Consultation Paper*, pp. 46,47 (6.7). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.38(a) ; Australia 2010 Discussion Paper, p. 16 (5.3.3). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.38(b).

[2140] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7250). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.39.

[2141] *Australia*, *Corporations Act* (2001) § 180(2); *Australia 2006 Consultation Paper*, p. 46, 47 (6.7, 6.8). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.40(a); *Australia 2010 Discussion Paper*, p. 16 (5.3.3). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.40(b).

difficile de concevoir une situation dans laquelle le directeur exercait un jugement de bonne foi, rationnel, dans un but propre et qui violerait la section 180(1).

Cette jurisprudence n'est pas d'accord avec cette opinion. Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), la section 180(2) sur la *business judgment rule* peut prévoir la défense dans certains cas, qui, autrement, constitueraient une violation de la section 180(1)[2142]. Selon la jurisprudence ASIC v. Rich (2009), l'intérêt de la *business judgment rule* est de prévoir une protection des directeurs contre la responsabilité pour la négligence ou pour la violation du devoir de soin[2143].

Selon la doctrine, il n'y avait eu aucune affaire dans laquelle la section 180(1) a été violée et la section 180(2) a été satisfaite.

591. Les justifications de l'introduction de la *business judgment rule* ont été les suivantes : (1) la protection de l'autorité des directeurs et des *officers*[2144] ; (2) l'encouragement de la prise de risque responsable[2145] ; (3) la clarification et la confirmation de la jurisprudence[2146] ; (4) la présomption en faveur du directeur ou de l'*officer*[2147] ; (5) la réduction de la responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard de la société[2148] ; (6) l'encouragement de la flexibilité et de l'innovation[2149].

[2142] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7294, 7295). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.41.

[2143] ASIC v Rich [2009] NSWSC 1229 (7267, 7268). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.42.

[2144] *Australia*, *1998 Bill*, *Memo*, p. 1, n°1.3 ; p. 17, n°6.3 : « The fundamental purpose of the business judgment rule is to protect the authority of directors in the exercise of their duties, not to insulate directors from liability. » ; *Australia 2010 Discussion Paper*, n°5.3.1, p. 16 : « 5.3.2 A fundamental purpose of the business judgement rule is to protect the authority of directors in the exercise of their duties and to clarify their liability. It was hoped the rule would facilitate legitimate business decisions and risk taking and therefore encourage entrepreneurialism. »

[2145] *Australia*, *1998 Bill*, *Memo*, p. 17 (n°6.3). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.43.

[2146] *Australia*, *1998 Bill*, *Memo*, p. 17 (n°6.4). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.44.

[2147] *Australia*, *1998 Bill*, *Memo*, p. 17 (n°6.4). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.45(a) ; *Australia*, *1998 Bill*, *Memo*, p. 18 (n°6.10). Pour l'Annexe n°8.1.45(b).

[2148] Australia, *1998 Bill*, *Memo*, p. 5 (n°2.4), p. 11 (n°4.2), 17 (n°6.1). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.46(a)(b)(c).

[2149] *Australia 2010 Discussion Paper*, p. 16 (n°5.3.1). Pour l'extrait, voir l'Annexe n°8.1.47.

592. J. Varzaly a effectué des recherches empiriques sur la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, la section 180(2)), intitulée la *business judgment rule*, depuis son entrée en vigueur, c'est-à-dire de mars 2000 à décembre 2011.
Les résultats de ses recherches sont les suivantes :
(1) la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)), sur la *business judgment rule* a été examinée dans les 20 affaires[2150] ;
(2) son examen s'accroît, par exemple, en raison
(i) de la crise économique ;
(ii) des faillites des sociétés ;
(iii) du contentieux agressif de la part de l'ASIC ;
(3) la *business judgment rule* a été appliquée (satisfaite) seulement dans 1 affaire[2151] ;
(4) le défendeur a perdu dans 55% des affaires qui ont examiné la *business judgment rule*[2152].

Sur le fondement de ses recherches empiriques, J. Varzaly conclut, par exemple, que
(1) la *business judgment rule* ne protège ni l'autorité des directeurs ni les directeurs contre la mise en œuvre de leur responsabilité ;
(2) l'introduction de la *business judgment rule* n'encourage pas la prise de risque par les directeurs ;
(3) la *business judgment rule* ne clarifie pas la matière de la responsabilité des directeurs ;
(4) le manque de cohérence dans l'interprétation de la *business judgment rule* conduit à l'insécurité juridique et l'aversion du risque[2153].

[2150] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 450 : « The research resulted in the location and compilation of […] 20 cases specific to the associated BJR defence for Reading and analysis […] ».

[2151] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 452 : « Yet the research findings shown in Tables 2 and 3 indicate that, since its inception, the BJR has only once been successfully argued by a company receiver, 100 and it has never been successfully applied by a director. » Note 100 : « In Deangrove Pty Ltd v Buckby and Another (2006) 56 ACSR 630, [68] ».

[2152] J. VARZALY, *op. cit.*, p. 456 : « As the defendant director(s) ultimately lost the case in 55% of the decisions which have considered the BJR, it shows the relevance of the existence of a defence. »

[2153] J. VARZALY, *op. cit.*, pp. 458-459, 461-462.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

593. On a comparé la section 4.01 (c) des *Principles* de l'*ALI* sur la *business judgment rule* aux Etats-Unis et et la section 180(2) de la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001) en Australie.

On a démontré les similarités, c'est-à-dire la localisation de la disposition ; la rédaction générale de la disposition ; le sujet d'application ; l'objet d'application ; la condition, en général, relative à la bonne foi ; à l'information ; la condition relative à la croyance rationnelle dans les meilleurs intérêts de la société.

On a démontré les différences, c'est-à-dire l'existence d'une condition séparée d'un but propre dans la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)(a)); l'existence d'un intérêt personnel matériel dans la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)(b)) ; l'existence d'une condition de s'informer et non pas d'être informé dans la loi sur les sociétés anonymes (*Corporations Act* 2001, section 180(2)(c)) ; la charge de la preuve.

Section 2 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Allemagne

594. Le législateur allemand a introduit la disposition dénommée la *business judgment rule*. Il convient d'examiner la formulation (§1) et le régime (§2) de cette disposition allemande.

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule* en Allemagne

595. La loi allemande sur l'intégrité au sein des sociétés et la modernisation du droit au recours (*UMAG*), entrée en vigueur le 1er novembre 2005[2154], a modifié l'article 93 alinéa 1 de l'*Aktiengesetz* (*AktG*), en introduisant la disposition suivante:
« [E]ine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln »[2155].

Cette disposition a été traduite de la manière suivante :

[2154] *Gesetz zur Unternehensintegrtät und Modernisierung des Anfechtungsrechts* (*UMAG*) Vom 22. September 2005, disponible sur http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/node/88/ (la dernière visite : le 28 janvier 2013); F. WOOLDRIDGE, *The German UMAG of 22 September 2005*, Amicus Curiae, Issue 70, Summer 2007, disponible http://ials.sas.ac.uk/publish/amicus/amicus70.htm (la dernière visite: le 28 janvier 2013) ; CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Hasche Sigle, France – Allemagne, la lettre bimestrielle d'information sur l'actualité juridique et fiscale allemande, VI 2005 (Novembre-Décembre 2005), p. 7, n°8, disponible sur http://www.cms-hs.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/e7f7891a-afff-420d-be85-70a6299634dc/Presentation/PublicationAttachment/e5ed9cf0-1b9a-48c6-aada-70bcf3b30a64/France_Allemagne_1105.pdf (la dernière visite: le 28 janvier 2013).
Une autre traduction du titre de cette loi est la suivante : « La loi sur l'intégrité des entreprises et la modification du droit d'action contre les décisions des assemblées générales » v. J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilié des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et en droit allemand*, *op. cit.*, n°92, p. 55, note 216.

[2155] *Aktiengesetz* (*AktG*), § 93, al. 1, 2e phrase, disponible en allemand, sur le site officiel du *Bundesministerium der Justiz* (du Ministère Fédérale de la Justice), disponible sur http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/ (la dernière visite: le 28 janvier 2013).

« dans le cadre des décisions entrepreneuriales, aucun manquement aux obligations ne peut être qualifié lorsqu'un membre du directoire était en droit de supposer qu'il s'agissait sur la base d'informations appropriées dans l'intérêt de la société »[2156].

Selon l'article 116, al. 1, 1ère phrase de l'*Aktiengesetz* (*AktG*) par analogie, cette disposition s'applique aux membres du conseil de surveillance[2157].
Les articles 93, al. 1, 2e phrase et 116 de l'*Aktiengesetz* (*AktG*) ont été repris par le *Deutcher Corporate Governance Kodex* (*DCGK*), l'article 3.8 qui ajoute entre parenthèses l'expression *business judgment rule*[2158].

596. Selon J. Redenius-Hoevermann, la nouvelle disposition reprend la jurisprudence acquise. La codification a été proposée par le Professeur Peter Ulmer et une délibération du congrès des juristes allemands[2159].
La doctrine a soutenu que la codification a été effectuée par la loi de 2005 pour balancer les avantages que cette loi a accordé aux actionnaires, par exemple, la réduction des seuils pour introduire une action en justice et la possibilité du transfert de la charge du coût d'une telle action en justice à la société[2160].

[2156] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°93, p. 56 ; Cf. M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *Questions actuelles sur la responsabilité des dirigeants de société en Allemagne et en France*, Droit des sociétés n°6, Juin 2006, étude 12, n°3 proposent la traduction suivante : « S'agissant d'une décision visant la société, un membre du directoire ne contrevient pas à son devoir s'il pouvait raisonnablement croire qu'il agissait dans l'intérêt de la société, sur la base d'informations appropriées ».

[2157] Pour l'original, voir l'Annexe n°8.2.1.

[2158] Pour l'original, voir l'Annexe n°8.2.2.

[2159] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°94, notes 223 et 224, pp. 56-57.

[2160] D. WEBER-REY, W. RICHTER, *op. cit.*, p. 1882 ; M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit*.
En ce qui concerne la réduction des seuils de l'action en justice pour les actionnaires, selon l'article 148 de l'Aktiengesetz, les actionnaires peuvent engager des actions contre les membres du directoire ou contre ceux du conseil de surveillance » si leurs actions représentent au moins 1 % du capital social ou « une valeur boursière de 100 000 euros. Avant la loi de 2005, pour agir en justice au nom et pour le compte de la société, les actionnaires minoritaires ont dû détenir les actions représentant, au moins, un dixième du capital social. » v. M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, étude 12, n°2 ; D. WEBER-REY, W. RICHTER, *op. cit.*, D. 2004, p. 1882 ; En ce qui concerne, le transfert de la charge du coût de l'action en justice, la loi de 2005, prévoit que la société pourra être tenue de prendre à sa charge les dépenses de la procédure que les actionnaires engagent pour la société. Mais le législateur

597. Le *Deutcher Corporate Governance Kodex* (*DCGK*)[2161] et la doctrine a baptisé la nouvelle disposition la *business judgment rule*[2162] ou la « business judgment rule à l'allemande »[2163].
La question qui se pose est de savoir s'il y a des différences entre cette disposition législative allemande et la *business judgment rule* américaine.

598. La disposition inscrite en droit allemand ne reprend pas la formulation de la *business judgment rule* appliquée par la jurisprudence américaine, par exemple, dans le Delaware. A notre avis, la rédaction de la disposition allemande s'inspire de la formulation de la *business judgment rule* proposée par l'*American Law Institute* (*ALI*) dans les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, la section 4.01 (c).
De même qu'en cas de section 4.01 (c) des *Principles*, l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* et l'article 116 *AktG* est placé sous le titre contenant le terme le devoir de soin (*Sorgfaltspflicht*)[2164].
La rédaction des deux textes est similaire. La section 4.01 (c) des *Principles* prévoit les conditions de conformité au devoir, tandis que l'article 93, al. 1, 2e phrase de

---

s'est efforcé de prévenir l'introduction abusive d'actions en organisant un système, en deux étapes. v. M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, étude 12, no2.

[2161] *Deutcher Corporate Governance Kodex* (*DCGK*), art. 3.8.

[2162] D. WEBER-REY, W. RICHTER, *op. cit.*, p. 1882, no4 : « [L]e projet de loi prévoit de donner force de loi à la règle dite « du jugement des affaires » (business judgment rule). » ; KRAAKMAN, J. AMOUR, P. DAVIS, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. HOPT, H. KANDA, E. ROCK, *op. cit.*, 3.6. 1, p. 79, FN 128 : « § 93(1) para. 2 (AktG) (added in 2005) » : « In Germany, the business judgment rule is embodied in statute law rather than being solely a creation of the courts. »

[2163] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no105, p. 64. Cf. M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, no3 : « Ce système […] inspiré du business judgment rule, figure dans l'article 93 alinéa 1 de l'Aktiengesetz […].» ; M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, no8 : « L'article 93 de l'Aktiengesetz a été modifié pour s'inspirer du business judgment rule ».

[2164] *§ 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder* v. http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/ (la dernière visite : le 11 septembre 2013); Cf. J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no94, note 221, p. 56 ; *Aktiengesetz § 116 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder*.

l'*AktG* prévoit les conditions d'absence de manquement aux obligations. Donc, les deux dispositions proposent les conditions dont satisfaction fait nier la violation du devoir/des obligations, c'est-à-dire la faute[2165].

§ 2 — Le régime de la *business judgment rule* en Allemagne

599. Il convient d'examiner les conditions (I) et les effets de la disposition allemande dénommée la *business judgment rule* (II).

I — Les conditions de la *business jugment rule* en Allemagne

600. La section 4.01 (c) des *Principles* s'applique aux directeurs et aux *officers* de la société. L'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* s'applique aux membres du directoire et selon l'article 116 de l'*AktG* par analogie aux membres du conseil de surveillance de la société anonyme. Le sujet d'application des deux dispositions est similaire.

601. La section 4.01 (c) des *Principles* exige l'existence d'un *business judgment*. Il peut s'agir d'un jugement décidant une action ou une omission. La disposition allemande exige l'existence d'une décision entrepreneuriale (*unternehmerischen Entscheidung*). Selon J. Redenius-Hoevermann, la définition de la décision entrepreneuriale devait correspondre à celle retenue par le droit américain. Elle peut résulter en une action ou une omission[2166].

[2165] En ce qui concerne le droit allemand, v. J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no94, p. 57 ; M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, no3, note 7 : Cf. Ihrig, WM 2004, p. 2098 ss. ; Kock/Dinkel, NZG 2004, p. 441 et ss., v. « Cette formule signifie que si le dirigeant reçoit les informations convenables et s'il agit raisonnablement au vu de celles-ci dans le sens de l'intérêt social aucune faute ne peut lui être imputée. » ; v. D. WEBER-REY, W. RICHTER, *op. cit.*, p. 1882 : « Selon cette règle, il n'y a pas de comportement fautif de la part des membres du directoire si ceux-ci pouvaient, sans faire preuve d'une négligence grossière, légitimement supposer qu'ils agissaient sur la base d'informations suffisantes dans l'intérêt de la société. »

[2166] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no97, pp. 59-60.

602. La section 4.01 (c) des *Principles* exige la bonne foi d'un dirigeant. L'article 93, al. 1, 2e phrase est muette sur cette condition.

603. La section 4.01 (c) des *Principles* exige que le dirigeant soit informé sur le sujet du jugement d'affaires dans la mesure qu'il croyait raisonnablement être appropriée aux circonstances. L'article 93, al. 1, 2ème phrase de l'*AktG* exige que le dirigeant suppose raisonnablement qu'il s'agissait sur la base d'informations appropriées. En résumé, les deux dispositions exigent que le dirigeant soit informé et l'étendue de son information soit suffisante selon sa croyance/supposition raisonnable. Quelle est l'étendue suffisante de l'information? Il s'agit d'un examen subjectif, relatif à la croyance/supposition du dirigeant et d'un examen objectif, faisant référence à la croyance/supposition raisonnable.
Les dirigeants peuvent se justifier en invoquant que, sous la pression du temps, l'information a été suffisante. Cependant, les dirigeants peuvent au moins essayer d'obtenir des délais plus importants pour la prise de décision de la part du parti contractant et/ou faire obtenir les informations nécessaires dans un délai plus court.
Par exemple, dans l'affaire Smith v. Van Gorkom, l'acheteur, le groupe familial Pritzker força les dirigeants de la société cible, *Trans Union*, de prendre la décision sur la vente de la société dans un délai très court. A notre avis, les dirigeants de la société cible, *Trans Union*, auraient pu s'opposer à cette pression en négociant un délai plus long, en vue d'obtenir les informations supplémentaires sur la valeur des actions et de les transmettre au conseil d'administration.

604. La section 4.01 (c) des *Principles* exige que le dirigeant pense rationnellement que son jugement d'affaire est dans les meilleurs intérêts de la société. L'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* exige que le dirigeant suppose raisonnablement qu'il agissait dans l'intérêt de la société.
Les *Principles* font une distinction entre le terme « raisonnable » et « rationnel ». La disposition allemande ne fait pas cette distinction.
Y-a-t-il une distinction entre « croire rationnellement agir dans l'intérêt de la société » et « supposer raisonnablement agir dans l'intérêt de la société » et « agir dans l'intérêt de la société »? Peut-il y avoir un dirigeant qui croit rationnellement/suppose

raisonnablement agir dans l'intérêt de la société, mais n'agit pas dans l'intérêt de la société ou inversement ?
Selon la doctrine, la disposition allemande ne s'applique pas au dirigeant qui n'agit aucunement ou n'agit que partiellement dans l'intérêt de la société[2167].

605. La section 4.01 (c) des *Principles* exige que le dirigeant ne soit pas intéressé dans le sujet du jugement sur l'affaire. L'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* est muet sur cette condition. Aussi, la jurisprudence américaine exige, en général, l'absence de conflit d'intérêts et souvent l'indépendance des dirigeants, pour appliquer la *business judgment rule*. Cette condition reste sans regard sur les dispositions législatives sur les transactions entre la société et les directeurs intéressés.

II — Les effets de la *business judgment rule* en Allemagne

606. La section 4.01 (d) des *Principles* prévoit, par exemple, que la charge de prouver l'inapplication de la disposition sur la *business judgment rule* incombe au demandeur. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'article 93, al. 2, 2e phrase de l'*AktG*[2168] signifie que c'est le dirigeant, c'est-à-dire le défendeur, qui doit prouver avoir respecté l'article 93, al. 1, 1ère phrase de l'*AktG*. La société, c'est-à-dire le demandeur doit prouver le préjudice subi et le lien de causalité. Il s'agit du partage de la charge de la preuve qui n'est pas conforme aux principes généraux de la charge de la preuve prévus par l'article 287 ZPO[2169].
J. Redenius-Hoevermann propose *de lege ferenda* de radier l'article 93, al. 2, 2ème phrase pour suivre la logique américaine.
A notre avis, si le législateur allemand suit cette proposition, deux options s'ouvrent :
(1) soit de prévoir que c'est le demandeur, c'est-à-dire la société, qui doit prouver l'inapplication de l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG*, ce qui serait conforme à la section 4.01 (d) des *Principles* ;

[2167] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°104, p. 63.

[2168] Pour l'original, voir l'Annexe n°8.2.3.

[2169] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°104, p. 64.

(2) soit de prévoir que c'est le défendeur, c'est-à-dire le dirigeant qui doit prouver l'application de l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG*, ce dernier pouvant plus facilement présenter les preuves démontrant qu'il a satisfait les conditions prévues pour bénéficier de l'exemption de responsabilité.

607. Selon la doctrine, la disposition allemande ne s'applique pas aux obligations résultant de la loi, des statuts de la société ou de l'acte de nomination[2170].

608. L'article 93, al. 1, 1ère phrase de l'*AktG* dispose que « les membres du directoire sont tenus d'appliquer la diligence d'un dirigeant d'entreprise sérieux et consciencieux dans le cadre de leur activité de direction de l'entreprise »[2171]. Selon l'article 116, al. 1, 1ère phrase, cette disposition s'applique par analogie aux membres du conseil de surveillance. Selon J. Redenius-Hoevermann, la disposition allemande protège le manquement au devoir de diligence qui résulte de la décision entrepreneuriale des dirigeants[2172]. La question qui se pose est alors quelle est la valeur de l'article 93, al. 1, 1ère phrase.

609. Selon J. Redenius-Hoevermann, « la discrétion relative à des décisions ne peut jouer lorsqu'il s'agit d'obligations résultant du devoir de loyauté. »[2173] Cet auteur estime que la *business judgment rule* américaine ne s'applique qu'au devoir de diligence. On ne peut pas être d'accord. On a démontré qu'il existe une autre interprétation du domaine d'application de la *business judgment rule*. On a démontré

[2170] D. WEBER-REY, W. RICHTER, *op. cit.*, p. 1882 : « Eu égard aux raisons ayant motivé une telle proposition de loi, la business judgment rule ne devrait pas être applicable dans les cas de violation de la loi ou des statuts de la société. » ; J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no95, p. 58 : « Enfin, aucune marge d'appréciation ne peut être admise pour les obligations légales, statutaires ou résultant de l'acte de nomination. » Note 229.

[2171] La traduction dans J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no20, p. 16. AktG § 93, al. 1, 1ère phrase : « (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. »

[2172] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no22, p. 17 : « L'obligation cardinale d'un dirigeant est celle d'agir conformément à la loi dans le cadre de ses fonctions. » note 22 ; no97, p. 60.

[2173] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, no95, p. 57.

que la *business judgment rule* américaine s'appliquait lorsque le devoir de soin et le devoir de loyauté étaient exercés et ne s'appliquait pas lorsque le devoir de soin et/ou le devoir de loyauté étaient violés.

610. Selon la doctrine, la disposition allemande introduit une certaine « présomption d'irresponsabilité »[2174] ou « un système d'évaluation de la responsabilité du dirigeant plus protecteur pour ce dernier »[2175].

[2174] J. REDENIUS-HOEVERMANN, *op. cit.*, n°104, p. 64.

[2175] M. GERMAIN, J. HOEVERMANN, *op. cit.*, n°3.

CONCLUSION DE LA SECTION 2

611. On a comparé la section 4.01 (c) des *Principles* de l'*ALI* sur la *business judgment rule* et l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG*, dénommée la *business judgment rule*.

On a démontré les similarités, c'est-à-dire la localisation de la disposition ; la rédaction générale de la disposition ; le sujet d'application ; l'objet d'application ; la condition relative à l'information.

On a démontré les différences, c'est-à-dire l'absence de condition de bonne foi dans l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* ; l'absence de condition de ne pas être intéressé dans l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG*; la supposition raisonnable et non pas rationnelle d'agir dans l'intérêt de la société, dans l'article 93, al. 1, 2e phrase de l'*AktG* ; la charge de la preuve incombant au défendeur dans l'art. 93, al. 2, 2e phrase de l'*AktG*.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

612. Tout au long de ce second chapitre, on a examiné les dispositions australiennes et allemandes qui ont introduit la *business judgment rule* dans la législation de ces deux pays. Selon nous, les deux dispositions ont été rédigées à partir des dispositions proposées aux Etats-Unis par l'*ALI*.

La disposition australienne est très proche de la formulation de la *business judgment rule* proposée par l'*ALI* dans les *Principles*. En ce qui concerne le régime juridique, la seule différence importante réside dans la charge de la preuve qui, en Australie, incombe au demandeur.

La disposition allemande contient plus de différences avec la formulation proposée par l'*ALI*. En ce qui concerne le régime juridique, de même qu'en Australie, la charge de la preuve incombe au demandeur.

613. La question qui reste ouverte, aussi bien sur le plan théorique qu'empirique, est de savoir quel est l'intérêt réel des dispositions introduisant la *business judgment rule* en Australie et en Allemagne.

En Australie, sur le plan théorique, il existe un débat doctrinal, qui n'est pas tranché, sur l'existence même des différences entre les dispositions sur la *business judgment rule* et celles sur les devoirs. Sur le plan pratique, les premières recherches empiriques sur la *business judgment rule* en Australie démontrent que les justifications de la règle ne se retrouvent pas parmi ses effets.

CONCLUSION DU TITRE 2

614. Tout au long de ce second titre, on a recherché la *business judgment rule* en droit contraignant aux Etats-Unis et en dehors des Etats-Unis, notamment en Australie et en Allemagne.

Sur le fondement de nos recherches empiriques, on peut dire que l'expression la *business judgment rule* se retrouve explicitement :

(1) aux Etats-Unis – dans la législation de l'Etat de l'Indiana et

(2) en dehors des Etats-Unis – dans la législation australienne et dans le *Deutcher Corporate Governance Kodex* allemand.

Aussi peut-on affirmer que la formulation implicite de la *business judgment rule* se trouve aux Etats-Unis, par exemple :

(1) dans le droit écrit codifié, c'est-à-dire

- dans les dispositions législatives s'inspirant de la jurisprudence du Delaware (au moins 2 Etats) ou
- dans les dispositions législatives limitant la responsabilité personnelle des dirigeants, et aussi

(2) dans le droit écrit incitatif, c'est-à-dire

- dans les dispositions du *Model Act* sur les standards applicables aux directeurs (au moins 32 Etats) et aux *officers* (au moins 8 Etats), ainsi que
- dans les dispositions de la section 4.01(c) des *Principles* de l'*ALI* (au moins 1 Etat).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

615. Sur le fondement de nos recherches empiriques, on propose de distinguer en droit écrit, contraignant et incitatif, 5 types de formulations de la *business judgment rule* :

(1) les dispositions législatives s'inspirant de la jurisprudence du Delaware ;

(2) les dispositions du *Model Business Corporation Act* de l'*ABA* sur les devoirs et la responsabilité des dirigeants ;

(3) la description proposée par le *Corporate Director's Guidebook de l'ABA* ;

(4) la section 4.01(c) des *Principles* de l'*ALI* ;

(5) les dispositions législatives sur la limitation de la responsabilité personnelle des dirigeants.

CONCLUSION GÉNÉRALE

616. Source. — Chronologiquement, la première source de la responsabilité personnelle des dirigeants, y compris de la *business judgment rule*, est la jurisprudence. C'est la jurisprudence qui a été la source des codifications incitatives. Ensuite, ce sont les codifications incitatives qui ont été reprises par les lois et par la jurisprudence elle-même.

617. Formulations. — Sur le fondement de nos recherches empiriques, on propose les 10 types de formulations de la *business judgment rule*.

Les 5 premiers types de formulations sont d'origine prétorienne :

(1) la formulation prétorienne anglaise ;
(2) la formulation prétorienne américaine fédérale ;
(3) la formulation prétorienne américaine forgée par les différents Etats ;
(4) la formulation prétorienne américaine forgée par l'Etat du Délaware avant 1945 et
(5) la formulation prétorienne américaine forgée par l'Etat du Délaware après 1945.

Les 5 types de formulations suivants sont d'origine codifiée :

(1) les dispositions du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de l'*American Bar Association* (*ABA*), à savoir la section 35 de 1974, les sections 8.30 et 8.42 de 1984, et les sections 8.30, 8.31 et 8.42 de 1998, et les lois et la jurisprudence qui les reprennent ;
(2) les descriptions de la *business judgment rule* dans les différentes éditions du *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) de l'*American Bar Association* (*ABA*) et la jurisprudence qui les reprennent ;
(3) les sections 4.01 (a) et (c) des *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommandation* de l'*American Law Institute* (*ALI*) et des lois et de la jurisprudence qui les reprennent ;
(4) les dispositions législatives qui s'inspirent de la jurisprudence du Delaware ; et

(5) les dispositions législatives qui limitent la responsabilité personnelle des dirigeants.

618. Termes. — Sur le fondement de nos recherches empiriques, on propose de distinguer 10 types de termes qui se retrouvent simultanément ou alternativement dans tous les types des formulations.

Les 5 premiers types de termes correspondent respectivement
(1) aux pouvoirs des dirigeants et à leur discrétion ;
(2) au statut des dirigeants ;
(3) aux devoirs des dirigeants ;
(4) aux degrés de devoirs requis ; et
(5) à la gravité de la transgression de ces devoirs sanctionnée.
Ces types de termes constituent le standard de conduite (*standard of conduct*) et la formulation *lato sensu* de la *business judgment rule*.

Les 5 types de termes suivants correspondent respectivement
(1) au droit à l'erreur ;
(2) à la présomption de comportement/conduite ;
(3) au refus d'un contrôle judiciaire ;
(4) à la charge de la preuve et
(5) à la justification.
Ces types de termes constituent le standard de responsabilité (*standard of liability*/*standard of revision*) et la formulation *stricto sensu* de la *business judgment rule*.

619. Différences. — Nos recherches démontrent qu'il existe un nombre de différences entre les formulations.
Par exemple, (1) une partie de la jurisprudence applique la règle aux actionnaires majoritaires, ce qui n'est pas le cas dans les formulations législatives, (2) une partie de la jurisprudence n'applique pas la règle aux omissions pures et simples, tandis qu'une partie de la législation applique la règle aux actions et omissions.

Cependant, les deux différences suivantes nous semblent fondamentales.

La première différence se situe au niveau des conditions d'application de la règle et concerne la relation entre le standard de conduite (*standard of conduct*) et le standard de responsabilité (*standard of liability*/*standard of revision*).

Une partie des sources examinées formulent la *business judgment rule* en se référant aux standards de conduite et aux standards de responsabilité.[2176] Une autre partie des sources examinées formulent la *business judgment rule* en se référant seulement aux standards de responsabilité.[2177] Le standard de responsabilité limitant les devoirs examinés, on y voit alors l'un des intérêts de cette formulation *stricto sensu* de la *business judgment rule*.

La seconde différence fondamentale entre les formulations se situe au niveau des effets de la règle et concerne l'étendue d'un contrôle judiciaire sur le résultat de l'action ou de l'omission des dirigeants. Seulement une partie de la jurisprudence réserve au juge explicitement le droit de statuer directement sur le prix grossièrement inadéquat, l'abus de discrétion, le dépassement grossier, etc.

620. Proposition. — L'expression la *business judgment rule* est apparue d'abord dans la jurisprudence, puis dans la doctrine, ensuite dans la loi incitative (*soft law*) et enfin dans la loi contraignante (*hard law*). La règle est omniprésente en matière de responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.

[2176] Ces sources sont notamment:

(1) la jurisprudence du Delaware ;

(2) la section 35 du *MBCA* de 1974 ; les sections 8.30 et 8.42 du *MBCA* de 1984 ;

(3) certaines dispositions législatives particulières.

[2177] Ces sources sont notamment:

(1) le *MBCA* : les sections 8.30 et 8.31 du *MBCA* de 1998 et les sections 8.42 et 8.31 (par renvoi) du *MBCA* de 1998;

(2) le *CDGB* de l'*ABA* ;

(3) les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommandation* de l'ALI : la section 4.01(c) ;

(4) les dispositions législatives sur la limitation de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.

De l'extérieur, la *business judgment rule* peut être considérée comme un mystère. Certaines conditions de son application semblent obscures (par exemple, l'application aux différents types de sociétés, l'application aux *officers*, l'application aux actionnaires, l'application aux omissions). Certains effets de son application semblent vains (par exemple, la qualification de la présomption). Les arguments théoriques en faveur de la règle sont critiqués par les arguments théoriques contre la règle et par les arguments empiriques.
De l'intérieur, la *business judgment rule* peut être considérée comme un mirage qui derrière son obscurité et sa vanité, opère le déni de justice partiel et garantit l'irresponsabilité, sauf pour les cas flagrants.

Premièrement, la *business judgment rule* constitue l'un des trois types de contrôles judiciaires. À côté d'elle, il existe l'examen de l'*entire fairness* applicable en cas de conflit d'intérêts ou d'inapplication de la *business judgment rule* pour une autre raison. Le troisième type est l'*enhanced business judgment rule* applicable, entre autres, en cas de changement de contrôle, en cas de vente de la société, en cas d'atteinte aux droits de vote des actionnaires.
Après étude, il résulte que le choix de l'un des trois types de contrôle judiciaire ne dépend pas de critères bien définis et justifiés. Or, l'étendue d'un contrôle judiciaire diffère dans chacun des types de contrôle.
Secondement, la règle constitue une limitation de responsabilité aux cas flagrants. Selon nous, la protection des dirigeants pouvait être opérée dans le domaine financier, par les assurances, les indemnisations ou la limitation d'un montant des dommages-intérêts.

Au XIXe siècle, la jurisprudence examinée a exempté les dirigeants sociaux de la responsabilité pour la violation de la loi ou des statuts aux motifs qu'il s'agissait d'une erreur honnête. La jurisprudence a évolué et a sanctionné le non-respect de la loi et des statuts. Peut-être le temps est-il venu de proposer une responsabilité personnelle des dirigeants plus unie et plus claire ?

SOMMAIRE DETAILLÉ

INTRODUCTION **5**

PREMIERE PARTIE
A LA RECHERCHE DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*
DANS LA JURISPRUDENCE

Titre I — La genèse de la *business judgment rule* (1742-1945) **39**

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise (1742-1945) **41**

§ 1 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise antérieure aux *Judicature Acts* (1873-1875) **46**

Section 1 — L'analyse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* **46**

I — La partie préliminaire **47**

A — La *business judgment rule* dans la jurisprudence des juridictions de la *common law* **47**

Affaire n°1 : Harman v. Tappenden and Fifteen Others (1801)

B. — La *business judgment rule* dans la jurisprudence de la juridiction de l'*equity* **50**

Affaire n°2 : Charitable Corporation v. Sir Robert Sutton and others (1742)

Affaire n°3 : Carlen v. Drury (1812)
Affaire n°4 : The York & North Midland Railway Company v. Hudson (1845)
Affaire n°5 : Turquand v. Marshall (1868-1869)
Affaire n°6 : Overend, Gurney & Co. v. Gurney (1869) et Overend, Gurney & Co. v. Gibb (1872)

II — La partie conclusive **66**

§ 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence anglaise postérieure aux *Judicature Acts* (1873-1875) **67**

I — La partie préliminaire **68**

Affaire n°7 : Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v. Aizlewood (1889)
Affaire n°8 : In re Wragg, Limited (1897)
Affaire n°9 : Lagunas Nitrate Company v. Lagunas Syndicate (1899)
Affaire n°10 : Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd. (1911)
Affaire n°11 : Re City Equitable Fire Insurance Company, Limited (1924)
Affaire n°12 : In re Smith and Fawcett, Limited (1942)

II — La partie conclusive **74**

Section 2 — La synthèse des arrêts anglais dans le contexte de la *business judgment rule* (1742-1945) **75**

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans la jurisprudence américane (1825-1945) **81**

Section 1 — La *business judgment rule* dans la *common law* fédérale générale **91**

§ 1 — L'analyse des arrêts de la *common law* fédérale générale dans le contexte de la *business judgment rule* 93

Affaire n°1 : Witters v. Sowles (1887)
Affaire n°2 : Briggs v. Spaulding (1891)
Affaire n°3 : Bowerman v. Hamner (1919)
Affaire n°4 : Bates v. Dresser (1920)
Affaire n°5 : Barnes v. Andrews (1924)

§ 2 — La synthèse des arrêts de la *common law* fédérale générale dans le contexte de la *business judgment rule* 111

Section 2 — La *business judgment rule* dans la *common law* (*common law* et *equity*) des Etats 117

§ 1 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus sous l'empire du droit de l'Etat du Delaware (1915-1939) 117

I — L'analyse des arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (1909-1939) 122

A — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans le Delaware de 1909 à 1921 123

Affaire n°1 : Butler v. New Keystone Copper Co. (1915)

B — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans le Delaware de 1921 à 1938 124

Affaire n°2 : Allied Chemical & Dye Corporation v. Steel & Tube Co. of America (1923)
Affaire n°3 : Robinson v. Pittsburgh Oil Refining Corporation (1924)

Affaire n°4 : Bodell v. General Gas & Electric Corporation (1926, 1927)
Affaire n°5: Finch v. Warrior Cement Corporation (1928)
Affaire n°6: Davis v. Louisville Gas & Electric Co. (1928)
Affaire n°7 : Allaun v. Consolidated Oil Co. (1929)
Affaire n°8 : Mercantile Trading Co. v. Rosenbaum Grain Corp. (1931)
Affaire n°9 : Cole v. National Cash Credit Association (1931)
Affaire n°10 : Mitchell v. Highland-Western Glass Co. (1933)
Affaire n°11 : Karasik v. Pacific Eastern Corp. (1935)
Affaire n°12 : Eshleman v. Keenan (1936, 1937)
Affaire n°13 : Loft v. Guth (1938) and Guth v. Loft (1939)

II — La synthèse des arrêts rendus par la juridiction de l'Etat du Delaware (1909-1939) 165

§ 2 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945) 177

I — L'analyse des arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945) 179

Etat n°2 : Pennsylvania (1787)
Affaire n°1 — Spering's Appeal (1872)
Etat n°3 : New Jersey (1787)
Affaire n°2 : Wildes v. Rural Homestead Co. et al. (1895)
Affaire n°3 : Trimble v. American Sugar-Refining Co. (1901)
Affaire n°4 : Hamilton v. United Laundries Corp. (1932)
Affaire n°5 : Whitfield v. Kern (1936)
Affaire n°6 : Smith v. Banister (1940)
Etat n°5 : Connecticut (1788)
Etat n°6 : Massachusetts (1788)
Etat n°11 : New York (1788)
Affaire n°7 : Franklin Fire Ins. Co. v. Jenkins (1829)

Affaire n°8 : Verplanck v. Mercantile Ins. Co. (1831)

Affaire n°9 : Wellington Bull & Co., Inc. v. Morris et al. (1928)

Affaire n°10 : Bown v. Ramsdell (1931)

Affaire n°11 : Winter v. Anderson (1934)

Affaire n°12 : Blaustein et al. v. Pan American Petroleum & Transport Co. et al. (1940)

Affaire n°13 : Everett v. Phillips (1941)

Affaire n°14 : Hayman et al. v. Brown et al. (1941)

Affaire n°15 : Weinberger v. Quinn et al. (1942)

Affaire n°16 : Oshrin v. Celanese Corporation America et al., 37 N.Y.S.2d 548 (N.Y. Sup. Sept. 4, 1942)

Affaire n°17 : Simon v. Socony-Vacuum Oil Company (1942)

Affaire n°18 : Hoffman v. Abbott et al. (1943)

Affaire n°19: Marony et al. v. Applegate et al. (1943)

Affaire n°20 : Mann v. Luke (1943)

Affaire n°21 : Bayer v. Beran (1944)

Affaire n°22 : Casey v. Woodruff (1944)

Affaire n°23 : Dumont v. Raymond (1944)

Etat n°12 : North Carolina (1789)

Etat n°15 : Kentucky (1792)

Etat n°17 : Ohio (1803)

Etat n°18 : Louisiane (1812)

Affaire n°24 : Faurie & Al. v. Millaudon & Al. (1825)

Affaire n°25 : Percy v. Millaudon (1829)

Affaire n°26 : State v. Bank of Louisiane (1834)

Affaire n°27 : Reliance Homestead Ass'n v. Nelson (1934)

Etat n°21 : Illinois (1818)

Etat n°22 : Al*ABA*ma (1819)

Affaire n°28 : Godbold v. The Branch Bank at Mobile (1847)

Etat n°23 : Maine (1820)

Affaire n°29 : Bates Street Shirt Vo. v. Waite et Al. (1931)

Etat n°26 : Michigan (1837)

Affaire n°30 : Wagner Electric Corp. v. Hydraulic Brake Co. (1934)
Affaire n°31 : Marvin v. Solventol Chemical Products, Inc., (1941)
Etat n°27 : Florida (1845)
Affaire n°32 : Orlando Orange Groves Co. v. Hale (1935)
Etat n°31 : Caliornia (1850)
Etat n°32 : Minnesota (1858)
Affaire n°33 : Schmitt v. Eagle Roller Mill Co. et al., (Minn. 1937)
Etat n°34 : Kansas (1861)
Affaire n°34 : Noll v. Boyle et al. (1934)

II — La synthèse des arrêts rendus par les juridictions des 47 Etats et du district fédéral (1823-1945) 219

Conclusion de la Section 2 232

Conclusion du Chapitre 2 233

Conclusion du Titre 1 235

Titre 2 — Le développement de la *business judgment rule* (1945-2013) 236

Chapitre 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1945-1982) 238

Section 1 — L'analyse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982) 239

§ 1 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1966) 241

Affaire n°1 : Sterling v. *Mayflower* Hotel Corp. (1952)
Affaire n°2 : Bennett v. Breuil Petroleum Corp. (1953)

Affaire n°3 : Gropper v. North Cent. Tex. Oil Co. (1955)
Affaire n°4 : Baron v. Pressed Metals of America (1955)
Affaire n°5 : Cottrell v. The Pawcatuck Company (1955)
Affaire n°6 : Treves v. Menzies (1958)
Affaire n°7 : Marks v. Wolfson (1963)
Affaire n°8 : Moskowitz v. Bantrell (1963)
Affaire n°9: Alcott v. Hyman (1965)
Affaire n°10 : Warshaw v. Calhoun (1966)

§ 2 — La *business judgment rule* dans les arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1966-1982) 251

Affaire n°12 : Greene v. Dunhill (1968)
Affaire n°13 : Wolfensohn v. Madison (1969)
Affaire n°14 : Bastian v. Bourns (1969)
Affaire n°15 : Kelly v. Bell (1970)
Affaire n°16 : Getty Oil v. Skelly Oil (1970)
Affaire n°17: Sinclair Oil v. Levien (1971)
Affaire n°18 : Chasin v. Gluck (1971)
Affaire n°19 : Kaplan v. Centex. (1971)
Affaire n°20 : Puma v. Marriott (1971)
Affaire n°21 : Muschel v. Western Union Corporation (1973)
Affaire n°22 : Thomas v. Kemper (1973)
Affaire n°23 : Gimbel v. Signal (1974)
Affaire n°24 : Singer v. Magnavox Co. (1976, 1977)
Affaire n°25 : Tanzer v. International Gen. Indus., Inc. (1977)

Section 2 — La synthèse des arrêts rendus dans l'Etat du Delaware (1951-1982) 273

Chapitre 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans la jurisprudence du Delaware (1980-2013) 283

Affaire n°1 : Maldonado v. Flynn (1980) et Zapata Corp. v. Maldonado (1981)
Affaire n°2 : Lewis v. Aronson (1983) et Aronson v. Lewis (1984)
Affaire n°3 : Weinberger v. UOP, Inc. (1983)
Affaire n°4 : Kahn v. Lynch Comm. Systems, Inc. (1994)
Affaire n°5 : Smith v. Van Gorkom (1985)
Affaire n°6 : Mesa Petroleum Co. v. Unocal Corporation et Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985)
Affaire n°7 : Unitrin Inc. v. American General Corp. (1995)
Affaire n°8 : MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. v. Revlon, Inc. (1985) et Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.(1986)
Affaire n°9 : Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp. (1988)

Section 1 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte traditionnel (1980-2013) 284

§ 1 — La jurisprudence dans les années 1980-1984 284

I — La jurisprudence appliquant la *business judgment rule* 284

A — Affaire n°1 : Maldonado v. Flynn (1980) et Zapata Corp. v. Maldonado (1981) 284

B — Affaire n°2 : Lewis v. Aronson (1983) et Aronson v. Lewis (1984) 286

II — La jurisprudence sur l'examen de l'*entire fairness* 288

§ 2 — Arrêt Smith v. Van Gorkom (1985) 297

I — Les faits de l'arrêt 297

A — Les parties à la transaction 298

B — Des négociations à la transaction 305

II — Les décisions judiciaires et leur portée 316

A — Le sens des décisions judiciaires 316

B — La portée de la décision de la Cour suprême du Delaware 322

Conclusion de la Section 1 329

Section 2 — Le développement de la *business judgment rule* dans le contexte spécial (1985-2013) 331

§ 1— Le développement de l'*enhanced business judgment rule* dans le changement d'un contrôle 331

I — La jurisprudence Unocal/ Unitrin 331

A — Affaire n°6 : Mesa Petroleum Co. v. Unocal Corporation et Unocal Corporation v. Mesa Petroleum Co. (1985) 331

B — Affaire n°7 : Unitrin Inc. v. American General Corp. (1995) 336

Conclusion I 339

II — L'affaire n°8 : MacAndrews & Forbes Holdings, Inc. v. Revlon, Inc. (1985) et Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.(1986) 340

§ 2 — Le développement de l'*enhanced business judgment rule* dans l'exercice du pouvoir par les actionnaires 343

Conclusion de la Section 2 **345**

Conclusion du Chapitre 2 **346**

Conclusion du Titre 2 **347**

Conclusion de la Première Partie **348**

SECONDE PARTIE
A LA RECHERCHE DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* DANS LES CODIFICATIONS

350

Titre 1 — La *business judgment rule* dans le droit incitatif (*soft law*) 351

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Bar Association* (*ABA*) 354

Section 1 — La *business judgment rule* dans le *Model Business Corporation Act* 357

§ 1 — La *business judgment rule* dans la section 35 du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) de 1974 360

I — La formulation 360

II — L'analyse 360

§ 2 — La *business judgment rule* dans l'édition en vigueur du *Model Business Corporation Act (MBCA)* 365

I — Les standards de conduite (*Standards of Conduct*) 365

A — Les standards de conduite des directeurs (*Standards of Conduct of Directors*) 365

1 — La formulation 365

2 — L'analyse 366

B — Les standards de conduite des *officers* (*Standards of Conduct for Officers*) 368

1 — La formulation 371

2 — L'analyse 372

Conclusion I 369

II — Les standards de responsabilité (*Standards of Liability*) 371

A — Les standards de responsabilité des directeurs (*Standards of Liability for Directors*) 371

1 — La formulation 371

2 — L'analyse 372

B — La standards de responsabilité des *officers* 379

1 — La formulation 379

2 — L'analyse 379

Conclusion II 380

Conclusion § 2 380

Conclusion de la Section 1 381

Section 2 — La *business judgment rule* dans le *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) 383

§ 1 — La *business judgment rule* dans les éditions précédentes du *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) 384

La *business judgment rule* dans l'édition non officielle du *Corporate Director's Guidebook* de 1976

La *business judgment rule* dans l'édition révisée du *Corporate Director's Guidebook* de 1978

La *business judgment rule* dans la deuxième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 1994

La *business judgment rule* dans la troisième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2001

La *business judgment rule* dans la quatrième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2004

La *business judgment rule* dans la cinquième édition du *Corporate Director's Guidebook* de 2007

§ 2 — La *business judgment rule* dans l'édition actuelle du *Corporate Director's Guidebook* (*CDGB*) 396

Conclusion de la Section 2 397

Conclusion du Chapitre 1 400

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans les textes de l'*American Law Institute* (*ALI*) 401

Section 1 — Le devoir de conduite dans les *Principles of Corporate Governance* 411

§ 1 — La formulation du devoir de conduite 411

§ 2— L'analyse du devoir de conduite 412

Conclusion de la Section 1 **416**

Section 2 — La *business judgment rule* dans les *Principles of Corporate Governance* **417**

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule* **417**

I — La *business judgment rule* dans les versions expérimentales (T*entative Drafts*) des *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations* **417**

II — La *business judgment rule* dans la version finale des *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations* **418**

§ 2 — L'analyse de la *business judgment rule* **419**

I — Les conditions de la *business judgment rule* **419**

II — Les effets de la *business judgment rule* **426**

Conclusion de la Section 2 **430**

Conclusion du Chapitre 2 **431**

Conclusion du Titre 1 **433**

Titre II — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*hard law*) **437**

Chapitre 1 — La *business judgment rule* dans le droit contraignant (*hard law*) aux Etats-Unis **438**

Section 1 — La *business judgment rule* explicite dans le titre et le contenu des dispositions 440

§ 1 — La *business judgment rule* explicite dans le contenu des dispositions 440

§ 2 — La *business judgment rule* explicite dans le titre des dispositions 443

Conclusion de la Section 1 450

Section 2 — La *business judgment rule* implicite 451

§ 1 — La reprise des formulations prétoriennes 451

I — La reprise des formulations prétoriennes forgées dans le Delaware 451

A — Kentucky 451

B — Nevada 453

II — La reprise des formulations prétoriennes forgées dans les autres Etats 456

A — New York 456

B — New Jersey 456

Conclusion § 1 457

§ 2 — La reprise des formulations du droit incitatif 458

I — La reprise des formulations du *Model Business Corporation Act* (*MBCA*) 458

A — La reprise des formulations de 1974 ou de 1984 458

B — La reprise des formulations de 1998 467

II — La reprise de la formulation de la *business judgment rule* proposée par l'*American Law Institute* (*ALI*) dans les *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendation* 470

Conclusion de la Section 2 472

Conclusion du Chapitre 1 477

Chapitre 2 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie et en Allemagne 478

Section 1 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Australie 478

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule* en Australie 478

§ 2 — Le régime de la *business judgment rule* en Australie 483

I — Les conditions de la *business judgment rule* en Australie 483

II — Les effets de la *business judgment rule* en Australie 488

Conclusion de la Section 1 493

Section 2 — La *business judgment rule* dans les lois et règlements en vigueur en Allemagne 494

§ 1 — La formulation de la *business judgment rule* en Allemagne 494

§ 2 — Le régime de la *business judgment rule* en Allemagne **497**

I — Les conditions de la *business jugment rule* en Allemagne **497**

II — Les effets de la *business judgment rule* en Allemagne **499**

Conclusion de la Section 2 **502**

Conclusion du Chapitre 2 **503**

Conclusion du Titre 2 **504**

Conclusion de la Seconde Partie **505**

Conclusion Générale **506**

ANNEXES

Annexe n°0 — Annexe relative à l'Introduction
Annexe n°1 — Annexe relative au Chapitre 1
Annexe n°2 — Annexe relative au Chapitre 2
Annexe n°3 — Annexe relative au Chapitre 3
Annexe n°4 — Annexe relative au Chapitre 4
Annexe n°5 — Annexe relative au Chapitre 5
Annexe n°6 — Annexe relative au Chapitre 6
Annexe n°7 — Annexe relative au Chapitre 7
Annexe n°8 — Annexe relative au Chapitre 8
Annexe n°9 — La bibliographie spécifique
Annexe n°10 — La bibliographie générale
Annexe n°11 — Les abréviations
Annexe n°12 — Les dictionnaires